

**Генеральная Ассамблея**

Distr. Limited
10 February 2010
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций**по праву международной торговли****Рабочая группа V (Законодательство
о несостоятельности)****Тридцать восьмая сессия**

Нью-Йорк, 19-23 апреля 2010 года

**Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных
органов по вопросам законодательства о
несостоятельности****Часть третья: режим предпринимательских групп при
несостоятельности**

- I. Общие особенности предпринимательских групп**
- II. Рассмотрение вопроса о несостоятельности групп:
внутренние вопросы**

Записка Секретариата

1. В настоящей записке представлены проекты комментария и рекомендаций части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Комментарий и рекомендации представляют собой пересмотренный вариант текста, ранее включенного в документы A/CN.9/WG.V/WP.90 и добавление 1 и пересмотренного на основе доклада Рабочей группы V о работе ее тридцать седьмой сессии в ноябре 2009 года (A/CN.9/686).

2. В документе A/CN.9/WG.V/WP.92 режим предпринимательских групп рассматривается во внутреннем контексте, а в документе A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.1 – в контексте международном. Документ A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 представляется на рассмотрение Рабочей группы в порядке информации. Он включает ряд пояснительных примечаний, предназначенных для разъяснения изменений, внесенных в проект рекомендаций, облегчения их обсуждения и привлечения внимания к вопросам, требующим рассмотрения Рабочей группой; содержание документа A/CN.9/WG.V/WP.92/Add.2 не обязательно должно рассматриваться как часть текста части третьей Руководства для законодательных органов.

V.10-50945 (R)



Просьба отправить на вторичную переработку



Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть третья: режим предпринимательских групп при несостоятельности

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1-2	3
Цель	3	3
Глоссарий	4	4
I. Общие особенности предпринимательских групп	1-39	4
A. Введение	1-5	4
B. Природа предпринимательских групп	6-16	6
C. Причины осуществления хозяйственной деятельности через предпринимательские группы	17-25	12
D. Определение "предпринимательской группы" – собственность и контроль	26-30	15
E. Регулирование деятельности предпринимательских групп	31-39	17
II. Рассмотрение вопроса о несостоятельности групп: внутренние вопросы ...	1-152	20
A. Введение	1-4	20
B. Подача заявления и открытие производства	5-37	21
C. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности	38-91	35
D. Средства правовой защиты	92-137	55
E. Участники	138-145	75
F. Реорганизация двух или более членов группы	146-152	80

Часть третья

Режим предпринимательских групп при несостоятельности

Введение к части третьей

1. Основное внимание в части третьей уделяется режиму предпринимательских групп при несостоятельности. В настоящей части рассматриваются конкретные вопросы, касающиеся предпринимательских групп, для решения которых требуются иные подходы по сравнению с теми, которые рассматриваются в части второй, или дополнительные вопросы режима предпринимательских групп при несостоятельности помимо тех, которые рассматриваются в части второй. В ней повторно не затрагиваются вопросы режима предпринимательских групп, которые уже рассматривались выше. Таким образом, режим предпринимательских групп определяется содержанием части второй, если только содержание настоящей части не предусматривает иное.

2. Глава I посвящена общим особенностям предпринимательских групп. В главе II рассматриваются вопросы несостоятельности членов группы во внутреннем контексте и предлагаются рекомендации в порядке дополнения рекомендаций части второй в связи с новыми вопросами, возникающими в контексте предпринимательской группы. В главе III рассматриваются вопросы трансграничной несостоятельности предпринимательских групп на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (Типовой закон), который имеет отношение к производству по делу о трансграничной несостоятельности отдельного члена группы, но не затрагивает вопросов, касающихся несостоятельности разных членов группы в разных государствах, а также на основе Практического руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (Практическое руководство).

Цель части третьей

3. Цель настоящей части заключается в том, чтобы установить, как во внутреннем, так и в трансграничном контекстах, режим производства по делу о несостоятельности одного или более членов предпринимательской группы в контексте предпринимательской группы для решения вопросов, относящихся к производству по делу о несостоятельности, которое затрагивает такие группы, и достижения более оптимального, более эффективного результата для предпринимательской группы в целом и ее кредиторов и, в частности, для:

- a) содействия достижению ключевых целей, предусмотренных рекомендацией 1; и
- b) более эффективного урегулирования в контексте рекомендации 5 случаев производства по делу о трансграничной несостоятельности, затрагивающего членов предпринимательской группы.

Глоссарий

4. Приведенные ниже дополнительные термины имеют конкретное отношение к предпринимательским группам и должны рассматриваться в сочетании с терминами и пояснениями, включенными в основной глоссарий выше.

а) "Предпринимательская группа": два или более предприятия, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности;

б) "предприятие": любой субъект, независимо от его юридической формы, который занимается экономической деятельностью и на который может распространяться действие законодательства о несостоятельности¹;

с) "контроль": способность прямо или косвенно определять хозяйственную и финансовую стратегию предприятия;

д) "процедурная координация": скоординированное управление производством по двум или более делам о несостоятельности, открытым в отношении членов предпринимательской группы. Все члены, включая их активы и пассивы, остаются отдельными и отличными друг от друга субъектами²;

е) "материальная консолидация": режим, при котором активы и пассивы двух или более членов предпринимательской группы рассматриваются как часть единой имущественной массы в деле о несостоятельности³.

I. Общие особенности предпринимательских групп

A. Введение

1. В большинстве правовых систем существует юридическое понятие "корпорации" – образования, обладающего самостоятельной правосубъектностью, отдельной от правосубъектности образующих его физических лиц, будь то владельцы, управляющие или служащие. Как юридическое лицо, корпорация может обладать определенными юридическими правами и обязанностями и нести ответственность, например иметь способность предъявлять иски и отвечать по ним, владеть имуществом и

¹ В соответствии с подходом, использованным в отношении индивидуальных должников, основной акцент в этой части сделан на осуществлении субъектом таких видов экономической деятельности, которыми обычно занимаются субъекты, подпадающие под определение "предприятия". Сюда не относятся потребители и другие субъекты особого характера (например, банки и страховые компании), на которых, согласно рекомендациям 8 и 9 (см. выше сноску 6 к рекомендации 9), законодательство о несостоятельности не распространяется. Особые соображения, связанные с несостоятельностью таких должников, конкретно в *Руководстве для законодательных органов* не рассматриваются (см. выше, ч. 2, гл. I, пункты 1-11).

² Понятие "процедурной координации" подробно разъясняется в комментарии, см. пункты 22-25 ниже.

³ О последствиях материальной консолидации и режиме обеспечительных интересов см. ниже рекомендации 224-225 и комментариев в пунктах 129-133 главы II).

передавать его, подписывать договоры и платить налоги. Кроме того, характерной чертой корпорации является непрерывность существования, т. е. корпорация продолжает существовать независимо от состава участников, входящих в нее в любой конкретный момент времени, а передача кем-либо из акционеров своих акций другому лицу не влияет на существование соответствующего субъекта как корпорации. Корпорации могут создаваться с ограниченной ответственностью, при которой инвесторы несут ответственность только в пределах той суммы, которую они осознанно подвергли риску, вложив в предприятие. Такое ограничение призвано способствовать определенности и стимулировать инвестиции, поскольку в противном случае инвесторы рисковали бы всеми своими активами в рамках каждого коммерческого предприятия, участие в котором они принимают. Для приобретения статуса юридического лица корпорация должна выполнить соответствующие юридические формальности, а после своего учреждения сразу же подпадает под режим регулирования, действующий в отношении подобных образований. В законодательстве обычно прописываются не только требования, которые необходимо выполнить для учреждения корпорации, но и последствия ее учреждения, в частности полномочия и правоспособность компании, права и обязанности ее участников и пределы, в которых участники могут нести ответственность за долги компании. Таким образом, можно считать, что корпоративная форма способствует большей определенности хозяйственной деятельности, поскольку все, кто имеет дело с корпорацией, знают, что они могут положиться на ее статус юридического лица и связанные с ним права, обязанности и обязательства.

2. Свою коммерческую деятельность как на национальном, так и на международном уровне корпорации все чаще осуществляют через "предпринимательские группы". Под термином "предпринимательская группа" понимаются разнообразные формы экономической организации, основанные на образовании единого субъекта. В качестве общего рабочего определения предпринимательскую группу можно описать как два или более юридических лица (члена группы), которые связаны между собой отношениями контроля (прямого или косвенного) или собственности (см. ниже). Размеры и структурная сложность предпринимательских групп не всегда очевидны, поскольку публично многие из них воспринимаются как унитарная организация, действующая как единое корпоративное лицо.

3. Существование предпринимательских групп уже имеет определенную историю: по некоторым оценкам, в ряде стран они появились уже в конце XIX – начале XX века в результате внутреннего роста, в процессе которого компании приобретали контроль над собственным финансовым, техническим или коммерческим потенциалом. Затем происходил внешний рост таких единых предприятий, в процессе которого они устанавливали юридический или экономический контроль над другими корпорациями. На первых этапах такой рост происходил за счет корпораций, работавших на том же рынке, однако впоследствии он стал охватывать и корпорации, работающие в смежных областях, а затем и в других областях, никак не связанных с деятельностью самого предприятия ни по производимой продукции, ни по географическому расположению. Одним из факторов, способствовавших внешнему росту, по крайней мере в некоторых правовых системах, стало узаконивание права корпораций на владение акциями других корпораций, что

изначально было запрещено как в системах общего, так и в системах гражданского права.

4. В процессе такого внешнего роста корпорации сохраняли и сохраняют самостоятельную правосубъектность, хотя в настоящее время организация предприятия в форме самостоятельной корпорации типична разве что для малого бизнеса. Предпринимательские группы повсеместно присутствуют как на развивающихся, так и на сформировавшихся рынках, причем для всех них характерно ведение деятельности сразу в нескольких, нередко не связанных между собой областях, а часто также принадлежность одной семье при большем или меньшем участии внешних инвесторов. Крупнейшими субъектами экономической деятельности в мире являются не только государства, но и не меньшее число транснациональных предпринимательских групп. В глобальном плане, крупнейшие транснациональные группы нередко производят значительную часть валового национального продукта, а по годовым темпам роста и годовому обороту опережают многие государства.

5. Однако, несмотря на реальное существование предпринимательских групп, во многих законодательных актах, касающихся корпораций и, в частности, их режима при несостоятельности, рассматриваются лишь отдельные корпорации. Несмотря на отсутствие соответствующего законодательства, судьи и управляющие в делах о несостоятельности во многих странах, сталкиваясь с вопросами, которые целесообразнее решать применительно к целому предприятию, а не к отдельным корпоративным единицам⁴, выработали подходы, которые позволяют достичь результатов, лучше соответствующих экономическим реалиям современной деловой жизни.

В. Природа предпринимательских групп

6. Структура предпринимательских групп может быть как самой простой, так и весьма сложной и включать многочисленные дочерние предприятия, находящиеся в полной или частичной собственности материнской компании, оперативные дочерние предприятия, филиалы дочерних предприятий, субхолдинговые компании, обслуживающие компании, нефункционирующие компании, механизмы перекрестного управления, долевой собственности и т. п. В структуру предпринимательской группы могут входить и другие субъекты, например специальные целевые предприятия (СЦП)⁵, совместные предприятия⁶, оффшорные трасты⁷, доходные фонды⁸ и товарищества.

⁴ Это различие подробнее рассмотрено ниже, см. раздел E, пункты 31-39.

⁵ Специальные целевые предприятия (СЦП, также известные как "специальные целевые механизмы" или "предприятия для снижения риска банкротства") создаются для выполнения узких или временных целей, таких как приобретение и финансирование конкретных активов, в первую очередь для изоляции финансовых рисков или повышения налоговой эффективности. СЦП обычно представляют собой дочернее предприятие, практически полностью находящееся в собственности материнской корпорации; в некоторых правовых системах требуется, чтобы по меньшей мере 3 процента капитала принадлежало другому инвестору. Структура активов и пассивов и юридический статус СЦП обычно обеспечивают надежность его обязательств даже в случае несостоятельности материнской корпорации. Корпорация, создающая СЦП, не обязана отражать соответствующие активы и пассивы в своем собственном балансе, и, таким образом, они

7. Предпринимательские группы могут иметь иерархическую, или вертикальную структуру, состоящую из нескольких уровней материнских и контролируемых компаний, которыми могут являться дочерние или другие аффилированные или родственные компании, отвечающие за различные этапы процесса производства и распределения товаров. Вертикальная интеграция обычно наблюдается в пределах одной отрасли и может охватывать некоторые или все этапы хозяйственной деятельности от добычи сырья до сбыта готовой продукции. Она может стать результатом целенаправленного приобретения компаний-поставщиков и предприятий оптовой и розничной торговли для укрепления контроля и повышения надежности. Вертикальная интеграция может возникать и в тех случаях, когда какая-либо компания благодаря своему покупательному потенциалу подчиняет своему влиянию поставщиков или

становятся "забалансовыми". СЦП могут использоваться в конкурентных целях для обеспечения того, чтобы право интеллектуальной собственности, например на новую технологию, принадлежало отдельному юридическому лицу, не связанному ранее заключенными лицензионными соглашениями.

- ⁶ Совместное предприятие обычно представляет собой договорной механизм или товарищество с участием двух или более сторон, которое предназначено для достижения совместных коммерческих целей. В результате подобных договоренностей может создаваться одно или несколько юридических лиц на основе долевого участия сторон, которые делят между собой доходы и расходы предприятия и осуществляют над ним совместный контроль. Совместное предприятие может быть создано лишь под один конкретный проект или для работы на постоянной основе. Практика создания совместных предприятий широко распространена в контексте международной коммерческой деятельности, поскольку некоторые страны требуют от иностранных корпораций создавать совместные предприятия с национальным партнером для получения доступа на внутренний рынок. Это требование часто ведет к передаче национальному партнеру технологий и управленческого контроля. Создание совместных предприятий позволяет распределить расходы и риски, получить доступ к финансовым ресурсам, добиться экономии и других преимуществ благодаря расширению масштабов производства, получить доступ к новым технологиям, потребителям и передовым методам управления. Совместные предприятия могут создаваться также в конкурентных и стратегических целях, например для воздействия на структурное развитие отрасли, упреждения конкуренции, создания более конкурентоспособных предприятий, облегчения передачи технологий и специальных знаний и диверсификации производства.
- ⁷ Оффшорный траст представляет собой обычный траст, созданный согласно законодательству оффшорной правовой системы. По своей природе и принципам деятельности они аналогичны внутригосударственным трастам и предполагают перевод активов доверенному лицу, которое управляет ими в интересах какого-либо отдельного лица или группы лиц. Ряд правовых систем пересмотрели свое законодательство, с тем чтобы сделать его более привлекательным для учреждения подобных трастов. Оффшорные трасты могут создаваться для налоговых целей или для защиты активов. На практике эффективность функционирования подобных трастов может быть ограничена, если согласно законодательству о несостоятельности, действующему в домашней правовой системе лица, которое переводит активы, переводы в такие трасты, равно как и сделки, заключенные для нанесения мошеннического ущерба кредиторам, признаются недействительными.
- ⁸ Доходным фондом принято называть инвестиционный фонд, владеющий доходными активами. Это название может использоваться для обозначения юридических лиц, структуры капитала или формы владения определенными активами или предприятиями. Акции или инвестиционные паи доходного фонда обращаются на рынке ценных бумаг, а прибыль распределяется между инвесторами или пайщиками на ежемесячной или ежеквартальной основе.

оптовых торговцев. В качестве примера вертикальной интеграции часто приводят нефтяную отрасль, в которой преобладают крупные нефтяные компании, которые занимаются разведкой месторождений и добычей сырой нефти, ее транспортировкой и переработкой, а также распределением и сбытом готового топлива.

8. Предпринимательские группы могут иметь и горизонтальную структуру и включать в свой состав несколько родственных компаний, которые нередко имеют общих владельцев и занимаются одинаковой деятельностью; в качестве примера можно привести книгоиздательскую отрасль, где одно издательство может приобретать другие для расширения круга своих редакторов и авторов и повышения конкурентоспособности, или сферу массовой информации, где одной группе может принадлежать сразу несколько СМИ, весьма близких или одинаковых по содержанию. Горизонтальная интеграция обычно связана с контролем над одним этапом производства или одной отраслью и позволяет предпринимательской группе добиваться экономии за счет эффекта масштаба, однако горизонтально интегрированные группы могут осуществлять деятельность и в смежных, а то и не связанных между собой областях. Отмечено, что в некоторых регионах мира, например в Европе, больше распространены группы с горизонтальной структурой, тогда как для других регионов, например для Соединенных Штатов Америки и Японии, более типичны вертикально организованные группы. Кроме того, вертикальная интеграция более типична для производственной сферы, а горизонтальная – для сферы торговли.

9. В научно-исследовательской литературе, посвященной предпринимательским группам, наглядно показано, что членов группы могут объединять самые разные связи: банковские отношения, пересекающийся состав советов директоров, договоренности между собственниками, совместное использование информации, участие в совместных предприятиях и картелях. Данные научных исследований также показывают, что структура предпринимательских групп различается и в зависимости от системы корпоративного управления. В некоторых государствах предпринимательские группы могут быть организованы как вертикально, так и горизонтально, а их деятельность может охватывать различные отрасли. Обычно в состав таких групп входит банк, материнская, или холдинговая, компания⁹ ("материнская компания") или торговая компания, а также группа различных производственных фирм. В отличие от этого в других государствах такие группы, как правило, находятся под контролем одной семьи или нескольких семей и всегда вертикально организованы, или же имеют тесные связи с государством, а не с конкретными семьями. Степень диверсификации также

⁹ Холдинговая, или материнская, компания представляет собой компанию, которая прямо или косвенно владеет достаточным количеством голосующих акций другой компании, что позволяет ей осуществлять контроль над управлением и хозяйственной деятельностью такой компании, влияя на решения совета директоров или состав его членов. Этим термином могут также обозначаться компании, которые сами не производят товаров или услуг, а лишь владеют акциями других компаний (или самими компаниями).

весьма неодинакова, при этом в одних группах ведутся интенсивные внутренние операции, а в других нет¹⁰.

10. Степень финансовой и управленческой самостоятельности в рамках предпринимательской группы может существенно различаться. В некоторых группах отдельные члены являются активными торговыми субъектами, которые сами определяют свои коммерческие цели и отвечают за свою хозяйственную и финансовую деятельность. В рамках других предпринимательских групп стратегические и бюджетные решения могут приниматься централизованно, а члены группы действуют как подразделения более крупной коммерческой структуры и почти не имеют возможности принимать самостоятельные решения в рамках цельного экономического образования. Материнская компания может осуществлять тесный контроль, распределяя акционерный и кредитный капитал между членами через центральное финансовое подразделение группы, принимая решения об оперативной и финансовой политике членов, устанавливая целевые показатели эффективности, проводя назначения на должности директоров и другие ключевые посты и осуществляя постоянное наблюдение за хозяйственной деятельностью членов. Вся власть в рамках такой группы может быть сосредоточена в руках головной материнской компании или в руках нижестоящей компании, если материнская компания владеет контрольным пакетом акций группы, но прямо не участвует в процессе производства и управления. Наиболее крупные группы могут владеть собственными банками и выполнять основные функции рынка капитала. Финансирование в рамках групп может осуществляться в форме внутреннего кредитования между материнской компанией и дочерними предприятиями, при этом материнская компания может как предоставлять, так и брать кредиты, а члены группы могут предоставлять перекрестные гарантии¹¹. Внутригрупповые кредиты могут

¹⁰ В некоторых исследованиях отмечается, что, например, группы в Чили более диверсифицированы, чем группы в Южной Корее, группы на Филиппинах более вертикально интегрированы, чем группы в Индии и куда активнее занимаются финансовыми услугами, чем группы в Таиланде. См. T. Khanna and Y. Yafeh, *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* *Journal of Economic Literature*, Vol. XLV (June 2007) pp 331-372.

¹¹ Во многих странах важным методом мобилизации капитала предпринимательской группы является перекрестное гарантирование, при котором каждая компания в рамках группы гарантирует исполнение обязательств другими компаниями. В некоторых правовых системах удовлетворение предъявленных в рамках ликвидационного производства требований на основании ранее предоставленных перекрестных гарантий вызывало трудности, и иногда такие требования аннулировались. В одной правовой системе предоставление перекрестных гарантий позволяет сократить бремя, возлагаемое на компании в порядке регулирования, поскольку участвующие в таком механизме компании получают право на представление отчетности и прохождение проверок по упрощенной схеме. При заключении соглашения о перекрестном гарантировании группа компаний во многих отношениях уподобляется единому юридическому лицу, и, если во время действия соглашения в отношении одной или нескольких таких компаний будет начато ликвидационное производство, то этот факт будет расцениваться как определяющий добровольное участие остальных компаний в погашении долговых обязательств или в объединении своих активов для этой цели. Одно из преимуществ этого механизма заключается в том, что кредиторы и потенциальные кредиторы могут ограничиться изучением сводных финансовых показателей таких предприятий, вместо того чтобы

предоставляться в форме пополнения оборотного капитала или непогашенных краткосрочных долговых обязательств, например невыплаченных дивидендов или невозвращенных кредитов в рамках внутригрупповых торговых операций. Они могут предоставляться как под проценты, так и без процентов.

11. В ряде государств важным объединяющим фактором в рамках предпринимательских групп являются семейные связи. Нередко наиболее авторитетные члены семьи и их близкие входят в состав совета директоров материнской компании группы и одновременно в состав руководства других компаний – членов группы, в результате чего образуется основанная на общем руководстве система взаимосвязей, через которую семья осуществляет контроль над группой. Например, на организационной диаграмме одной крупной предпринимательской группы Индии можно увидеть сложную схему управления, в рамках которой члены совета директоров материнской компании занимают руководящие должности и в других 45 членах группы¹².

12. В некоторых странах предпринимательские группы тесно связаны с правительством и проводимой им политикой, влияющей на доступ к кредиту и иностранной валюте и условия конкуренции, что оказывает существенное влияние на развитие групп. Однако можно привести не меньше примеров, когда деятельность предпринимательских групп оказывается в центре внимания правительства, которое принимает меры для лишения их некоторых преимуществ, связанных, например, с доступом к капиталу.

13. Структура многих предпринимательских групп свидетельствует о масштабах и потенциальной сложности таких механизмов. Эта структура может включать множество уровней разных компаний, контролируемых в большей или меньшей степени вышестоящим или вышестоящими уровнями¹³, которые в ряде случаев состоят из сотен, а то и тысяч разных компаний.

14. В рамках исследования, основанного на изучении счетов и отчетности за 1979 год ряда крупных транснациональных корпораций, базирующихся в Соединенном Королевстве, из-за непосильности задачи пришлось, например, отказаться от изучения счетов двух крупнейших групп, в состав которых входило, соответственно, 1 200 и 800 дочерних предприятий. Исследователи отметили, что мало кто из сотрудников группы имел четкое представление о точном характере правовых взаимоотношений между всеми членами группы и

изучать финансовые ведомости каждого из участвующих в соглашении дочерних предприятий, находящихся в полной собственности материнской компании.

¹² См. Khanna and Yafeh, note 10.

¹³ В ходе проведенного в 1997 году обследования 500 крупнейших компаний Австралии, акции которых котируются на фондовой бирже, было установлено, что 89 процентов этих компаний имели контроль над другими компаниями, при этом чем выше была рыночная капитализация обследуемой компании, тем больше компаний она, как правило, контролировала (под контролем компаний с наибольшей рыночной капитализацией в среднем находилось по 72 компании, а под контролем компаний с наименьшей рыночной капитализацией – в среднем по 9 компаний); 90 процентов контролируемых компаний находилось в полной собственности материнской фирмы; количество уровней вертикального подчинения в предпринимательской группе составляло от 1 до 11 при общем среднем показателе 3-4. В других странах эти цифры могут быть значительно больше. Данные приводятся по Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australia), paragraph 1.2.

что ни у одной из обследованных групп не имелось своей полной организационной схемы¹⁴. Аналогичным образом, организационные диаграммы ряда гонконгских предпринимательских групп, специализировавшихся на сделках с недвижимостью, например Carrion, разорившейся более 20 лет тому назад, занимали по несколько страниц, при этом разобрать все указанные на них дочерние фирмы можно было только с помощью мощного увеличительного стекла. Организационная схема группы Federal Mogul, занимающейся поставкой автомобильных комплектующих, если ее увеличить настолько, чтобы можно было различить названия всех дочерних предприятий, займет целую стену в небольшом бюро. Организационная схема группы Collins and Aikman, также действующей в автомобильном секторе, занимает целый буклет, причем структура некоторых субподгрупп по сложности сопоставима со структурой многих национальных предпринимательских групп.

15. Степень интеграции членов группы может определяться целым рядом факторов, в число которых могут входить экономическая организация группы (например, является ли административная структура централизованной или строится с учетом независимости различных членов, зависят ли дочерние предприятия от предпринимательской группы в вопросах финансирования или кредитных гарантий, решаются ли централизованно кадровые вопросы, насколько активно материнская компания участвует в выработке решений по вопросам политики, операций и бюджета, или в какой степени члены группы связаны между собой вертикальными или горизонтальными отношениями); маркетинговая политика группы (например, важность внутригрупповых продаж и закупок, использование общих товарных знаков и логотипов, проведение общих рекламных кампаний и предоставление гарантий на продукцию); публичный имидж группы (например, в какой мере позиционирует себя группа как единое предприятие и в какой степени характеризуется деятельность отдельных компаний, входящих в состав группы, как деятельность группы в целом во внешней отчетности, предназначенной для акционеров, регулирующих органов или инвесторов).

16. Юридическая структура группы как образования, состоящего из нескольких самостоятельных юридических лиц, не обязательно определяет порядок управления ее коммерческой деятельностью. Хотя каждый член группы является отдельным юридическим лицом, управление может быть организовано по подразделениям, отвечающим за конкретные производственные линии, и дочерние предприятия могут иметь одну или несколько производственных линий, в результате чего управление ими могут осуществлять сразу несколько подразделений. В некоторых случаях управление дочерним предприятием, находящимся в полной собственности материнской компании, осуществляется в том же порядке, как если бы оно было одним из ее отделений.

¹⁴ Hadden, *Inside Corporate Groups*, 1984 *International Journal of Sociology of Law*, 12, pp 271-286, at 273.

С. Причины осуществления хозяйственной деятельности через предпринимательские группы

17. На образование, деятельность и развитие предпринимательских групп влияют самые разнообразные факторы, от юридических и экономических до социологических, культурных, институциональных и других. В зависимости от ситуации воздействие на предпринимательские группы могут оказывать государственное руководство, традиции наследования, структура родственных связей (в том числе между поколениями), национальная специфика и государственная идеология, а также уровень развития правовой (например, эффективность механизмов принудительного исполнения договоров) и институциональной основы коммерческой деятельности. В некоторых исследованиях высказывается мнение, что групповая структура позволяет компенсировать отсутствие развитых правовых институтов и тем самым снизить операционные издержки.

18. Преимуществом осуществления коммерческой деятельности через предпринимательскую группу является то, что такая организация позволяет снизить коммерческий риск и максимально увеличить прибыль благодаря тому, что группа имеет возможность диверсифицировать свою деятельность в различных направлениях, каждым из которых будет заниматься отдельная компания группы. Одна компания может поглотить другую в процессе роста и для увеличения своего рыночного влияния и при этом сохранить приобретенную компанию и продолжить управлять ею как отдельным предприятием, чтобы иметь возможность использовать ее название, репутацию и публичный имидж. Целью расширения может быть также приобретение новых технических или управленческих навыков. После своего формирования группы могут продолжать существовать и развиваться за счет сокращения административных расходов благодаря рационализации управления и ликвидации ненужных дочерних предприятий.

19. В силу своей групповой структуры предпринимательская группа может привлекать капитал только под отдельные направления своей коммерческой деятельности, не утрачивая общего контроля, для чего ей достаточно учредить отдельное дочернее предприятие для осуществления этого вида деятельности и предоставить внешним инвесторам возможность приобрести миноритарный пакет его акций. Групповая структура позволяет группе снизить риск юридической ответственности, возложив выполнение операций, связанных с наибольшим риском ответственности, например за загрязнение окружающей среды или по искам потребителей, на отдельных членов группы и оградив тем самым от потенциальной ответственности остальные активы группы. Для лучшего обеспечения кредита на покрытие задолженности или финансирование проекта предпринимательская группа может выделить специальные активы в отдельную компанию, созданную для этой цели, и предоставить кредитору преимущественное право на все или большую часть имущества такой новой компании. Отдельная компания группы может быть также образована для осуществления конкретного проекта или привлечения дополнительного финансирования за счет залога ее собственных материальных и коммерческих активов, или же ее создание может потребоваться для получения государственной лицензии или концессии. Групповая структура

может упростить частичную продажу предприятия, поскольку может быть проще, а иногда и более выгодно с налоговой точки зрения, передать покупателю акции одной из компаний – членов группы, чем осуществить продажу отдельных активов. Иногда группа может образоваться случайно, например когда одна компания приобретает другую компанию, которая в свою очередь является материнской компанией по отношению к ряду других фирм.

20. Соблюдение нормативных требований упрощается, когда компании, к которым они применяются, являются отдельными членами группы. В случае транснациональных групп внутреннее законодательство отдельных стран, в которых группа желает осуществлять коммерческую деятельность, может предписывать, чтобы все коммерческие операции на местном рынке осуществлялись через отдельные дочерние предприятия (для которых иногда устанавливается обязательная минимальная доля участия местного капитала), или устанавливать другие требования и ограничения, связанные, например, с регулированием вопросов найма и трудовых отношений. Иногда для расширения деятельности за рубежом используются механизмы, не связанные с участием в акционерном капитале, что может быть обусловлено такими причинами, как наличие местных ограничений на участие в акционерном капитале, жесткое регулирование иностранной инвестиционной деятельности или более низкая себестоимость подобных механизмов. Немаловажным фактором для транснациональных групп могут являться и настоятельные географические соображения, например, необходимость приобретения сырья или сбыта продукции через дочерние предприятия, созданные в каком-либо конкретном месте. Все более важное значение – не столько при решении вопроса о целесообразности организации деятельности в форме предпринимательской группы, сколько при выборе места расположения ее отдельных подразделений – имеют особенности местного законодательства, касающиеся в первую очередь вопросов стоимости и порядка учреждения новых компаний, обязательств учрежденных компаний и режима групп при несостоятельности. Различия в законодательстве, действующем в разных правовых системах, могут значительно затруднить решение этих вопросов.

21. Еще одной серьезной причиной для создания сложных групповых структур являются налоговые соображения и их влияние на перемещение денежных средств внутри группы. Нередко главной причиной создания и последующего развития предпринимательских групп называют необходимость распределения налогового бремени, поскольку во многих правовых системах традиционно признается экономическое единство родственных компаний. Хотя основным принципом является раздельное налогообложение каждой компании группы, иногда из него могут делаться исключения, которые могут быть обусловлены такими вескими соображениями, как защита государственных интересов, связанных с налоговыми поступлениями, и облегчение налогового бремени, которое бы оказалось чрезмерным в случае раздельного налогообложения каждого члена группы¹⁵. К числу мер, учитывающих связи между материнскими и дочерними компаниями, относится освобождение от налога внутригрупповых дивидендов, упрощенный порядок налогообложения предпринимательских групп и меры, направленные на борьбу с уклонением от

¹⁵ International Investment and Multinational Enterprises – Responsibility of parent companies and their subsidiaries, OECD, 1979.

уплаты налогов. От обложения налогом могут освобождаться, например, дивиденды, выплачиваемые компанией своим корпоративным акционерам – резидентам, а также внутригрупповые дивиденды в тех случаях, когда компании тесно связаны отношениями собственности. При исчислении суммы налога может допускаться зачет налогов, уплаченных в иностранном государстве с основной прибыли дочернего предприятия или с дивидендов. Упрощенный порядок налогообложения групп может предусматривать, что родственные компании рассматриваются как один субъект налогообложения и представляют сводную налоговую отчетность. Может быть разрешено вычитать потери одного из дочерних предприятий из доходов другого или же равномерно распределять прибыли и убытки между всеми членами группы.

22. Ввиду важности налоговых соображений, распределение активов и пассивов внутри предпринимательской группы часто напрямую зависит от внутригрупповой политики ценообразования и национальной политики и ставок налогообложения. Различные ставки налогообложения юридических лиц, действующие в разных государствах, а также определенные налоговые льготы (например, пониженная ставка налога на прибыль от производственной деятельности или доход от финансовых услуг), предоставляемые в некоторых государствах, могут повысить их привлекательность по сравнению с другими странами, в которых действуют более высокие налоговые ставки и предусмотрено меньше, а то и вовсе никаких льгот. В то же время налоговые органы могут обладать правом пересматривать механизмы трансфертного ценообразования, используемые для перенаправления доходов в страны с более низким уровнем налогообложения.

23. На выбор между созданием отделения или дочернего предприятия могут также влиять особенности налогового регулирования, например, в вопросах о том, разрешается ли переводить прибыль иностранного дочернего предприятия за рубеж без уплаты налогов, если такая прибыль идет на возврат кредита материнской компании или если материнской компании принадлежит определенная доля (от 5 до 20 процентов) акционерного капитала иностранного предприятия; можно ли вычитать проценты на средства, заимствованные в целях приобретения дочернего предприятия, из прибылей этого предприятия; и, как уже упоминалось выше, можно ли сальдировать доходы и убытки разных дочерних предприятий в сводной налоговой декларации. Иногда для ведения той или иной хозяйственной деятельности создается сразу несколько корпораций в целях получения налоговых льгот, обхода ограничений в отношении максимального размера налоговых льгот или более выгодного использования прогрессивной ставки налога. Среди других причин можно назвать следующие: использование различий в методах бухгалтерского учета, налоговых циклах, методах начисления амортизации, инвентарной оценки и зачета налогов, уплаченных за рубежом; разделение видов деятельности, которые при их осуществлении одним субъектом налогообложения поставили бы его в менее выгодное положение с налоговой точки зрения; и использование более благоприятного режима регулирования определенных видов действий (например, ожидаемые или потенциальные продажи, слияния, ликвидационное производство, дарение и завещательные отказы в пользу родственников), который может быть применим к одним операциям, но не распространяться на другие.

24. Влияние на структуру корпоративной группы оказывают и требования к бухгалтерской отчетности. В некоторых правовых системах, например, разрешается создавать дочерние предприятия - агенты для управления некоторыми аспектами коммерческой деятельности, при этом создание такого предприятия избавляет материнскую компанию от необходимости представлять подробные торговые счета этого предприятия, являющегося лишь агентом материнской компании, которой принадлежат все активы.

25. Многие из этих преимуществ предпринимательских групп могут носить иллюзорный характер. Защита от разорительных убытков может оказаться неэффективной в результате соглашений о внутригрупповом финансировании, внутригрупповых коммерческих операций, перекрестного гарантирования, ручательств¹⁶, данных аудиторам группы, а также стремления крупных кредиторов, особенно банков, заручиться гарантией возмещения убытков за счет головной компании группы. Следует уточнить, что создание групповых структур вовсе не продиктовано соображениями бухгалтерского учета: сводную отчетность можно с равным успехом составлять как для отделений, так и для групп дочерних предприятий. Представляется, что в банковском, коммерческом и юридическом секторах специфику отчетности предпринимательских групп часто недопонимают.

D. Определение "предпринимательской группы" – собственность и контроль

26. Хотя существование предпринимательских групп и важность отношений между их членами все чаще признаются как в законодательстве, так и в судебной практике, единого свода норм, которые бы непосредственно регулировали все аспекты этих отношений, не существует. В тех правовых системах, в законодательстве которых имеется понятие предпринимательской группы, регулирование таких групп обычно осуществляется не на основе специальных норм торгового или корпоративного законодательства, а на основе разрозненных законодательных норм, касающихся вопросов налогообложения, корпоративной отчетности, конкуренции, слияний и т. п.; положения о режиме корпоративных групп при несостоятельности в законодательстве встречаются редко. Более того, при анализе того законодательства, которое все же касается тех или иных аспектов деятельности предпринимательских групп, можно заметить, что различные вопросы, связанные с их деятельностью, решаются по-разному не только в разных правовых системах, но и в разных законодательных актах, действующих в рамках одной правовой системы. Так, при определении того, что считать

¹⁶ Ручательство обычно дает материнская компания с целью убедить какое-либо предприятие заключить сделку с ее дочерней фирмой. Оно может содержать различные обязательства, ни одно из которых не будет иметь силу гарантии, например обязательство сохранять свое акционерное или иное финансовое участие в дочерней компании или использовать свое влияние для обеспечения выполнения дочерней компанией ее обязательств по соответствующему контракту; кроме того, оно может носить форму подтверждения осведомленности о заключаемом дочерней компанией контракте без какого-либо прямого указания на то, что материнская корпорация берет на себя какую-либо ответственность за исполнение обязательств по этому контракту.

предпринимательской группой, для разных целей могут использоваться разные критерии, хотя некоторые из них могут частично совпадать, а если в число таких критериев входит какое-либо конкретное понятие, например понятие "контроля", его толкование может быть более широким или более узким в зависимости от целей законодательства, о чем уже говорилось выше.

27. Хотя в законодательстве большинства стран нет четкого определения термина "предпринимательская группа", есть несколько понятий, которые обычно используют для определения того, какие отношения между компаниями являются достаточным основанием, чтобы считать их предпринимательской группой для тех или иных целей, например распространения ответственности на других членов группы, целей отчетности, налогообложения и т. д. Такие понятия встречаются как в законодательстве различных стран, так и в многочисленных судебных решениях, касающихся предпринимательских групп. Обычно к ним относятся понятия собственности и контроля или влияния, как прямого, так и косвенного, хотя в некоторых случаях учитывается только прямая собственность, контроль или влияние. Выбор между этими двумя концепциями нередко отражает попытку найти компромисс между определенностью, достичь которой можно, установив обязательную долю собственности, и гибкостью, для достижения которой удобнее пользоваться понятием контроля или влияния и учитывать различные экономические особенности предпринимательских групп.

28. В некоторых случаях наличие отношений собственности определяется на основе формальных взаимоотношений между компаниями, например исходя из того, связаны ли компании между собой как материнское и дочернее предприятие. Для определения таких связей может использоваться стандартный критерий, например владение в прямой или косвенной форме определенной долей капитала или количеством голосов. Такая доля может составлять от 5 до более чем 80 процентов. В тех случаях, когда законом установлена относительно низкая доля собственности, обычно учитываются также свидетельствующие о наличии контроля или влияния дополнительные факторы, о которых будет сказано ниже. В некоторых случаях владение определенной долей капитала или количеством голосов создает опровержимую презумпцию собственности, а владение более крупной долей – неопровержимую презумпцию собственности.

29. В других случаях при решении вопроса о том, что следует считать корпоративной группой, применяется более функциональный подход, и основное внимание уделяется различным аспектам контроля, под которым понимается наличие контролирующего или решающего влияния, причем понятие "контроль" часто является четко определенным термином. Основными элементами понятия контроля являются либо фактический контроль, либо возможность осуществления прямого или косвенного контроля над финансовой и хозяйственной политикой и процессом принятия решений. В тех случаях, когда предусмотренное определение охватывает возможность осуществлять контроль, обычно предполагается потенциальное, а не активно осуществляемое право контроля. Контроль может быть получен в результате владения активами или в силу наличия у контролирующей стороны законных или договорных прав, дающих ей возможность осуществлять контроль. Решающее значение имеет не столько конкретная юридическая форма

отношений между предприятиями, например отношения между материнской и дочерней компаниями, сколько суть таких отношений.

30. О контроле одной компании над другой могут свидетельствовать следующие факторы: возможность занимать преобладающее число мест в составе совета директоров или руководящего органа другого предприятия; возможность назначать или снимать с должности всех или большинство директоров или членов правления другого предприятия; возможность контролировать большинство голосов при голосовании в совете директоров или руководящем органе другого предприятия; возможность обеспечить большинство голосов или predetermined подачу большинства голосов на общих собраниях акционеров другого предприятия, независимо от того, обусловлена ли такая способность наличием акций или опционов. При рассмотрении этих факторов может оказаться полезной также следующая информация: учредительные документы компаний – членов группы; данные о структуре акционерного капитала компаний-членов; информация об основных стратегических решениях компании; соглашения о внутреннем и внешнем управлении; данные о банковских счетах, порядке их ведения и лицах, имеющих право подписи; информация о сотрудниках.

Е. Регулирование деятельности предпринимательских групп

31. Для регулирования деятельности предпринимательских групп обычно применяется один из двух подходов, а в некоторых случаях их сочетание: раздельный подход, при котором члены группы рассматриваются как отдельные субъекты (такой подход является традиционным и имеет наибольшее распространение), и единый подход, при котором члены группы рассматриваются как одно предприятие.

32. Раздельный подход основан на нескольких базовых принципах, главным из которых является самостоятельная правосубъектность каждой компании – члена группы. Он также предполагает ограниченную ответственность акционеров каждой компании группы и ограничение обязанностей директоров каждой отдельной компании группы рамками этой компании.

33. Под самостоятельной правосубъектностью корпорации обычно понимается, что корпорация имеет собственные права и обязанности независимо от того, кто ее контролирует или кому она принадлежит (например, находится ли она в полной или частичной собственности другой компании), а также от ее участия в деятельности группы. Долговые обязательства, которые берет на себя такая корпорация, являются ее обязательствами, и для их погашения, как правило, не могут использоваться активы других членов группы¹⁷. Договоры, которые корпорация заключает с внешними контрагентами, автоматически не распространяются на материнскую компанию или других членов группы. Материнская компания не может учитывать нераспределенную прибыль других компаний группы при расчете собственной прибыли. Ограниченная ответственность корпорации означает, что в отличие от товарищества или предприятия, находящегося в

¹⁷ См. ч. 3, гл. II, пункты 105–137, в которых рассматривается материальная консолидация.

собственности одного владельца, члены предпринимательской группы, как правило, не несут ответственности по ее долгам и обязательствам, в результате чего потенциальные потери не могут превысить сумму, внесенную в интересах члена группы при приобретении акций.

34. В отличие от этого, единый подход исходит из понятия экономической интеграции членов предпринимательской группы, когда группа рассматривается как одна хозяйственная единица, которая функционирует в интересах всей группы или ее головной компании, а не отдельных членов. Заимствование средств может осуществляться на групповой основе за счет использования общих финансовых механизмов для сальдирования кредитовых и дебетовых остатков на счетах каждой компании-члена; в рамках общей финансовой структуры и стратегии группы отдельным членам может позволяться работать в убыток или иметь недостаточный оборотный капитал; активы и пассивы могут различными способами перераспределяться между членами, а внутригрупповое кредитование, предоставление гарантий и участие в других финансовых механизмах могут осуществляться, по сути, на преференциальных условиях.

35. Хотя во многих странах принят отдельный подход к предпринимательским группам, в некоторых странах из него допускаются исключения, а в законодательстве или судебной практике других стран при определенных условиях допускается применение и единого подхода.

36. Отступления от строгого применения отдельного подхода могут быть вызваны следующими обстоятельствами: составление сводной отчетности предпринимательской группы в отношении какой-либо компании и любого подконтрольного предприятия; сделки между связанными с должником лицами (когда акционерной компании иначе запрещено предоставлять родственной компании какие-либо финансовые выгоды, включая внутригрупповые ссуды, гарантии, компенсации, освобождения от долгов или перевод активов, если такая сделка не была одобрена акционерами или иным образом исключена из действия этого правила); перекрестное владение акциями (когда компаниям в целом запрещается приобретать или принимать в обеспечение акции любой контролирующей компании или выдавать или передавать свои акции любой контролируемой компании); и коммерческие операции в условиях несостоятельности (когда материнская компания, которая не могла не подозревать о неплатежеспособности своего дочернего предприятия, может быть привлечена к ответственности по долговым обязательствам такого предприятия, принятым в условиях несостоятельности).

37. В некоторых странах выделяют различные категории предпринимательских групп, которым разрешается действовать как единому предприятию в обмен на предоставление более надежной защиты кредиторам и миноритарным акционерам. В одной из стран¹⁸ корпоративные группы с участием публичных акционерных компаний разделены на три категории: а) интегрированные группы, б) договорные группы и в) фактические группы, – к которым применяется ряд общих принципов, регулирующих вопросы корпоративного управления и ответственности:

¹⁸ Германия.

а) интегрированные группы создаются на основании решения о полной интеграции дочернего предприятия, за которое должна проголосовать определенная доля акционеров материнской компании, владеющей соответствующей долей акций дочернего предприятия. Материнская компания имеет неограниченные полномочия на управление дочерним предприятием, при этом она несет солидарную ответственность за его долги и обязательства;

б) договорные группы могут формироваться по договоренности между определенной долей акционеров двух компаний, в соответствии с которой одной из компаний (материнской) передается право на управление другой компанией при условии, что такое управление будет отвечать интересам материнской компании или группы в целом. В обмен на предоставление материнской компании права контроля миноритарные акционеры и кредиторы получают более широкую защиту;

в) фактические группы образуются в тех случаях, когда одна компания прямо или косвенно оказывает доминирующее влияние на другую компанию. Хотя в основе создания таких групп не лежит никакой официальной договоренности, материнская компания должна принимать систематическое участие в делах контролируемой фирмы.

38. В одной из стран¹⁹, в которой принципы единого подхода к предпринимательским группам закреплены в законодательстве, регламентирующем деятельность юридических лиц, руководителям дочерних предприятий, находящихся в полной или частичной собственности материнской компании, разрешается руководствоваться не столько интересами дочернего предприятия, сколько интересами материнской компании; кроме того, предусмотрен упрощенный порядок слияний внутри группы и допускается вынесение приказов о долевом участии, материальной консолидации или объединении активов.

39. В нормах другой страны²⁰, регулирующих коммерческую деятельность, также все шире применяется единый подход к предпринимательским группам, с тем чтобы не допустить использования групповых структур для обхода или подрыва основополагающих принципов, лежащих в основе законодательных актов, которые приняты по конкретным вопросам коммерческого права. Такому развитию ситуации способствует практика судебных органов, которые избирательно применяют концепцию предпринимательской группы как единого предприятия для достижения основных целей законодательства. Такая концепция применяется в рамках законодательства о несостоятельности для расторжения определенных видов сделок между членами группы, подкрепления внутригрупповых гарантий и, в отдельных случаях, в целях материальной консолидации. Суды также вправе изменять очередность требований при ликвидации одного из членов группы, рассматривая некоторые внутригрупповые кредиты не как долговые обязательства, а как приобретенную долю в капитале, либо признавая требования по внутригрупповым кредитам второстепенными по отношению к требованиям внешних кредиторов.

¹⁹ Новая Зеландия.

²⁰ США.

II. Рассмотрение вопроса о несостоятельности предпринимательских групп: внутренние вопросы

A. Введение

1. Предпринимательские группы могут обладать такой структурой, благодаря которой угроза наступления несостоятельности для одного или нескольких членов группы сводится к минимуму за счет предоставления перекрестных гарантий, гарантий возмещения или создания аналогичных механизмов. В случае возникновения трудностей головной или контролирующей член группы в интересах защиты своей репутации и сохранения доверия к себе в финансовой и коммерческой сферах может принять меры к тому, чтобы не допустить наступления несостоятельности другого члена своей группы путем обеспечения дополнительного финансирования и признания внутригрупповых требований второстепенными по отношению к внешним обязательствам.

2. Однако если в рамках этой сложной структуры предпринимательских групп один или несколько, или даже все члены группы начинают испытывать финансовые трудности, которые ведут к несостоятельности, то проблемы возникают уже в силу того, что группа состоит из членов, каждый из которых является признанным отдельным юридическим лицом и обладает собственной правосубъектностью. Поскольку, как отмечалось выше, во внутреннем законодательстве о несостоятельности и о корпорациях подавляющего большинства стран вопрос о несостоятельности предпринимательских групп не рассматривается, хотя вопросы, касающиеся таких групп, могут рассматриваться вне сферы несостоятельности применительно к финансовой отчетности, режимам регулирования и налогообложения, отсутствие юридических оснований для обратного или право судов по своему усмотрению вмешиваться в дела о несостоятельности означает, что в случае несостоятельности каждый субъект должен рассматриваться отдельно и, если это необходимо, отдельно передаваться в управление в рамках дела о несостоятельности. В определенных ситуациях, например когда коммерческая деятельность членов группы тесно взаимосвязана, такой подход не всегда приносит наилучшие результаты для отдельного должника или для коммерческой деятельности группы в целом, если не существует возможности обеспечить тесную координацию параллельных производств по делам о несостоятельности, затрагивающих всех членов группы.

3. В большинстве действующих положений внутреннего права, касающихся несостоятельности предпринимательских групп, основное внимание уделяется обстоятельствам, при которых консолидация имущественной массы в деле о несостоятельности может оказаться целесообразной. При этом отсутствуют руководящие указания в отношении того, каким образом несостоятельность предпринимательских групп следовало бы рассматривать на более комплексной основе и, в частности, следует ли и при каких обстоятельствах устанавливать в отношении предпринимательских групп особый режим по сравнению с режимом обособленного корпоративного субъекта.

4. Вторым ключевым вопросом, связанным с режимом предпринимательских групп при несостоятельности, является то, в какой степени данная группа интегрирована в экономическом и организационном отношении и каким образом такой уровень интеграции может повлиять на режим в отношении этой группы при несостоятельности и, в частности, в какой степени режим, применяемый в отношении высоко интегрированной группы, должен отличаться от режима для группы, отдельные члены которой сохраняют значительную самостоятельность. В некоторых случаях, когда, например, структура группы неоднородна и объединяет не связанные между собой коммерческие предприятия и активы, несостоятельность одного или нескольких членов группы может не повлиять на других членов или на всю группу в целом, и управление несостоятельными членами может осуществляться отдельно. Тем не менее в других случаях несостоятельность одного из членов группы может вызвать финансовые проблемы у других членов или всей группы в целом из-за интегрированной структуры такой группы, для которой характерна высокая степень взаимозависимости и связанности активов и пассивов ее различных частей. В таких случаях нередко возникает ситуация, когда несостоятельность одного или нескольких членов группы неизбежно приводит к несостоятельности всех членов ("эффект домино"), и, возможно, целесообразно оценивать неизбежность несостоятельности с учетом положения группы в целом или же координировать рассмотрение этого вопроса в отношении нескольких членов группы.

В. Подача заявления и открытие производства

5. Общие соображения в отношении подачи заявления и открытия производства по делу о несостоятельности рассматриваются в главах I и II части второй. Поскольку эти главы в равной степени относятся к отдельным членам предпринимательской группы, их следует рассматривать в связи с обсуждаемыми ниже дополнительными вопросами, касающимися только предпринимательских групп.

1. Объединенное заявление об открытии производства

а) Справочная информация

6. Законодательство о несостоятельности, как правило, признает отдельный правовой статус каждого члена предпринимательской группы и предусматривает подачу отдельных заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении каждого из таких членов. Кроме того, каждый из членов группы должен подпадать под действие законодательства о несостоятельности (см. рекомендацию 10) и удовлетворять условиям для открытия производства по делу о несостоятельности (см. рекомендации 15 и 16). В законодательстве некоторых стран предусмотрены ограниченные исключения, допускающие распространение действия отдельного заявления на других членов группы, например в том случае, если все заинтересованные стороны согласны с включением в такое заявление более чем одного члена группы; несостоятельность одного члена группы может затронуть других ее

членов; в заявлении идет речь о сторонах, между которыми существует тесная экономическая интеграция, например вследствие переплетения активов или указанной степени контроля или владения; или если рассмотрение группы в качестве единого субъекта имеет особое юридическое значение, особенно в контексте планов реорганизации.

7. Приведенные выше рекомендации, касающиеся подачи заявлений и открытия производства по делу о несостоятельности, применимы к должникам, являющимся членами предпринимательской группы, так же как и к должникам, представляющим собой отдельные коммерческие предприятия. В рекомендациях 15 и 16 устанавливаются стандарты в отношении заявлений должников и кредиторов об открытии производства по делу о несостоятельности и определяются основания для подачи заявлений в отношении каждого члена группы, удовлетворяющего этим стандартам²¹. В контексте предпринимательской группы несостоятельность материнского предприятия или контролирующего члена группы может отразиться на финансовой стабильности дочернего предприятия или контролируемого члена группы, или же несостоятельность нескольких членов группы может отрицательно повлиять на платежеспособность других членов группы, в результате чего несостоятельность группы в целом становится неизбежной. На такие случаи распространяются положения рекомендации 15, если на момент подачи заявлений несостоятельными членами группы можно утверждать, что остальные члены группы в основном не могут или не смогут оплатить свои долги по мере наступления сроков погашения.

b) Цель объединенного заявления

8. Положения, разрешающие членам группы, которые удовлетворяют стандарту открытия производства, подавать объединенное заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, позволяют повысить эффективность и сократить издержки благодаря скоординированному рассмотрению таких заявлений судом, не затрагивая статуса каждого из членов группы как самостоятельного юридического лица и не устраняя необходимости того, чтобы каждый из них отдельно удовлетворял применимому стандарту открытия производства. Такое заявление позволяет также обратить внимание суда на существование группы, особенно если оно сопровождается информацией, подтверждающей существование группы и наличие связей между ее членами, и если на его основании впоследствии открывается производство, то оно позволяет установить единую дату открытия производства для всех несостоятельных членов группы. Такая единая дата упрощает соблюдение сроков и расчет подозрительного периода для целей расторжения сделок.

9. Такое объединенное заявление, если это допускается законодательством и целесообразно в сложившихся обстоятельствах, может включать одно заявление, которое охватывает всех членов группы, удовлетворяющих стандарту открытия производства, или же параллельные заявления, представленные одновременно в отношении каждого из таких членов.

²¹ В случае подачи заявления должником рекомендация 15 предусматривает неизбежное наступление несостоятельности.

Последний из упомянутых подходов может быть целесообразным, если члены группы не находятся в пределах действия одной системы внутреннего права и компетенцией обладают разные суды (см. ниже) или если другие обстоятельства дела, например необходимость координации значительного числа производств, указывают на нецелесообразность подачи одного заявления. В обоих случаях желательно, чтобы законодательство о несостоятельности способствовало проведению судами скоординированного рассмотрения вопроса о том, удовлетворяются ли стандарты открытия производства в отношении отдельных членов группы, с учетом, в соответствующих случаях, группового контекста.

с) Различия между объединенным заявлением и процедурной координацией

10. Подачу объединенного заявления об открытии производства по делу о несостоятельности следует отличать от подачи заявления о процедурной координации, речь о которой пойдет ниже. Подача объединенных заявлений разрешается для того, чтобы способствовать скоординированному рассмотрению вопроса об открытии производства и по возможности сокращению связанных с этим расходов. Открытие нескольких производств на основании объединенного заявления также должно способствовать координации таких производств; дата открытия производства и любые другие даты, рассчитанные со ссылкой на эту дату, в частности, даты, связанные с подозрительным периодом, будут одинаковыми для каждого члена. Подача объединенных заявлений разрешается не для того, чтобы предопределить порядок управления производством в случае его открытия и, в частности, решение вопроса о том, будет ли производство подлежать процедурной координации. Поэтому в законодательство о несостоятельности желательно не включать требование о подаче объединенного заявления в качестве предварительного условия процедурной координации. Тем не менее объединенное заявление об открытии производства может содержать ходатайство о процедурной координации, как это отмечается ниже, и может содействовать принятию судом решения о процедурной координации.

d) Включение в объединенное заявление платежеспособного члена группы

11. В контексте предпринимательской группы нередко обсуждается вопрос о том, можно ли включать платежеспособного члена группы в заявление об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении неплатежеспособных членов группы и если можно, то при каких обстоятельствах. Если один из членов группы является, как представляется, платежеспособным, но в ходе дальнейшего расследования устанавливается, что несостоятельность неизбежна, включение такого члена в заявление, как отмечалось выше, будет охватываться рекомендацией 15.

12. Если же речь не идет о неизбежной несостоятельности и член группы является платежеспособным, то могут быть использованы другие подходы. Если группа тесно интегрирована, законодательство о несостоятельности может допускать включение в заявление об открытии производства тех членов группы, которые не удовлетворяют стандарту открытия производства, на том основании, что в интересах группы в целом было бы желательно включить таких членов в производство. К факторам, которые необходимо учитывать при

определении наличия необходимой степени координации, могут относиться следующие: существование между членами группы определенных отношений, которые могут определяться по-разному, но которые предполагают, например, значительную степень взаимозависимости или контроля; переплетение активов; единую правосубъектность, опору на управленческую и финансовую поддержку или другие аналогичные факторы, не обязательно вытекающие из правовых отношений (например, между материнским и дочерним предприятиями) между членами группы. Еще одной ситуацией, в которой включение платежеспособного члена группы в объединенное заявление может быть уместным, является ситуация, когда "группа" существует фиктивно. Такую ситуацию можно наблюдать, например, в тех случаях, когда группа действует как единый субъект, а групповая структура является лишь фасадом, за которым скрывается единое предприятие. Сюда также относятся случаи, когда члены группы столь тесно связаны между собой, что их активы фактически составляют единое целое, а четкого формального разделения между членами группы не проводится, в результате чего руководство и кредиторы рассматривают различных членов группы как один и тот же субъект хозяйственной деятельности.

13. Такой подход может облегчить решение проблемы несостоятельности для всей группы и позволяет избежать раздробленного по времени открытия производства, если открытое в отношении первоначально неплатежеспособных членов группы производство о несостоятельности затронет и других членов группы. Он также мог бы упростить подготовку плана реорганизации, охватывающего активы как платежеспособных, так и неплатежеспособных членов группы.

14. Вместе с тем одна из проблем, связанных с включением платежеспособного члена группы, заключается в том, что законодательство о несостоятельности охватывает, как правило, лишь те субъекты, которые, как считается, должным образом удовлетворяют стандарту открытия производства по делу о несостоятельности. Однако платежеспособный член группы может быть включен в план реорганизации на добровольной основе, если совет директоров или руководство этого члена группы (в соответствии с применимым законодательством) примет коммерческое решение о том, что ему следует принять участие в этом плане (см. ниже пункт 152).

15. Согласно некоторым законам о несостоятельности, подача объединенного заявления об открытии производства может допускаться также в случаях, когда все заинтересованные члены группы согласны с включением одного или нескольких других членов, независимо от того, являются ли те несостоятельными, или с согласия всех заинтересованных сторон, включая кредиторов. Однако в большинстве случаев получение согласия всех кредиторов в подобных обстоятельствах оказывается весьма трудным делом и требует много времени. В законодательстве о несостоятельности можно также рассмотреть вопрос о том, может ли член группы, не охваченный производством по делу о несостоятельности на момент его открытия в отношении других ее членов, быть включен в производство позднее, если впоследствии он окажется затронутым негативными последствиями этого производства или будет установлено, что его включение отвечает интересам группы в целом.

е) Лица, наделенные правом подавать объединенное заявление

16. Согласно подходу, использованному в рекомендации 14, законодательство о несостоятельности может допускать подачу объединенного заявления двумя или более членами предпринимательской группы, которые удовлетворяют стандарту открытия производства в законодательстве о несостоятельности (см. ч. 2, гл. I, пункты 32-53). Подача заявления также может производиться любым кредитором в отношении тех членов группы, кредитором которых он является, разрешение кредитору подавать заявление в отношении членов группы, кредитором которых он не является, будет противоречить стандарту открытия производства, изложенному в рекомендации 14.

ф) Компетентные суды

17. В связи с объединенным заявлением об открытии производства в отношении двух или более членов предпринимательской группы могут возникать вопросы юрисдикции, даже на внутригосударственном уровне, если эти члены группы находятся в разных местах и рассмотрение заявления может входить в компетенцию разных судов, под юрисдикцию которых подпадают разные члены группы. Это может иметь место, например, в том случае, когда какая-либо группа действует в национальных масштабах в государствах, в которых рассмотрение дел о несостоятельности относится к компетенции судов, расположенных в разных местах или в которых заявления об открытии производства могут подаваться в разные суды. Некоторые законы могут допускать передачу объединенного заявления об открытии производства в один суд, который в этом случае получает юрисдикцию над всеми включенными в заявление членами группы.

18. Хотя подобный подход желателен, в конечном счете все будет зависеть от того, допускает ли внутреннее законодательство такой порядок рассмотрения объединенных заявлений, затрагивающих разных должников (пусть даже являющихся членами одной и той же группы), в разных юрисдикциях или судах. В некоторых государствах разрешается объединять дела о несостоятельности, заведенные в разных судах, в одно производство или передавать их на рассмотрение одному суду. В этих случаях для определения суда, компетентного рассматривать такое заявление, могут применяться различные критерии. Таким судом, например, может быть суд, компетентный вести производство в отношении материнской компании или контролирующего члены группы, когда они включены в заявление. Для определения внутренней преобладающей компетенции суда могут также использоваться и другие критерии, например размер задолженности различных членов группы или центр контроля группы. В то же время кредиторы разных членов группы могут быть расположены в разных местах, в связи с чем возникают вопросы представительства и места, где будет созываться или учреждаться комитет кредиторов.

19. Хотя вопрос о том, какой суд обладает компетенцией для рассмотрения объединенного заявления об открытии производства в тех случаях, когда соответствующие члены группы находятся в разных внутренних юрисдикциях, может регулироваться иным законодательством, нежели законодательство о несостоятельности, желательно следовать подходу, использованному в

рекомендации 13. Для этого в законодательстве о несостоятельности потребуется четко указать или включить ссылку на соответствующее законодательство, определяющее тот суд, который обладает юрисдикцией в отношении подобного заявления. Благодаря использованию такого подхода всем соответствующим сторонам будет ясно, в каких случаях и каким образом можно подавать такое заявление. Это особенно актуально в тех случаях, когда отдельные члены группы подпадают под юрисдикцию сразу нескольких судов.

20. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает подачу объединенных заявлений, имеется возможность для сокращения издержек, в частности за счет того, что один и тот же суд одновременно рассматривает условия для открытия производства в отношении сразу нескольких членов предпринимательской группы. По этой причине имеет смысл пересмотреть порядок оплаты соответствующих издержек и другие административные вопросы, связанные с подачей заявлений и открытием производства по делу о несостоятельности, применительно к случаям подачи объединенных заявлений об открытии производства (см. ч. 2, гл. I, пункты 76-78).

g) Уведомление о подаче заявления

21. В отношении объединенного заявления будут применяться вышеизложенные рекомендации, касающиеся уведомления о подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности (см. ч. 2, гл. I, пункты 64-67). О подаче объединенного заявления кредитором следует уведомлять всех членов группы, которые охвачены таким заявлением в соответствии с рекомендацией 19 (а). В соответствии с рекомендацией 22, если объединенное заявление подают члены группы, уведомлять кредиторов и другие заинтересованные стороны требуется только после открытия производства на основании такого заявления.

Рекомендации 199-201

Цель законодательных положений

Цель положений об объединенном заявлении²² об открытии производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы заключается в следующем:

а) содействовать рассмотрению заявлений об открытии производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы на скоординированной основе;

б) создать условия, позволяющие судам получать такую информацию о предпринимательской группе, которая облегчила бы принятие решения о целесообразности открытия производств по делам о несостоятельности в отношении ее членов;

с) содействовать повышению эффективности и снижению расходов;

²² Подача объединенного заявления об открытии производства не влияет на правовой статус каждого из включенных в заявление членов группы, которые остаются самостоятельными и отличными друг от друга субъектами.

d) создать механизм²³, позволяющий судам принимать решение о целесообразности процедурной координации производств по делам о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности (п. 8)

199. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что в отношении двух или более членов предпринимательской группы, каждый из которых удовлетворяет применимому стандарту открытия производства²⁴, может подаваться объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности.

Лица, наделенные правом подачи заявлений (п. 16)

200. [Если в законодательстве о несостоятельности предусмотрена возможность подачи объединенных заявлений в соответствии с рекомендацией 199,] в законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что объединенное заявление могут подавать:

a) два или более члена предпринимательской группы, каждый из которых удовлетворяет применимому стандарту открытия производства, о котором говорится в рекомендации 15; или

b) кредитор, при условии, что он является кредитором каждого из членов группы, которые отвечают условиям открытия производства, предусмотренным в рекомендации 16, и которых предполагается включить в объединенное заявление.

Компетентные суды (пп. 17-19)

201. Для целей рекомендации 13 слова "открытие и ведение производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства" охватывают объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы²⁵.

²³ Объединенное заявление не является необходимым условием процедурной координации, но оно может помочь суду вынести решение о целесообразности процедурной координации.

²⁴ См. выше рекомендацию 15 об открытии производства по заявлению должника и рекомендацию 16 об открытии производства по заявлению кредитора.

²⁵ Рекомендация 13 гласит: "В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано (или должна содержаться ссылка на соответствующее законодательство, в котором устанавливается), какие суды обладают юрисдикцией в отношении открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства". Критерии, которые могут учитываться при определении компетентного суда, рассматриваются в комментарии, см. п. 18 выше.

2. Процедурная координация

а) Цель процедурной координации

22. Процедурная координация направлена на процедурное облегчение производства и экономию затрат и может не только способствовать получению всеобъемлющей информации о деловых операциях членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, но и облегчать оценку активов и идентификацию кредиторов и других сторон, интересы которых признаются законом; а также предотвращать дублирование усилий. Процедурная координация представляет собой различную возможную степень координации на практике ведения нескольких производств по делам о несостоятельности, открытых в отношении двух или более членов предпринимательской группы при возможном участии одного и более судов. Активы и пассивы каждого члена группы, охваченного процедурной координацией, хотя они и управляются на скоординированной основе, остаются раздельными и отличными друг от друга, что позволяет сохранить целостность и самостоятельную правосубъектность отдельных членов группы и оградить материальные права истцов. Соответственно, последствия процедурной координации ограничиваются административными аспектами производства и не затрагивают материально-правовых вопросов. Сфера охвата решения о процедурной координации, как правило, определяется судом применительно к каждому конкретному делу.

23. Упорядочение нескольких производств может достигаться различными способами, например посредством вынесения решения о процедурной координации, облегчающего обмен информацией с целью получения более полного представления о положении различных должников; объединения слушаний и заседаний, включая совместные заседания кредиторов; составления единого списка кредиторов и других заинтересованных сторон в целях подготовки уведомления и координации его подготовки; установления общих предельных сроков; согласования общей процедуры предъявления требований и скоординированной продажи активов; координации порядка расторжения сделок; создания единого комитета кредиторов или координации действий нескольких комитетов кредиторов. Оптимизации процесса может также способствовать назначение единого управляющего в деле о несостоятельности для управления производством по делу о несостоятельности или обеспечение координации действий двух или нескольких назначенных управляющих (см. ниже пункты 139-140). Этот процесс может предусматривать сотрудничество между двумя или более судами либо ведение нескольких производств в отношении членов группы одним и тем же судом, если это допускается внутренним законодательством.

24. Если в производстве участвуют два или более судов, то сотрудничество между ними может включать, например, координацию проведения слушаний, а также обмен информацией и ее раскрытие. Как отмечается ниже в отношении трансграничного сотрудничества (см. гл. III, пункты 38-40), проведение скоординированных слушаний может существенно повысить эффективность параллельных производств по делам о несостоятельности, затрагивающих членов предпринимательской группы, поскольку такие слушания позволяют заинтересованным сторонам совместно обсудить и урегулировать нерешенные

проблемы или потенциальные коллизии и тем самым избежать длительных переговоров и связанных с этим задержек. Такие слушания, как представляется, удобнее всего проводить на внутренней основе, поскольку это, как правило, не создает проблем, связанных с разными языками, временными зонами, законами, процедурами и судебными традициями, которые могут иметь место в трансграничном контексте. Вместе с тем, как и в международном контексте, проведение таких слушаний может потребовать использования общих процедур и договоренностей между разными судами, например в отношении порядка регистрации документации и представления информации.

25. При рассмотрении вопроса о целесообразности процедурной координации в каждом конкретном случае важное значение могут иметь различные факторы, связанные, например, с информацией, подтверждающей наличие группы, и выявлением связи между членами группы, включая позицию каждого члена группы, охватываемого заявлением, особенно в тех случаях, когда один из них является контролирующим членом группы или материнской компанией. Хотя требование о предоставлении подобных сведений может оказаться трудновыполнимым в тех случаях, когда о процедурной координации ходатайствуют кредиторы, суть подачи заявления заключается в том, чтобы доказать, что должники являются членами одной группы и что процедурная координация облегчит ведение производства по делу об их несостоятельности. Поэтому суд должен убедиться в наличии связей между членами группы, прежде чем выносить решение об открытии производства и целесообразности процедурной координации.

b) Участие кредиторов

26. Что касается участия кредиторов, то интересы кредиторов различных субъектов могут различаться и вряд ли такие интересы могут быть представлены в едином комитете. Не исключено, однако, что в случаях процедурной координации, охватывающей многих членов группы, создание отдельного комитета кредиторов каждого члена может оказаться чрезмерно дорогостоящим и неэффективным с точки зрения управления производством. Соответственно, в некоторых государствах суды при определенных обстоятельствах правомочны не создавать комитет кредиторов по каждому отдельному субъекту. Поэтому общий принцип может заключаться в желательности допущения, согласно законодательству о несостоятельности, создания в соответствующих случаях единого комитета кредиторов.

c) Сроки подачи заявления

27. Преимущества процедурной координации могут быть очевидны уже в момент подачи заявления об открытии производства либо проявляться после его открытия. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности было гибким в отношении сроков подачи заявления о процедурной координации. В этой связи, возможно, целесообразно предусмотреть, чтобы заявление о процедурной координации подавалось одновременно с заявлением об открытии производства или в любое последующее время. Вместе с тем, учитывая тот факт, что цель процедурной координации заключается в координации ведения нескольких производств,

практическая целесообразность вынесения решения на более позднем этапе производства будет иметь ограниченный характер в силу его сомнительной пользы. Иначе говоря, не следует ждать больших преимуществ от стремления координировать производства, которые уже почти завершены. Аналогичным образом, при включении дополнительных членов группы в ранее принятое решение о процедурной координации необходимо учитывать, с какого момента они утратили платежеспособность.

28. Для обеспечения той или иной степени определенности в законодательстве о несостоятельности можно оговорить предельный срок представления заявлений о процедурной координации. Однако, как это обычно и делается при любом рассмотрении необходимости установления предельного срока, преимущества установления такого предельного срока должны сопоставляться с потенциальными недостатками, связанными с отсутствием гибкости и необходимостью обеспечения его надлежащего соблюдения (см. ч. 2, гл. I, п. 60).

d) Лица, наделенные правом подачи заявлений

29. Желательно, чтобы процедурная координация могла использоваться как можно шире и чтобы суду было предоставлено право по собственному усмотрению определять, будет ли координация различных производств полезной для их эффективного ведения. Суд может рассмотреть вопрос о целесообразности вынесения решения о процедурной координации по собственной инициативе, в частности в тех случаях, когда он убежден в том, что процедурная координация производств будет наилучшим образом отвечать интересам предпринимательской группы и облегчит ведение производств, а никакого заявления о процедурной координации от уполномоченной на то стороны не поступает. Суд может также вынести решение о процедурной координации по заявлению таких уполномоченных сторон, как любой член группы, в отношении которого ведутся производства по делам о несостоятельности, уполномоченный в деле о несостоятельности того или иного члена группы, который, как правило, располагает информацией, имеющей самое непосредственное отношение к подаче такого заявления, или кредитор.

30. Что касается кредитора, то ограничение права на подачу заявления, распространяющееся на заявление об открытии производства по делам о несостоятельности (рекомендация 200(b)), не подлежит обязательному применению. В тех случаях, когда заявление о процедурной координации подается в момент подачи заявления об открытии производства, вопрос об открытии производства следует рассматривать отдельно от вопроса процедурной координации, поскольку решение по каждому из них выносится на основании разных критериев. После открытия производств нет никаких оснований ограничивать право подавать заявления о процедурной координации для кредиторов, являющихся кредиторами членов группы, производство в отношении которых предполагается координировать, если такая координация может облегчить ведение производства. Заявления о процедурной координации могут подавать и кредиторы других членов группы, при этом решение о процедурной координации не должно быть обусловлено статусом кредитора, подающего заявление.

е) Компетентные суды

31 В связи с процедурной координацией могут также возникать проблемы юрисдикции, упоминавшиеся выше применительно к объединенным заявлениям об открытии производства (см. пункты 17-19 выше), в случаях, когда компетенцией в отношении различных членов группы, охваченных производством по делу о несостоятельности, обладают разные внутренние суды. В тех правовых системах, где подобные проблемы возникают, они, как правило, решаются путем обращения к положениям внутреннего процессуального права. В некоторых государствах производства, открытые в разных судах, могут быть объединены или переданы в один суд, например, суд, компетентный вести производство по делу о несостоятельности в отношении материнской компании какой-либо группы. Для принятия решения о преимущественной компетенции отдельного суда на внутрисударственном уровне могут также использоваться различные другие критерии, например, очередность подачи заявлений, размер задолженности или центр контроля. Главным элементом объединения или передачи производства в один суд будет установление связи между соответствующими судами до такой передачи. Кредиторы различных членов группы могут также находиться в разных местах, в связи с чем возникают проблемы представительства и определения места проведения заседаний или создания комитетов кредиторов.

32. Хотя эти вопросы могут регулироваться иным законодательством, нежели законодательство о несостоятельности, желательно, как отмечалось выше в отношении объединенных заявлений (пункт 19), использовать подход, предусмотренный в рекомендации 13. Для этого в законодательстве о несостоятельности потребуется четко указать или включить ссылку на соответствующий закон об установлении юрисдикции суда в отношении заявления о процедурной координации.

ф) Уведомление в отношении процедурной координации

33. На заявление о процедурной координации могут распространяться те же требования, что и на направление уведомления о подаче заявления об открытии производства (см. рекомендации 19, 22-24 и ч. 2 гл. I, пункты 64-68). Если заявление о процедурной координации подается одновременно с заявлением об открытии производства, то в соответствии с рекомендацией 19 уведомлять соответствующих должников потребуется лишь о заявлении кредиторов о процедурной координации.

34. В отношении заявления, поданного в этот момент членами группы, уведомление кредиторов согласно рекомендациям 23-24 не потребуется, однако информация, например содержание и последствия решения, может включаться в уведомление об открытии производства.

35. В тех случаях, когда заявление о процедурной координации подается после открытия производства, может быть уместным направление уведомления кредиторам независимо от того, что процедурная координация не затрагивает их материальные права. Направление уведомления может иметь особое значение в случаях, когда в законодательстве, как это отмечено выше, предусмотрено, что дела, открытые в разных юрисдикциях, должны передаваться для рассмотрения или урегулирования в один суд и что передача

может затронуть такие процессуальные аспекты производства, представляющие интерес для кредиторов, как место проведения заседаний комитета кредиторов или место предъявления требований.

36. Предусмотренное обязательство направлять уведомления всем кредиторам может быть выполнено путем направления коллективного уведомления, например путем опубликования уведомления в соответствующем юридическом издании, если это разрешено согласно внутреннему законодательству и целесообразно в случае, например, большого числа кредиторов (см. ч. 2, гл. I, пункты 69-70). В дополнение к информации, требуемой согласно изложенным выше рекомендациям в отношении направления уведомления об открытии производства (рекомендация 25 и ч. 2, гл. I, пункт 71), уведомление, касающееся решения о процедурной координации, может включать положения такого решения и информацию, например о координации слушаний и заседаний, а также о требуемых договоренностях в отношении финансирования после открытия производства.

g) Изменение или отмена постановления о процедурной координации

37. Поскольку цель процедурной координации заключается в том, чтобы содействовать облегчению административных мер и достижению эффективности затрат, в законодательство о несостоятельности могут быть включены положения об изменении или отмене решения о процедурной координации с учетом изменившихся обстоятельств. Подобный подход может быть целесообразным в тех случаях, когда, например, скоординированная реорганизация оказалась безуспешной и необходимо провести ликвидацию индивидуальных членов группы по отдельности. Хотя отмена решения потребуется лишь в редких случаях, она должна быть возможной, поскольку первоначальное постановление не имеет своей целью затронуть материальные права. В качестве гарантии в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что отмена или изменение может допускаться при том условии, что при этом не будут ущемлены права и интересы, вытекающие из первоначального решения.

Рекомендации 202-210

Цель законодательных положений

Цель положений о процедурной координации производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы заключается в следующем:

a) обеспечить скоординированное управление производством по таким делам о несостоятельности при одновременном сохранении раздельной правосубъектности каждого члена группы;

b) повысить эффективность затрат и увеличить объем возмещения кредиторам.

Содержание законодательных положений

Процедурная координация двух или более производств по делам о несостоятельности

202. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что управление производством по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы может быть скоординировано в процедурных целях.

203. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что по ходатайству лица, имеющего право на подачу заявления согласно рекомендации 206, или по собственной инициативе суд²⁶ может вынести решение о процедурной координации.

204. Процедурная координация может включать, в частности, назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности; взаимодействие между судами, включая согласованное проведение слушаний; сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности, включая обмен информацией и координацию переговоров; направление совместных уведомлений; согласование порядка предъявления и проверки требований; согласование процедур расторжения сделок. Сфера охвата и степень процедурной координации определяются судом.

Заявление о процедурной координации

- *Срок подачи заявления*

205. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заявление о процедурной координации может быть подано в момент подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или в любой последующий момент²⁷.

- *Лица, наделенные правом подавать заявление*

206. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заявление о процедурной координации может быть подано:

- а) членом предпринимательской группы, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открыто производство по делу о несостоятельности;
- б) управляющим в деле о несостоятельности члена предпринимательской группы; или

²⁶ Координация может осуществляться разными судами, обладающими компетенцией в отношении разных членов группы, или одним судом, обладающим компетенцией в отношении ряда разных производств по делам о несостоятельности, касающихся членов одной и той же группы. Соответственно, решение о процедурной координации может потребовать действий со стороны более, чем одного суда.

²⁷ Возможность вынесения решения о процедурной координации на конечном этапе производства по делу о несостоятельности рассматривается в комментарии; см. п. 27 выше.

с) кредитором²⁸ члена предпринимательской группы, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открыто производство по делу о несостоятельности.

Согласованное рассмотрение заявления

207. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что суд²⁹ может принимать надлежащие меры для согласованного рассмотрения с любым другим компетентным судом заявления о процедурной координации производств по делам о несостоятельности, открытых в отношении двух или более членов предпринимательской группы. Такие меры, например, могут включать ведение скоординированных производств, согласованное проведение слушаний, а также обмен информацией и раскрытие информации.

Изменение или прекращение действия решения о процедурной координации

208. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что постановление о процедурной координации может быть изменено или его действие прекращено при условии, что любые меры или решения, принятые в соответствии с решением о процедурной координации, не будут затрагиваться постановлением об изменении или прекращении. Если в принятии решения о процедурной координации участвуют несколько судов, то эти суды могут предпринимать надлежащие шаги для согласованного внесения изменений в порядок процедурной координации или ее прекращения.

Компетентные суды

209. Для целей рекомендации 13 слова "открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства" включают заявления и решения о процедурной координации производств по делам о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы³⁰.

Уведомление о процедурной координации

210. В законодательстве о несостоятельности следует установить требования, касающиеся направления уведомления в отношении заявлений и решений о процедурной координации и изменений порядка или прекращения процедурной координации, включая сферу охвата и содержание решения; стороны, которым должно быть направлено уведомление; сторону, отвечающую за направление уведомления; и содержание уведомления.

²⁸ Для подачи заявления о процедурной координации кредитор не обязательно быть кредитором всех членов группы, о координации производств по делам о несостоятельности которых он ходатайствует.

²⁹ См. рекомендацию 203 и сноску 26 выше.

³⁰ Критерии, использование которых может быть уместным для определения компетентного суда, рассматриваются в комментарии, см. п. 18 выше.

С. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

38. Возможные последствия, которые повлечет за собой открытие производства по делу о несостоятельности для должника и его активов, подробно рассматриваются выше в главе II части второй. В целом об этих последствиях в равной степени можно говорить и в случае открытия производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы. Некоторые из последствий, которые могут отличаться в контексте группы, обсуждаются ниже применительно к защите и сохранению имущественной массы в делах о несостоятельности; финансированию после подачи заявления об открытии производства; использованию активов и распоряжению ими; финансированию после открытия производства; расторжению; субординации; а также средствам правовой защиты, включая приказы о материальной консолидации.

1. Защита и сохранение имущественной массы в делах о несостоятельности

а) Применение моратория в отношении платежеспособного члена группы

39. Как отмечалось выше (см. ч. 2, гл. II, п. 26), во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает создание механизма защиты стоимости имущественной массы, который не только препятствует возбуждению кредиторами действий по принудительному исполнению своих прав с помощью имеющихся средств правовой защиты в течение всего или части срока производства по делам о несостоятельности, но и приостанавливает уже предпринимаемые действия в отношении должника. Рекомендации, касающиеся применения этого механизма, называемого "мораторием", как правило, применяются при производстве по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы (см. рекомендации 39-51).

40. Один из вопросов, которые могут возникать в связи с несостоятельностью предпринимательских групп, но не в случае отдельных должников, касается распространения действия моратория на члена предпринимательской группы, не охваченного производством по делу о несостоятельности (если законодательство о несостоятельности допускает включение в такое производство платежеспособного члена группы, этот вопрос не возникает). Этот вопрос может быть особо актуальным для предпринимательских групп в силу взаимосвязанности деловой активности группы. Например, когда финансирование организуется на групповой основе посредством перекрестных гарантий или перекрестного залогового обеспечения, суммы, привлекаемые для одного члена группы, могут отражаться на обязательствах другого или действия, затрагивающие активы членов группы, не охваченных производством по делам о несостоятельности, могут затрагивать также активы и пассивы или способность к дальнейшему ведению обычных коммерческих операций членов группы, в отношении которых поданы заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или уже открыто такое производство.

41. Стремление расширить действие моратория за счет его распространения на платежеспособного члена группы может иметь место в целом ряде случаев, например для защиты внутригрупповой гарантии, обеспеченной активами выдавшего ее платежеспособного члена группы; для недопущения действий кредитора по принуждению платежеспособного члена группы к исполнению условий соглашения, если это принудительное исполнение может отразиться на обязательствах ее другого члена, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности; и для недопущения принудительного исполнения обеспечительного интереса за счет активов платежеспособного члена группы, которые играют важнейшую роль для всей коммерческой деятельности группы, в том числе коммерческой деятельности тех ее членов, в отношении которых подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности. Подобное расширение сферы действия моратория может по-разному отразиться на коммерческой деятельности платежеспособного члена группы и интересах его кредиторов, в зависимости от характера деятельности данного платежеспособного члена группы и его функций в составе группы. Так, например, для повседневных операций члена группы, занимающегося торговлей, негативные последствия могут быть более серьезными, чем для деятельности члена группы, учрежденного в качестве держателя определенных активов или пассивов.

42. В некоторых государствах возможность вынесения постановления об использовании в отношении платежеспособного члена группы (не включенного в производство по делу о несостоятельности), связанных с несостоятельностью средств правовой защиты, может быть не предусмотрена, поскольку подобные средства могут противоречить защите прав собственности или затрагивать конституционные права. Тем не менее аналогичный результат может быть достигнут, если суд имеет возможность в определенных случаях, например при наличии внутригрупповой гарантии, выносить постановление о защитных мерах в связи с открытием производства по делу о несостоятельности в отношении других членов предпринимательской группы. Возможность применения таких мер может быть оставлена на усмотрение суда на таких условиях, которые суд сочтет уместными.

43. На такие меры может распространяться рекомендация 48, согласно которой суд может вынести решение о других мерах правовой защиты в дополнение к мерам, которые могут применяться автоматически при открытии производства по делу о несостоятельности (о чем говорится в рекомендации 46). Как указано в сноске к рекомендации 48, характер таких дополнительных мер будет зависеть от того, какие меры защиты предусмотрены в той или иной правовой системе, а также от того, какие меры могут быть уместными в условиях того или иного конкретного производства по делу о несостоятельности.

44. Меры могут также приниматься на временной основе. В рекомендации 39 говорится о временных мерах и указываются виды защитных мер, которые могут приниматься "по ходатайству должника, кредиторов или третьих сторон, когда такие меры срочно необходимы для защиты и сохранения стоимости активов должника или интересов кредиторов в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и его открытием".

45. Меры для защиты интересов как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов платежеспособного члена группы изложены также в соответствующих рекомендациях, рассмотренных выше. Так, например, в рекомендации 51 непосредственно рассматривается вопрос о защите обеспеченных кредиторов и основаниях для защиты от моратория, применимого при открытии производства, а также вопрос о возможности распространения этой защиты на обеспеченных кредиторов платежеспособного члена группы. Другие основания для защиты от моратория могут быть связаны с финансовым положением платежеспособного члена группы и последствиями сохранения моратория для его повседневной деятельности и, возможно, для его платежеспособности.

46. Если обеспеченным кредитором является член одной и той же предпринимательской группы, в состав которой входят должник или должники, то для решения вопроса о защите может потребоваться иной подход, особенно в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает материальную консолидацию или субординацию требований лиц, связанных с должником (см. пункты 84-88 ниже).

b) Финансирование после открытия производства

47. В части второй главы II в разделе, посвященном финансированию после открытия производства, признается, что продолжение коммерческой деятельности должником после открытия производства по делу о несостоятельности имеет решающее значение для ее организации и в меньшей степени для ликвидации, когда предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Для поддержания своей деловой активности должник должен иметь доступ к финансовым средствам, чтобы иметь возможность оплачивать важнейшие поставки товаров и услуг, включая затраты на рабочую силу, страхование, арендную плату, исполнение контрактов и другие операционные расходы, а также расходы, связанные с поддержанием стоимости активов.

48. Аналогичная потребность в финансировании также имеет место в период между моментом подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и моментом открытия этого производства (финансирование после открытия производства). Если какой-либо член предпринимательской группы становится неплатежеспособным и подает заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, то это заявление нередко влечет за собой признание факта неисполнения обязательств по существующим кредитным соглашениям, что дает право кредитодателю прекратить выделение финансовых средств по этим соглашениям. Если законодательство о несостоятельности не предусматривает автоматического открытия производства по делу о несостоятельности после подачи заявления, то в этом случае между подачей заявления и открытием производства может пройти несколько месяцев, в течение которых суды должны произвести независимую оценку на предмет соответствия должников, являющихся объектом заявления, установленным законом критериям открытия производства. Вместе с тем, если в период проведения такой оценки член группы продолжает работу как действующее предприятие, то он должен иметь возможность продолжать свою коммерческую деятельность, платить своим служащим, оплачивать свои

поставки и в целом продолжать свою повседневную деятельность. Наличие или отсутствие финансирования в течение этого промежуточного периода позволяет или в существенной степени помогает ответить на вопрос о целесообразности проведения в конечном итоге реорганизации или необходимости ликвидации предприятия. Если несостоятельный член группы имеет тесные деловые связи с другими членами, от того, сможет ли он продолжать свою деятельность, нередко зависит платежеспособность других членов группы, а то и группы в целом – в зависимости от того, какое положение внутри группы занимает несостоятельный член.

49. Как было отмечено выше (ч. 2, гл. II, п. 96), в отсутствие уполномочивающих или разъясняющих положений в законодательстве о несостоятельности предоставление финансовых средств в период до открытия производства по делу о несостоятельности может также вызвать сложные вопросы, касающиеся использования полномочий на расторжение сделок и ответственности как кредитодателя, так и должника. Например, в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что в тех случаях, когда кредитодатель предоставляет средства неплатежеспособному должнику в период до открытия производства по делу о несостоятельности, он может нести ответственность за любое увеличение обязательств других кредиторов или соглашение о предоставлении средств может подлежать расторжению в ходе любого последующего производства по делу о несостоятельности в качестве преференциальной сделки.

50. Наличие в законодательстве о несостоятельности положения, позволяющего получать финансирование в период между подачей заявления и открытием производства обеспечит необходимое разрешение и будет являться для любого существующего или нового кредитодателя необходимой гарантией и стимулом для предоставления дополнительного финансирования в этот период.

51. Как отмечено выше (см. п. 44), рекомендация 39 разрешает суду выносить решения о мерах временного характера для сохранения активов должника до открытия производства по делу о несостоятельности. Поскольку эти меры могут включать разрешение предоставления финансирования после подачи заявления, такое предоставление финансирования следует в связи с этим рассматривать как подпадающее под действие рекомендации 39.

2. Использование и реализация активов

52. Выше отмечалось (см. ч. 2, гл. II, п. 74), что, хотя в качестве общего принципа желательно, чтобы законодательство о несостоятельности не допускало ненадлежащего вмешательства в вопросы, касающиеся прав собственности третьих сторон или интересов обеспеченных кредиторов, в ходе производства по делу о несостоятельности зачастую требуется, чтобы активы, образующие имущественную массу, и активы, находящиеся во владении должника и используемые в его коммерческих операциях, продолжали использоваться или чтобы такими активами можно было распоряжаться (в том числе путем их обременения) для достижения целей того или иного конкретного производства.

53. В случаях, когда производство по делу о несостоятельности касается двух или более членов предпринимательской группы, могут возникать вопросы относительно использования активов платежеспособного члена той же группы для поддержки продолжающихся операций неплатежеспособных членов до завершения производства. В случаях, когда эти активы находятся во владении одного из несостоятельных членов группы, может быть достаточной рекомендация 54, в которой говорится об использовании активов третьих сторон, находящихся во владении должника.

54. Когда такие активы не находятся во владении кого-либо из неплатежеспособных членов группы, рекомендация 54 обычно не применяется. Однако возможны ситуации, когда платежеспособный член группы, во владении которого находятся эти активы, включается в производство по делу о несостоятельности или когда активы должны подпадать под действие группового плана реорганизации (вопрос о включении платежеспособного члена группы в план реорганизации рассмотрен ниже в п. 152). Если платежеспособный член группы в производство не включен, то вопрос будет заключаться в том, можно ли использовать такие активы для поддержки членов группы, затронутых производством по делу о несостоятельности, и если да, то на каких условиях. В связи с использованием этих активов могут возникать вопросы о расторжении сделок, особенно в случае, если оказывающий поддержку член группы впоследствии сам становится несостоятельным, а также возникать проблемы для кредиторов этого члена группы.

3. Финансирование после открытия производства

а) Потребность в финансировании после открытия производства

55. В главе II части второй (см. пункты 94-95) в разделе, посвященном финансированию после открытия производства, признается, что продолжение работы предприятий должника после открытия производства по делу о несостоятельности имеет решающее значение при реорганизации и, в меньшей степени, при ликвидации, когда коммерческое предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Для поддержания своей деловой активности должник должен иметь доступ к финансовым средствам, что позволит ему оплачивать важнейшие поставки товаров и услуг, в том числе затраты на рабочую силу, страхование, арендную плату, выполнение контрактов и другие операционные расходы, а также расходы, связанные с поддержанием стоимости активов. Вместе с тем также отмечается, что в правовых системах многих стран предоставление новых денежных средств в случае несостоятельности ограничивается, либо вопрос о новом финансировании и приоритете его погашения в случае несостоятельности конкретно не рассматривается. Практически ни в одном из законов, регулирующих порядок финансирования после открытия производства, данный вопрос не рассматривается конкретно в непосредственной связи с предпринимательскими группами.

56. Финансирование после открытия производства может играть еще более важную роль в условиях групп, нежели в условиях производства по делам о несостоятельности в отношении отдельных предприятий. Если нет поступлений средств на постоянной основе, то весьма призрачными являются перспективы реорганизации неплатежеспособной предпринимательской

группы или продажи всех или части ее в качестве отдельной хозяйствующей единицы. Экономические последствия такого отсутствия средств, по-видимому, будут значительно серьезнее, особенно в условиях крупных групп, чем они были бы в случае отдельных должников. Поэтому причины необходимости привлечения финансирования после открытия производства в условиях группы такие же, как и в случае отдельных должников, хотя может возникнуть целый ряд вопросов, отличных от тех, которые возникают в связи с отдельными должниками. В числе таких вопросов можно назвать следующие: согласование интересов отдельных членов предпринимательской группы с потребностями в реорганизации группы в целом; предоставление финансирования после открытия производства платежеспособными членами группы, особенно в тех случаях, когда могут возникнуть вопросы контроля (если, например, платежеспособный член контролируется неплатежеспособной материнской компанией группы); режим сделок между членами группы, которые, по сути, являются лицами, связанными с должником (см. глоссарий, пункт (jj)); предоставление финансирования членами группы, затронутыми производством по делу о несостоятельности; желательность сохранения в рамках производства по делу о несостоятельности структуры финансирования, существовавшей в группе до наступления несостоятельности, особенно в тех случаях, когда эта структура связана с залогом всех активов группы, для привлечения финансирования, распределяемого через входящий в группу централизованный субъект, выполняющий казначейские функции.

57. Рассматривая вопрос о предоставлении финансирования в рамках предпринимательской группы после открытия производства, необходимо учитывать целесообразность и последствия такого финансирования не только для члена группы, получающего финансовые средства, но и для члена, выделяющего такие средства или способствующего их выделению за счет предоставления обеспечения или гарантий. Если решение этого вопроса зависит от нескольких управляющих в деле о несостоятельности, необходимо, чтобы они пришли к общему мнению и действовали согласованно. Если для управления несколькими членами группы назначен один и тот же управляющий, следует учесть возможность возникновения коллизии интересов в случае предоставления финансирования и принять меры для ее предотвращения.

b) Источники финансирования после открытия производства в условиях группы

58. Как отмечалось выше в главе II части второй (см. п. 99), финансирование после открытия производства, по всей видимости, имеет ограниченное число источников. В контексте предпринимательской группы эти источники могут быть внешними и внутренними по отношению к группе, причем к последним могут относиться как платежеспособные члены группы, так и члены группы, уже затронутые производством по делу о несостоятельности. Хотя мотивы предоставления финансирования после открытия производства могут быть одинаковыми для внутренних и внешних кредитодателей, у внутренних кредитодателей, возможно, имеются дополнительные стимулы, связанные с их собственным выживанием, когда им предстоит стать частью процесса реорганизации.

i) *Предоставление финансирования после открытия производства платежеспособным членом группы*

59. Как отмечалось выше, один из вопросов, касающихся финансирования после открытия производства в условиях предпринимательской группы, состоит в возможности использования активов платежеспособного члена группы, например в качестве основы для предоставления обеспечительного интереса или гарантии, для привлечения финансирования из внешнего источника в интересах несостоятельного члена или для прямого финансирования несостоятельного члена и в определении при наличии такой возможности последствий для рекомендаций, касающихся приоритетов и обеспечения. Платежеспособный член группы может быть заинтересован в финансовой стабильности материнской компании, других членов группы или всей группы в целом для обеспечения собственной финансовой стабильности и продолжения своей коммерческой деятельности, особенно когда его текущие коммерческие операции тесно связаны с несостоятельными членами группы или зависят от них. Подобная ситуация обычно наблюдается в рамках промышленных групп с вертикальной структурой. В решении вопросов несостоятельности других членов группы разные виды состоятельных субъектов, таких как специальные целевые предприятия с небольшим объемом обязательств, располагающие ценными активами, могут участвовать различными способами, например, путем предоставления несостоятельным членам группы гарантии или обеспечительного интереса для получения нового финансирования.

60. Однако подобное использование активов платежеспособного члена группы ставит ряд вопросов, особенно если этот платежеспособный член может стать или впоследствии становится неплатежеспособным. Хотя платежеспособное предприятие может предоставлять такое финансирование по своему усмотрению по соответствующему законодательству о компаниях, а не в соответствии с законодательством о несостоятельности, последствия предоставления такого финансирования в конечном итоге могут регулироваться законодательством о несостоятельности. Например, могут возникнуть вопросы о том, будет ли платежеспособный член группы иметь право на приоритет, предоставляемый в соответствии с рекомендацией 64, если он предоставляет финансирование неплатежеспособному члену группы; будет ли на требование, возникающее в связи со сделкой, распространяться особый режим в силу того, что сделка заключена между лицами, связанными с должником, в соответствии с рекомендацией 184; и можно ли рассматривать такую сделку в качестве преференциальной сделки, которая может быть расторгнута в рамках любого последующего производства по делу о несостоятельности члена группы, предоставляющего это финансирование. В соответствии с некоторыми законами предоставление такого финансирования может быть запрещено как представляющее собой передачу активов платежеспособного субъекта неплатежеспособному субъекту в ущерб интересам кредиторов и акционеров платежеспособного субъекта.

61. Некоторые из трудностей, связанных с предоставлением финансирования платежеспособным членом группы, могут быть решены, если их рассматривать в контексте плана реорганизации, в котором платежеспособный член группы, а также внешние кредиторы, могут участвовать на договорной основе. Хотя

возможны ситуации, когда такой подход может быть уместным, требование о финансировании после открытия производства на любой ранней стадии производства по делу о несостоятельности дает основания полагать, что его применение будет иметь ограниченный характер. Например, в случае реорганизации предприятия подобное финансирование обычно требуется еще до того, как будет согласован и утвержден план реорганизации. А если компанию планируется продать как действующее предприятие, то плана реорганизации вовсе не будет, а финансирование все равно потребуется для поддержания компании на плаву до момента продажи.

ii) *Предоставление финансирования после открытия производства неплатежеспособным членом группы*

62. Предоставление финансирования после открытия производства одним членом группы, затронутым производством по делу о несостоятельности, другому такому члену группы прямо не рассматривается в *Руководстве*. Для облегчения предоставления финансирования после открытия производства в такой ситуации, возможно, потребуется дополнительно рассмотреть некоторые общие запреты, предусмотренные существующим законодательством в отношении неплатежеспособных субъектов, которые берут и предоставляют кредиты. Принципиальное обоснование этих запретов становится очевидным, когда и кредитор, и заемщик не только неплатежеспособны и затронуты производством по делу о несостоятельности, но и являются членами одной и той же предпринимательской группы. Существование группы может также вызывать вопросы, связанные с обязанностями и обязательствами управляющих в деле о несостоятельности, когда управляющий одного неплатежеспособного члена группы стремится оказать содействие в предоставлении финансирования после открытия производства другому неплатежеспособному члену группы, а управляющий в деле о несостоятельности второго члена группы – получить такое финансирование. Для регулирования подобных ситуаций в законодательстве о несостоятельности желательно предусмотреть как порядок предоставления, так и порядок получения финансирования после открытия производства.

63. Хотя в целом можно ожидать, что член группы, затронутый производством по делу о несостоятельности, не способен предоставлять финансирование после открытия производства другому такому члену или оказывать содействие в его предоставлении, могут возникнуть обстоятельства, хотя потенциально и ограниченные, при которых это будет возможным и желательным, особенно если интересы предпринимательской группы рассматриваются как единое целое. Поскольку предоставление такого финансирования оказывает определенное воздействие на права как существующих обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов обоих членов группы, его желательно рассматривать с учетом того, что сохранение стоимости функционирующей хозяйственной единицы за счет продолжения коммерческой деятельности в конечном итоге окажется выгодным для этих кредиторов. Желательно также тщательно взвесить все преимущества и недостатки, связанные с пренебрежением интересами одного члена группы ради интересов других членов группы и достижением лучшего общего результата для всех членов группы. Несмотря на свою потенциальную труднодостижимость цель заключается в том, чтобы обеспечить справедливое

распределение любого ущерба, который может возникнуть в результате такого финансирования после открытия производства в краткосрочном плане, для получения выгоды и в долгосрочной перспективе, а не в том, чтобы пренебречь интересами одного члена группы (и его кредиторов) ради интересов других членов группы, участвующих в финансировании после открытия производства.

с) Порядок предоставления и получения финансирования после открытия производства в условиях группы

64. Рекомендации 63-68 призваны содействовать обеспечению финансирования в целях продолжения работы или выживания предприятия-должника и обеспечивают соответствующую защиту лиц, которые предоставляют финансирование после открытия производства, а также других сторон, права которых могут быть затронуты вследствие предоставления финансирования после открытия производства. В контексте предпринимательской группы эти рекомендации относятся к предоставлению финансирования членам группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, как со стороны внешних кредиторов, так и со стороны платежеспособных членов той же группы.

65. Рекомендация 63 устанавливает основу для привлечения финансирования после открытия производства (которое управляющий в деле о несостоятельности считает необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия должника или для сохранения или увеличения стоимости имущественной массы), а также для получения разрешения на такое финансирование (от суда или кредиторов). Эти требования сохраняют свою актуальность и в контексте предпринимательских групп, а во избежание сомнений рекомендацию 63 следует толковать как применимую к члену группы, затронутому производством по делу о несостоятельности, который получает финансирование после открытия производства либо от внешнего кредитора, либо от платежеспособного члена той же группы. В то же время в рекомендации 63 не рассматривается ситуация, когда один член группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, предоставляет финансирование другому члену группы, в отношении которого также открыто производство, или содействует привлечению финансирования путем предоставления обеспечения или гарантий, а также порядок получения такого финансирования несостоятельным членом группы.

66. Для обеспечения соответствия требованиям рекомендации 63 и определения порядка предоставления финансирования членом группы может быть желательным потребовать от управляющего в деле о несостоятельности члена группы, предоставляющего финансирование, определить необходимость предоставления финансирования после открытия производства для продолжения деятельности или выживания предприятия этого члена группы или для сохранения или увеличения стоимости его имущественной массы. В качестве дополнительного требования можно предусмотреть, что любой ущерб, причиненный кредиторам члена группы, предоставляющего финансирование, должен компенсироваться выгодой, вытекающей из предоставления обеспечительного интереса.

67. В соответствии с рекомендацией 63 в законодательстве о несостоятельности можно также предусмотреть требование к суду или кредиторам члена группы, предоставляющего финансирование, разрешать финансирование после открытия производства. Учитывая тот факт, что новое финансирование может потребоваться в срочном порядке для обеспечения непрерывности коммерческой деятельности, желательно, чтобы число требуемых разрешений было сведено к минимуму. Преимущества и недостатки различных соображений в отношении разрешения, которые также применены в контексте группы рассматриваются выше (см. ч. 2, гл. II, пункты 105-106). К этому можно добавить, что, поскольку решаемые в этом контексте вопросы будут, по всей видимости, более сложными и будут затрагивать большее число сторон и более сложные взаимоотношения, именно управляющие в деле о несостоятельности соответствующих членов группы будут, по всей очевидности, находиться почти в таком же наилучшем положении для оценки последствий предлагаемого механизма финансирования, в каком они находятся для определения потребности в новом финансировании в соответствии с рекомендацией 63. Однако, если считать желательным участие кредиторов, то следует принимать во внимание возможность возникновения проблем задержек в тех случаях, когда необходимо консультироваться с большим числом кредиторов, или если суд не в состоянии вынести оперативные решения.

d) Коллизия интересов

68. Предоставление финансирования в контексте группы затрагивает вопросы возможного ущерба и коллизии интересов, которые не возникают в случае наличия одного должника. Коллизия интересов может, например, возникнуть при согласовании интересов группы в целом с потенциальными интересами кредитора и получателя финансирования после открытия производства. Особые сложности могут возникать в тех случаях, когда для ведения производства по делу о несостоятельности нескольких членов группы назначен единый или один и тот же управляющий. Управляющий в деле о несостоятельности члена группы, предоставляющего финансирование, может быть также управляющим в деле о несостоятельности члена группы, получающего финансирование, и в этом случае он обязан учесть интересы каждого члена группы, а также интересы группы в целом. Эта ситуация может регулироваться в законодательстве о несостоятельности несколькими способами, например, путем требований об утверждении финансирования после открытия производства судом или кредитором, как предложено в рекомендации 63, или путем назначения одного или нескольких дополнительных управляющих в деле о несостоятельности для обеспечения защиты интересов кредиторов разных членов группы (см. п. 144 ниже). Дополнительных управляющих можно назначать на время, необходимое для урегулирования конкретной коллизии, или на весь период ведения производства.

69. Существует также вопрос о возможности требовать от неплатежеспособного члена группы гарантировать в рамках механизмов финансирования всей предпринимательской группы в целом финансирование, предоставленное платежеспособным членом группы. Поскольку предоставление такой гарантии, по всей видимости, будет являться

распоряжением активами неплатежеспособного члена группы, оно, вероятно, будет подпадать под действие рекомендаций, касающихся этого вопроса (см. рекомендации 52-62).

е) Приоритет финансирования после открытия производства

70. В рекомендации 64 указывается необходимость установления приоритета, который будет предоставляться финансированию после открытия производства, и очередности такого приоритета, а именно первоочередность по отношению к обычным необеспеченным кредиторам, включая кредиторов, имеющих административный приоритет; в контексте предпринимательской группы эта рекомендация относится к случаям, когда финансирование одному из членов группы предоставляет внешний кредитор. В подобных ситуациях предоставление приоритета является важным стимулом для выделения такого финансирования. В то же время побудительные мотивы для предоставления финансирования после открытия производства одному из членов группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другим членом той же группы несколько отличаются.

71. Особый интерес для члена группы, предоставляющего финансирование, возможно, в большей степени представляют результаты производства по делу о несостоятельности для группы в целом (включая этого члена), а не коммерческие соображения прибыли или краткосрочной выгоды, особенно если деятельность членов группы тесно взаимосвязана или взаимозависима. С учетом этих обстоятельств представляется целесообразным рассмотреть уместность очередности приоритета, рекомендованного в рекомендации 64. Согласно одному возможному мнению, такая очередность приоритета обеспечивает должный стимул для предоставления финансирования и достаточную защиту для кредиторов лица, предоставляющего финансирование, независимо от того, является ли такое лицо членом группы или нет. Согласно другому возможному мнению, поскольку в сделке участвуют лица, связанные с должником и входящие с ним в одну группу, им целесообразно предоставить более низкий приоритет для защиты интересов кредиторов в более общем плане и достижения равновесия между интересами кредиторов лица, предоставляющего финансирование, и интересами члена группы, получающего это финансирование. Независимо от того, какой из подходов будет выбран, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был предусмотрен приоритет такого кредитования и оговорена его соответствующая очередность.

ф) Обеспечение для финансирования после открытия производства

72. В рекомендациях 65-67 рассматриваются вопросы, касающиеся предоставления обеспечения для финансирования после открытия производства, и в целом эти рекомендации применимы в контексте предпринимательской группы. Член группы, затронутый производством по делу о несостоятельности, может предоставлять обеспечительный интерес, о котором говорится в рекомендации 65, для обеспечения финансирования после открытия производства, полученного им для собственных нужд. Этот случай явно подпадает под действие рекомендаций 65-67. Член группы, затронутый производством по делу о несостоятельности, может также предоставлять

обеспечительный интерес, о котором говорится в рекомендации 65, для обеспечения возмещения финансирования после открытия производства другому члену группы, затронутому производством по делу о несостоятельности. В последнем случае член группы предоставляет обеспечение в отношении своих необремененных активов, но не получает прямой выгоды от финансирования после открытия производства и потенциально сокращает объем активов, имеющих в распоряжении его кредиторов. Тем не менее он может получать косвенную выгоду, если предоставление финансирования способствует более приемлемому урегулированию вопросов несостоятельности группы в целом и, как отмечено выше, любой краткосрочный ущерб компенсируется долгосрочной выгодой для кредиторов, в том числе его собственных кредиторов. Член группы, получающий финансирование, извлекает прямую выгоду, но увеличивает свою задолженность, что может причинить ущерб его кредиторам, хотя в долгосрочном плане они также должны получить выгоду.

73. Если считается желательным придать обеспечительному интересу, предоставленному в порядке обеспечения нового финансирования, более высокий приоритет по сравнению с существующим обеспечительным интересом в одних и тех же активах, как это предусмотрено в рекомендации 66, то защитные оговорки, применимые в соответствии с этой рекомендацией и рекомендацией 67, будут применяться в контексте группы.

g) Гарантия и иное заверение относительно возвращения средств, привлеченных в целях финансирования после открытия производства

74. Предоставление гарантии одним из членов группы в отношении возвращения вновь полученных финансовых средств другому члену не является тем случаем, который возникает в связи с отдельным должником, и поэтому не рассматривается где-либо в *Руководстве*. Однако, поскольку возникающие соображения аналогичны тем, которые рассматривались выше в отношении предоставления и получения обеспечительного интереса, возможно, уместно принять тот же подход в связи с определениями, выносимыми управляющим в деле о несостоятельности обоих членов группы, и возможным разрешением суда или согласием кредиторов.

Рекомендации 211-216

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся финансирования после открытия производства в рамках предпринимательской группы, заключается в следующем:

а) способствовать привлечению финансовых средств для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятий членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, либо для сохранения или увеличения стоимости их активов;

б) способствовать предоставлению финансирования членами предпринимательской группы, включая членов, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности;

с) обеспечить надлежащую защиту поставщикам и получателям финансовых средств после открытия производства и тем сторонам, права которых могут быть затронуты предоставлением такого финансирования; и

д) способствовать достижению целей справедливого распределения выгод и ущерба, связанных с предоставлением финансирования после открытия производства, среди всех участвующих членов группы.

Содержание законодательных положений

Предоставление финансирования после открытия производства членом группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другому члену группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности

211. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить члену предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности:

а) предоставлять финансирование после открытия производства другим членам предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности;

б) предоставлять обеспечительный интерес в своих активах для финансирования после открытия производства, предоставляемого другому члену предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности; и

с) предоставлять гарантию или другое заверение в отношении возвращения финансовых средств, привлеченных для финансирования после открытия производства другого члена предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности.

212. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что финансирование после открытия производства может быть предоставлено в соответствии с рекомендацией 211, если управляющий в деле о несостоятельности члена группы, предоставляющего финансирование, обеспечительный интерес, гарантию или другое заверение:

а) сочтет это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия этого члена предпринимательской группы или для сохранения или увеличения стоимости имущественной массы этого члена предпринимательской группы;

б) сочтет, что любой возможный ущерб кредиторам этого члена группы компенсируется [будет компенсирован] выгодой, полученной от предоставления финансирования, обеспечительного интереса, гарантии или другого заверения.

213. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении получения разрешения суда или согласия кредиторов на предоставление финансирования, обеспечительного интереса, гарантии или другого заверения в соответствии с рекомендациями 211 и 212.

Финансирование после открытия производства, полученное членом группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, от другого члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности

214. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в соответствии с рекомендацией 63 финансирование после открытия производства может быть получено от члена предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другим членом группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности получающего финансирование члена группы сочтет это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия этого члена группы или сохранения или увеличения стоимости имущественной массы. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении разрешения суда или согласия кредиторов на получение финансирования после открытия производства.

Приоритет финансирования после открытия производства

215. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить приоритет, который должен применяться к финансированию после открытия производства, предоставленному одним членом предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другому члену группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности.

Обеспечение финансирования после открытия производства

216. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что рекомендации 65, 66 и 67 применяются к предоставлению обеспечительного интереса в соответствии с рекомендацией 211 (b).

4. Процедуры расторжения сделок

а) Характер сделок предпринимательской группы

75. Рекомендации 87-99, касающиеся расторжения сделок, в целом применимы к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы, хотя в отношении сделок между членами группы могут применяться дополнительные соображения в силу структуры группы и разных взаимоотношений, которые члены группы могут иметь между собой. Для того, чтобы разобраться в многослойном переплетении внутригрупповых сделок и определить, подлежат ли расторжению какие-либо из них, порой требуются большие временные и финансовые затраты. Как уже отмечалось выше (ч. 2, гл. II, п. 155), затраты, связанные с расторжением сделок, необходимо сопоставить с тем, насколько вероятно возвращение активов и какую выгоду такое расторжение принесет для имущественной массы в целом с учетом обстоятельств конкретного дела. Некоторые сделки, которые в отношениях между их непосредственными участниками могут казаться преференциальными или совершенными по заниженной стоимости, могут выглядеть иначе при их рассмотрении в более широком контексте предпринимательской группы, в рамках которой выгода и ущерб от сделок

могут определяться в более широком плане. Эти сделки, например контракты, заключаемые для целей внутригруппового ценообразования³¹, могут иметь в своей основе иные положения и условия, чем аналогичные контракты, заключаемые между не связанными друг с другом коммерческими партнерами на обычных коммерческих условиях. Аналогичным образом некоторые разрешенные законом сделки, совершаемые внутри предпринимательской группы, могут быть лишены коммерческого смысла вне группы, если анализировать выгоды и издержки этих сделок исходя из обычных коммерческих соображений.

76. Внутригрупповые сделки могут носить самый разный характер. Они могут включать: торговые операции между членами группы; вертикальное распределение прибыли от одного члена группы до контролирующего члена группы; кредитование одним членом группы другого в целях поддержки продолжения коммерческих операций члена-заемщика; передачу активов и предоставление гарантий одними членами группы другим; платежи, производимые одним членом группы кредитору другого члена группы; гарантию или закладную, предоставляемую одним членом группы в поддержку займа, выданного внешним кредитором другому члену группы. В группе может существовать практика оптимального коммерческого использования всех имеющихся денежных средств и активов в интересах всей группы в целом, а не только в интересах тех ее членов, которым они принадлежат. Это может предполагать изъятие денежных сумм у некоторых членов группы и их передачу члену группы, осуществляющему финансирование. Хотя это не всегда отвечает интересам отдельных членов группы, законы некоторых стран разрешают подобные действия, например директорам членов группы, находящихся в стопроцентной полной собственности контролирующего члена группы, при условии, что это отвечает наилучшим интересам последнего.

b) Критерии расторжения сделок в контексте предпринимательской группы

77. В контексте группы, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о цели положений о расторжении сделок. Она может заключаться в защите внутригрупповых сделок в интересах группы в целом, исходя из того, что эти сделки являются "обычными коммерческими" операциями, или в осуществлении особого контроля за их проведением, предполагающего более высокую вероятность их расторжения, учитывая отношения между оперирующими сторонами как членами группы и положения законодательства о несостоятельности, применимые к сделкам с участием лиц, связанных с должником. Определение "лицо, связанное с должником" включает таких членов предпринимательской группы, как материнская или дочерняя компания, партнер или филиал несостоятельного члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, либо лицо, в том числе

³¹ Внутригрупповое ценообразование означает ценообразование на товары и услуги в организации, состоящей из многих подразделений. Товары из производственного отдела могут продаваться в отдел сбыта или товары из материнской компании могут продаваться иностранному филиалу. Выбор внутригруппового ценообразования затрагивает распределение всей прибыли между частями компании. Выбор такого ценообразования может быть выгодным с точки зрения бухгалтерии, поскольку большая часть прибыли образуется в стране с низкими налогами.

юридическое, которое контролирует или контролировало должника (см. термины и определения, пункт (jj)).

78. В некоторых случаях сделки между лицами, связанными с должником, целесообразно подвергать более строгому контролю, поскольку такие лица нередко оказываются в более благоприятном положении, так как обычно первыми узнают о финансовых затруднениях того или иного члена группы и имеют больше возможностей воспользоваться сложившейся ситуацией. Случается, что член группы, оказавшийся в затруднительном финансовом положении, передает свои активы другим членам группы, чтобы обеспечить возможность их дальнейшего использования в рамках группы и не допустить того, чтобы они оказались предметом конкурсного производства. Бывает, что члены группы имеют общих акционеров и общее руководство, которые контролируют сделки между членами группы или могут влиять на их хозяйственную и финансовую политику. В силу этих обстоятельств вероятность расторжения внутригрупповых сделок обычно выше, чем сделок между сторонами, не связанными с должником. Тем не менее, само существование предпринимательской группы отнюдь не всегда может являться достаточным основанием для рассмотрения всех внутригрупповых сделок как сделок между лицами, связанными с должником, которые подлежат расторжению, о чем говорилось выше (ч. 2, гл. V, п. 48).

79. Таким образом, если некоторые сделки, совершаемые в контексте группы, можно однозначно отнести к категориям сделок, подлежащих расторжению согласно рекомендации 87, то другие сделки не столь явно подпадают под действие этой рекомендации, и вопрос о выгоде и ущербе от таких сделок не требует столь тщательного изучения. В связи с подобными сделками могут возникать вопросы о том, в какой степени можно считать, что группа действовала как единое предприятие, или насколько тесно были переплетены между собой активы, пассивы и деловые операции ее различных членов, так как это потенциально влияет на их сделки между собой и с внешними кредиторами. Возможны также сделки, которые являются внутригрупповыми сделками в силу того, что их нельзя проводить иным образом, или в силу того, что они вытекают из самой структуры группы. Например, в ряде случаев финансирование может быть получено только на внутригрупповой основе, поэтому нет никаких оснований распространять на такие сделки более жесткий режим, чем тот режим, который применяется к сделкам с участием внешнего кредитора. Кроме того, как отмечалось выше, группа может привлекать централизованные денежные потоки и трансферты, что было бы невозможно без создания группы. В случае предоставления внутригрупповых гарантий, о которых говорилось выше в связи с вопросом о финансировании после открытия производства, гарант часто извлекает из предоставленного финансирования не столько прямую, сколько косвенную выгоду, так как зависит от предприятия, занимающего средства, в рамках общей деятельности предпринимательской группы (например, как поставщик комплектующих или разработчик интеллектуальной собственности) или по иным причинам. Поэтому желательно, чтобы при рассмотрении подобных внутригрупповых сделок суд мог принимать во внимание групповой контекст и учитывать вышеупомянутые факторы.

80. В рамках предпринимательской группы могут совершаться сделки, на которые не распространяются положения о расторжении. Например, в некоторых законах о несостоятельности предусмотрено аннулирование преференциальных выплат собственным кредиторам должника, но не кредиторам другого связанного с ним члена группы, если только речь не идет, например, о выплатах по гарантийному обязательству. В этой связи желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности эти вопросы были рассмотрены в контексте группы, включая связанные с группой факторы, которые следует учитывать при квалификации конкретной сделки между членами группы, как сделки, подлежащей расторжению в соответствии с рекомендацией 87.

81. В рекомендации 97 рассматриваются элементы, подлежащие доказыванию для расторжения той или иной конкретной сделки, а также возражения против расторжения. В этой связи, возможно, уместно рассмотреть порядок применения этих элементов в контексте группы, а также необходимость иного подхода. Например, согласно одному из подходов к вопросу о бремени доказывания при сделках лиц, связанных с должником, искомый умысел или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда определенные виды сделок совершаются в течение подозрительного периода, а бремя доказывания обратного возложено на контрагента по сделке. Некоторые законы, например, предусматривают опровержимую презумпцию того, что сделки между членами группы и этими членами и акционерами данной группы будут наносить ущерб интересам кредитора и в силу этого подлежат расторжению. Согласно другому подходу признается, что, как отмечалось выше, сделки внутри группы, хотя и не всегда коммерчески оправданы в случае их совершения вне группы, тем не менее, как правило, являются законными, особенно если они совершаются в пределах соответствующего применимого законодательства и в рамках обычных коммерческих операций соответствующих членов группы. Тем не менее такие сделки могут подвергаться особому контролю примерно в том же порядке, который предусмотрен в рекомендации 184 в отношении требований лиц, связанных с должником. Такой подход положен в основу некоторых законов, которые также допускают возможность подчинения или субординации прав лиц, связанных с должником, в рамках внутригрупповых механизмов урегулирования задолженности по отношению к правам внешних кредиторов несостоятельных членов.

82. В рекомендации 93 содержится ограниченное положение о праве кредитора начинать процедуру расторжения сделки с согласия управляющего в деле о несостоятельности или с санкции суда. В контексте группы целесообразно придерживаться того же подхода, хотя его применение на практике и может оказаться сложным. Уровень интеграции группы может иметь серьезные последствия для способности кредиторов идентифицировать члена группы, с которым они имеют дело, и, следовательно, для получения информации, необходимой для начала процедур расторжения сделки.

Рекомендации 217-218

Цель законодательных положений

Цель положений о расторжении сделок членов предпринимательской группы заключается в том, чтобы в дополнение к соображениям, изложенным в рекомендациях 87-99, предусмотреть в законодательстве о несостоятельности положения, разрешающие суду принимать во внимание факт совершения сделки в контексте предпринимательской группы, и определить обстоятельства, которые могут быть учтены судом.

Содержание законодательных положений

Сделки, подлежащие расторжению

217. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что при решении вопроса о том, подлежит ли расторжению сделка одного из видов, указанных в пунктах (а), (b) или (с) рекомендации 87, которая заключена между членами предпринимательской группы или между членом предпринимательской группы и другими связанными с должником лицами, суд может принять во внимание обстоятельства, при которых была заключена сделка. Эти обстоятельства могут включать: взаимоотношения между сторонами сделки; степень интегрированности участвующих в сделке членов предпринимательской группы; цель сделки; выгодность сделки для операций группы в целом; и тот факт, получили ли члены предпринимательской группы или другие лица, связанные с должниками, в результате этой сделки преимущества, которые в обычных условиях невозможно было бы получить при сделке не связанных между собой сторон.

Элементы критериев для расторжения сделок и возражения

218. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить порядок применения элементов, упомянутых в рекомендации 97, к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы³².

5. Субординация

83. Как отмечалось выше, (см. ч. 2, гл. V, п. 56), субординация подразумевает изменение системы приоритетов кредиторов в делах о несостоятельности и не связана с действительностью или правомерностью какого-либо требования. Даже будучи действительным, требование может, тем не менее, быть субординировано на основании добровольного соглашения между кредиторами (когда один кредитор соглашается признать свои требования второстепенными по отношению к требованиям другого кредитора) или по предписанию суда (например, когда из-за недобросовестного поведения кредитора или лица, связанного с должником, их требования признаются второстепенными по сравнению с требованиями всех остальных кредиторов). Двумя категориями требований, которые, как правило, могут субординироваться при несостоятельности, в том числе в контексте предпринимательской группы,

³² То есть элементы, подлежащие доказыванию для расторжения той или иной сделки, бремя доказывания, конкретные возражения в отношении расторжения сделок и применение специальных презумпций.

являются требования лиц, связанных с должником, и требования собственников и акционеров должника.

а) Требования лиц, связанных с должником

84. В контексте предпринимательской группы субординация требований лиц, связанных с должником, может означать, например, что права членов группы, возникающие из внутригрупповых соглашений, приобретают более низкую очередность по сравнению с правами внешних кредиторов тех членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности.

85. Как было разъяснено, термин "лицо, связанное с должником" включает членов предпринимательской группы. Вместе с тем одного лишь факта существования особых отношений с должником, в том числе в контексте группы, может быть недостаточно во всех случаях для обоснования особого режима в отношении требования кредитора, тем более что такой режим может поставить в невыгодное положение кредиторов этого кредитора. В одних случаях такие требования являются абсолютно прозрачными и должны рассматриваться в том же порядке, что и аналогичные требования, представленные кредиторами, которые не являются лицами, связанными с должником; в других случаях они могут давать основания для подозрений и заслуживать особого внимания. В законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется предусмотреть механизм идентификации таких видов поведения или ситуаций, при которых требования будут заслуживать дополнительного внимания. Как уже отмечалось выше, аналогичные соображения относятся и к расторжению сделок, заключенных между членами предпринимательской группы.

86. В пункте 48 главы V части второй указан ряд ситуаций, при которых может быть уместным особый подход к требованию лица, связанного с должником (например, когда предприятие должника имеет чрезвычайно низкую капитализацию и когда имеются доказательства совершения сделок в корыстных целях), и которые вполне могут возникать и в контексте группы. Применительно к отношениям между контролирующим и контролируемым членами группы могут учитываться, в частности, следующие дополнительные соображения: участвовал ли контролирующий член группы в управлении неплатежеспособным членом группы, намеревался ли он манипулировать внутригрупповыми сделками в интересах получения собственной выгоды за счет внешних кредиторов и было ли его поведение в иных отношениях в ущерб кредиторам и акционерам контролируемого члена группы. Недобросовестным поведением можно считать, например, взимание непомерно высокого вознаграждения за управление и консультационные услуги или проведение дивидендной политики, направленной на то, чтобы лишить контролируемого члена группы финансовых средств. Согласно законам некоторых стран, в этих случаях требования контролирующего члена группы могут быть субординированы по отношению к требованиям необеспеченных кредиторов, не связанных с должником, или даже миноритарных акционеров контролируемого члена группы.

87. В некоторых странах законодательство предусматривает другие подходы к внутригрупповым сделкам, которые разрешают принудительно субординировать задолженность члена группы, занявшего средства в рамках

внутригрупповых механизмов кредитования, по отношению к правам внешних кредиторов этого члена-заемщика; которые разрешают суду проводить проверку внутригрупповых финансовых механизмов в целях определения того, следует ли рассматривать те или иные средства, переданные одному из членов группы, не в качестве ссуды, а в качестве вклада в акционерный капитал в тех случаях, когда законодательство предусматривает субординацию вкладов в акционерный капитал по отношению к требованиям кредиторов (о режиме акционерного капитала см. ниже); и которые разрешают добровольную субординацию внутригрупповых требований по отношению к требованиям внешних кредиторов.

88. Практическим результатом субординации в контексте предпринимательской группы может быть сокращение или фактическая отмена любых выплат, причитающихся тем членам группы, чьи требования были субординированы, если величина требований обеспеченных и необеспеченных внешних кредиторов значительно превышает средства, имеющиеся для распределения. В некоторых случаях такое положение может поставить под угрозу само существование субординированного члена группы и причинить ущерб не только его собственным кредиторам, а также его акционерам, а в случае реорганизации, к группе в целом. Политика субординации таких требований может также способствовать отказу от внутригруппового заимствования.

b) Режим акционерного капитала

89. Во многих законах о несостоятельности проводится различие между требованиями собственников и требованиями акционеров, которые могут возникать в связи с кредитами, предоставленными должнику, или в связи с их долей в собственности должника (см. выше, ч. 2, гл. V, п. 76). В отношении требований, связанных с участием в акционерном капитале, во многих законах о несостоятельности предусмотрено общее правило, согласно которому собственники и держатели акций коммерческого предприятия не имеют права на распределение поступлений от активов, пока не будут полностью погашены все другие требования с более высоким приоритетом (включая требование по процентам, накопленным после открытия производства). Как таковые, эти стороны весьма редко участвуют в каком-либо распределении в связи с их имущественными правами в предприятии должника. Если распределение в их пользу проводится, то оно, как правило, осуществляется в соответствии с ранжированием акций, как это определено в законодательстве, компаниях и в уставе самой компании. Вместе с тем долговые требования, например, относящиеся к кредитам, субординируются не всегда.

90. Лишь немногие законы о несостоятельности содержат конкретные положения, касающиеся субординации требований акционеров в контексте предпринимательской группы. Например, один из таких законов разрешает судам проводить проверку внутригрупповых финансовых механизмов в целях определения того, следует ли конкретные средства, переданные члену группы, в отношении которого было открыто производство по делу о несостоятельности, рассматривать не в качестве внутригрупповой ссуды, а в качестве вклада в акционерный капитал, что позволяет придать ему более низкий приоритет по сравнению с требованиями кредиторов. Такие средства с

большой вероятностью будут приравниваться к акционерному капиталу в тех случаях, когда до поступления этих средств соотношение заемного и собственного капитала компании было высоким, а после их поступления это соотношение уменьшилось; когда оплаченная часть акционерного капитала была недостаточна; когда мала вероятность того, что внешний кредитор предоставит ссуду в аналогичных обстоятельствах; а также когда условия предоставления этих средств были настолько необоснованными, что рассчитывать на их возвращение было бы неразумным.

91. Вопросы субординации в контексте режима требований и приоритетов рассматриваются выше, однако в самом Руководстве каких-либо рекомендаций в отношении субординации тех или иных конкретных видов требований согласно законодательству о несостоятельности не содержится, а лишь отмечается, что субординированные требования следуют в порядке очередности после требований обычных необеспеченных кредиторов (рекомендация 189)³³.

D. Средства правовой защиты

92. В силу самой природы предпринимательских групп и того, как организована их деятельность, члены группы могут быть связаны между собой сложной сетью финансовых операций, в результате чего может оказаться, что кредитор имел дело не с отдельным членом группы, а с несколькими разными членами или даже со всей группой в целом как единым экономическим субъектом. Для того чтобы установить принадлежность активов и пассивов и определить кредиторов каждого члена группы, может потребоваться сложное и дорогостоящее юридическое расследование. И тем не менее, поскольку согласно принципу самостоятельности членов группы каждый член несет ответственность только перед своими собственными кредиторами, в случае открытия производства по делу о несостоятельности в отношении двух или нескольких членов группы все же может потребоваться выяснить, кому из них принадлежат какие активы и пассивы.

93. Если принадлежность активов и пассивов удастся установить, то в соответствии с принципом самостоятельности членов группы размер возмещения, которое может получить кредитор, ограничивается стоимостью активов члена группы, кредитором которого он является. Для тех случаев, когда вычленив активы и пассивы не удастся или существуют другие причины для применения к группе режима единого предприятия, в законодательстве ряда стран предусмотрены средства правовой защиты, позволяющие отступить от принципа самостоятельности членов группы. Исторически такие средства правовой защиты создавались в противовес традиционному принципу самостоятельности членов группы, применение которого к предпринимательским группам в некоторых случаях считалось неэффективным и несправедливым. Помимо расторжения внутригрупповых сделок и субординации требований по внутригрупповым кредитам, к таким средствам правовой защиты относятся: распространение ответственности по

³³ См. также Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

внешним долгам на платежеспособных членов группы, а также на должностных лиц и акционеров предприятия; издание приказов о долевом участии и приказов об объединении активов или материальной консолидации. Некоторые из этих средств правовой защиты требуют установления вины, другие – установления определенных фактов о деятельности предпринимательской группы. В ряде случаев, особенно когда речь идет о неправомерных действиях руководства, более уместными могут оказаться иные средства правовой защиты, например отстранение от должности замешанных в подобных действиях директоров и ограничение участия руководства компании в ее реорганизации.

94. Ввиду потенциальной несправедливости ситуации, когда один член группы вынужден делить активы и пассивы с другими, возможно, менее платежеспособными членами группы, средства правовой защиты, позволяющие отступить от принципа самостоятельности членов группы, приняты не везде, как правило, не являются универсальными и применяются только при особых обстоятельствах. Средства правовой защиты, связанные с распространением ответственности, могут быть сопряжены с нарушением или отменой "корпоративной конфиденциальности" и приводить к тому, что отвечать за определенные действия компании придется акционерам, которые обычно не несут ответственности за деятельность предприятия. Средства правовой защиты, о которых пойдет речь ниже, не предполагают отмены корпоративной конфиденциальности, хотя при определенных обстоятельствах могут приводить к схожим результатам.

1. Распространение ответственности

95. Распространение ответственности за внешние долги, а иногда и действия одного члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, на платежеспособных членов группы и соответствующих должностных лиц является одним из средств правовой защиты, которым согласно законодательству ряда стран в отдельных случаях могут пользоваться некоторые кредиторы в зависимости от особенностей их взаимоотношений с должником.

96. В законодательстве многих стран признается, что при некоторых обстоятельствах из принципа ограниченной ответственности корпораций допускаются исключения и ответственность за долги и действия одного члена группы может возлагаться на другого члена группы и его руководство. В законодательстве одних стран принят нормативный подход и такие обстоятельства строго ограничены; в законодательстве других стран предусмотрен более гибкий подход, в соответствии с которым судам предоставляется широкая свобода усмотрения в оценке обстоятельств конкретного дела на основе конкретных руководящих принципов. Однако в обоих случаях основанием для распространения ответственности несостоятельного члена группы на ее других членов является наличие между этим членом и связанными с ним членами группы отношений собственности и контроля. Еще одним важным фактором может являться поведение родственного члена группы по отношению к кредиторам члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности.

97. Хотя обстоятельства, при которых допускается распространение ответственности, могут определяться по-разному, все подобные случаи, как правило, относятся к одной из следующих категорий, хотя следует отметить, что перечисленные категории выделяются не во всех законодательствах и могут в какой-то степени пересекаться:

a) недобросовестное использование одним из членов группы (например, материнской компанией) права контроля над другим членом группы или злоупотребление таким правом, в том числе поддержание убыточности последнего в интересах контролирующего члена группы;

b) мошеннические действия доминирующего акционера, которые, в частности, могут заключаться в "выкачивании" активов члена группы, увеличении его обязательств или ведении дел этого члена группы с намерением ввести в заблуждение кредиторов;

c) выполнение членом группы функций агента, доверенного лица или партнера материнской компании или контролирующего члена группы;

d) ведение дел группы или члена группы в порядке, который может ущемлять интересы некоторых категорий кредиторов (например, принятие обязательств перед сотрудниками одного из членов группы);

e) искусственное расчленение единого предприятия на несколько самостоятельных подразделений для защиты потенциальной ответственности; невыполнение формальных требований, связанных с соблюдением самостоятельного юридического статуса членов группы, в том числе несоблюдение принципа ограниченной ответственности членов группы или смешение личных и корпоративных активов; или создание фиктивной предпринимательской группы в качестве прикрытия, например в тех случаях, когда корпоративная форма используется для уклонения от нормативных или договорных обязательств;

f) недостаточная капитализация компании, вследствие которой компания не располагает достаточным капиталом для осуществления своей деятельности. Такая ситуация может сложиться как в момент учреждения компании, так и вследствие сокращения капитала в результате обратных выплат акционерам или выдачи им большего количества средств, чем подлежащий распределению объем прибыли;

g) представление искаженной информации об истинном характере корпоративной группы с целью создания у кредиторов впечатления, что они имеют дело с самостоятельным предприятием, а не членом группы;

h) злоупотребление должностными полномочиями, в случае которого любому лицу, в том числе другому члену группы, может быть предъявлено требование возместить любые убытки или ущерб, причиненные другому члену группы в результате мошенничества, нарушения должностных обязанностей или иных неправомерных действий, в частности наносящих значительный вред здоровью людей или окружающей среде;

i) неправомерное ведение дел, когда руководство члена группы, в том числе теневое руководство, не выполняет требование, согласно которому оно обязано следить за способностью этого члена группы продолжать

полноценную коммерческую деятельность с учетом его финансового состояния и должно подавать заявление о признании его несостоятельным в течение определенного срока с момента наступления несостоятельности. К этой категории относятся случаи, когда какому-либо из членов группы было дано разрешение или указание принимать новые долговые обязательства, несмотря на его фактическую или вероятную несостоятельность; и

ж) несоблюдение нормативных требований, в частности в отношении ведения регулярного бухгалтерского учета операций дочернего предприятия или контролируемого члена группы.

98. Как правило, наличие отношений контроля или доминирования между одним членом группы и другим ее членом или других тесных экономических связей внутри предпринимательской группы еще не считается достаточным основанием для отступления от принципа самостоятельной правосубъектности каждого члена группы и нарушения корпоративной конфиденциальности.

99. В тех случаях, когда ответственность может быть распространена на контролирующего члена группы, такая ответственность может включать личную ответственность членов совета директоров контролирующего члена группы (которых можно охарактеризовать как фактическое или теневое руководство). Хотя руководство отдельного члена группы обычно несет перед ним определенные обязательства, оно может быть вынуждено соотносить такие обязательства с коммерческими и финансовыми интересами всей группы. Например, для достижения общих интересов группы в некоторых обстоятельствах может потребоваться пожертвовать интересами ее отдельных членов. Будет ли руководство контролирующего члена группы нести личную ответственность за долги или действия контролируемого члена группы, в отношении которой открыто производство по делу о несостоятельности, зависит от целого ряда факторов: принимало ли руководство активное участие в управлении контролируемым членом группы, была ли допущена грубая небрежность или совершены мошеннические действия при управлении несостоятельным членом группы, нарушило ли руководство контролирующего члена группы обязанность блюсти интересы контролирующего члена группы и проявлять должную осмотрительность и имело ли место злоупотребление руководящими полномочиями, или имеется ли прямая связь между управлением контролируемым членом группы и его несостоятельностью. В некоторых правовых системах предусматривается, что руководство может быть также привлечено к уголовной ответственности. Одна из основных проблем распространения ответственности в подобных случаях заключается в доказательстве того, что действия контролирующего члена группы свидетельствуют об осуществлении им фактического или теневого руководства.

100. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что контролирующий член группы или материнская компания может принимать на себя ответственность по долгам дочерних предприятий либо по договоренности, особенно если кредиторами являются банки, либо путем предоставления добровольных перекрестных гарантий. Согласно законам других стран, в которых предусматриваются различные формы объединения предпринимательских групп, головной член группы может нести солидарную и индивидуальную ответственность перед кредиторами объединенных членов

группы по обязательствам, возникшим как до, так и после официального оформления их объединения.

2. Приказы о долевом участии

101. Приказ о долевом участии – это приказ, которым суд может обязать платежеспособного члена группы выделить определенные средства в целях полного или частичного покрытия долгов других членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, особенно если платежеспособный член группы совершил по отношению к ним недобросовестные действия. К недобросовестным действиям можно отнести, например, передачу активов убыточного члена группы другому члену по несправедливой цене или использование одним членом группы налоговых льгот, полученных убыточным членом группы, в результате чего кредиторам убыточного члена группы после его признания несостоятельным достается меньшее количество средств. Если не предусмотреть никаких мер правовой защиты на случай подобных недобросовестных действий, кредиторы несостоятельного члена группы могут оказаться в ущемленном положении, а акционеры платежеспособного члена получают неоправданные преимущества.

102. Хотя приказы о долевом участии сравнительно редко предусматриваются законодательством о несостоятельности, в нескольких правовых системах такие меры введены или вопрос об их введении обсуждается, однако их применение обычно ограничивается рамками ликвидационного производства. В то же время некоторые из вопросов, решению которых призваны способствовать приказы о долевом участии, возможно, не требуют отражения в законодательстве о несостоятельности, поскольку соответствующие меры правовой защиты могут быть уже предусмотрены другими законами, касающимися, например, вопросов ответственности и неправомерного ведения дел.

103. Наибольшая трудность при вынесении приказа о долевом участии заключается в том, чтобы найти компромисс между интересами акционеров и необеспеченных кредиторов платежеспособного члена группы и интересами необеспеченных кредиторов ликвидируемого члена, особенно если такой приказ может повлиять на платежеспособность первого. Кредиторы платежеспособного члена группы могут заявить, что они полагались на собственные активы платежеспособного члена группы и вправе рассчитывать на полное удовлетворение своих требований независимо от того, в каких отношениях он состоял с другими членами группы и какие действия по отношению к ним совершал. Сложность согласования интересов различных сторон приводит к тому, что полномочия издавать приказы о долевом участии, как правило, используются нечасто. Кроме того, суды нередко придерживаются мнения, что издание приказа о внесении доли, необходимой для полного погашения задолженности, является нецелесообразным, если такой приказ поставит под угрозу платежеспособность члена группы, в отношении которого пока не открыто производства по делу о несостоятельности, тогда как приказ о внесении доли, ограниченной размерами определенной части активов, например средств, оставшихся после исполнения добросовестно принятых обязательств, может быть вынесен.

104. В законах, разрешающих вынесение приказов о долевом участии, обычно предусматривается, что при рассмотрении вопроса об издании такого приказа суд должен учитывать определенные обстоятельства, связанные с взаимоотношениями между состоятельным и несостоятельным членами группы. К ним относятся: степень участия платежеспособного члена группы в управлении несостоятельным членом группы; поведение платежеспособного члена группы по отношению к кредиторам несостоятельного члена группы, хотя утверждения кредитора о том, что в своих действиях он исходил из существования связи между членами группы, не являются достаточным основанием для издания приказа; обусловленность обстоятельств, приведших к открытию производства по делу о несостоятельности, действиями платежеспособного члена группы; поведение платежеспособного члена группы после открытия конкурсного производства в отношении несостоятельного члена группы, особенно если такое поведение прямо или косвенно затрагивает интересы кредиторов этого члена группы, например неисполнение платежеспособным членом группы своих договорных обязательств перед несостоятельным членом; а также другие вопросы, которые суд сочтет уместными в данной ситуации³⁴. Издание приказа о долевом участии возможно также в тех случаях, когда, например, на дочернее предприятие или контролируемого члена группы возлагается значительный объем ответственности за вред, причиненный личности физических лиц, или когда материнская компания или контролирующий член группы позволяют дочернему предприятию или контролируемому члену группы продолжать коммерческую деятельность в условиях его несостоятельности.

3. Материальная консолидация

а) Введение

105. Как отмечалось выше, при издании приказа о процедурной координации активы и пассивы должников остаются отдельными и отличными друг от друга, а материальные права истцов не затрагиваются. В отличие от этого материальная консолидация позволяет суду при открытии производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы в соответствующих обстоятельствах отступить от принципа самостоятельной правосубъектности каждого члена группы и объединять их активы и пассивы, рассматривая их как активы и пассивы одного субъекта. В результате активы рассматриваются так, как если бы они были частью единой имущественной массы, используемой в интересах всех кредиторов консолидированных членов группы. Лишь в нескольких правовых системах полномочия по вынесению приказов о материальной консолидации закреплены законодательно, а там, где эта мера предусмотрена, она обусловлена наличием четких доказательств и широко не используется. Проблема в том, что консолидация противоречит принципу самостоятельной правосубъектности членов группы, на котором нередко основывается вся структура предпринимательской группы, создание которой может диктоваться различными коммерческими соображениями, преследовать разные цели и иметь серьезные последствия, в частности с точки зрения налогового и корпоративного законодательства и правил корпоративного управления. Если

³⁴ Новая Зеландия, Закон о компаниях 1993 года, разделы 271(1)(а) и 272(1).

издание приказов о материальной консолидации войдет в обычную судебную практику, многие из преимуществ, которые обеспечивает гибкая структура предпринимательской группы, будут утрачены.

106. Несмотря на отсутствие в законодательстве прямо предусмотренных полномочий, а также четкого перечня обстоятельств, при которых допускается издание приказов о материальной консолидации, в некоторых правовых системах непосредственную роль в развитии подобной практики и выработке соответствующих критериев играют судебные органы. Хотя это и свидетельствует о том, что суды все чаще признают широкое распространение практики использования взаимосвязанных корпоративных структур для целей уплаты налогов и ведения коммерческой деятельности, число обстоятельств, при которых допускается издание приказа о консолидации, весьма ограничено. Обычно к ним относятся случаи, когда из-за тесной связи между хозяйственной деятельностью различных членов группы, объединяемых отношениями контроля или собственности, было бы трудно, а то и невозможно разобраться в активах и долговых обязательствах разных членов группы и определить, кому принадлежит то или иное имущество и кто является кредитором того или иного члена, не затратив на эти цели чрезмерного количества времени и средств, что в конечном счете было бы невыгодно никому из кредиторов.

107. Вопрос о консолидации обычно рассматривается в контексте ликвидационного производства, и если законодательство той или иной страны допускает возможность консолидации, то только в этом контексте. Однако есть целый ряд законопроектов, в которых предлагается разрешить консолидацию и в рамках различных типов реорганизации. В правовых системах, не имеющих конкретных законодательных положений на этот счет, издание приказов о консолидации возможно как при ликвидации, так и при реорганизации, если, например, издание такого приказа облегчает реорганизацию группы. Хотя обычно для консолидации требуется соответствующее постановление суда, она может проводиться и с общего согласия заинтересованных сторон. Некоторые комментаторы отмечают, что консолидация с общего согласия сторон довольно часто происходит на практике, когда дело касается предпринимательской группы, причем нередко в тех ситуациях, когда суд, в случае подачи ему официального заявления, скорее всего, поддержал бы протест кредиторов против консолидации. Материальная консолидация может быть проведена и в рамках осуществления плана реорганизации. Согласно законодательству некоторых стран, в план реорганизации разрешается включать предложение о консолидации должника с другими, как несостоятельными, так и платежеспособными членами группы, которое может быть реализовано в том случае, если за него проголосует определенное число кредиторов.

108. Консолидация может быть целесообразна в том случае, когда члены группы фактически никак не обособлены друг от друга, а групповая структура сохраняется исключительно в обманных или мошеннических целях. В некоторых правовых системах консолидация считается обоснованной также в тех случаях, когда она позволяет увеличить стоимость, возвращаемую кредиторам, будь то в силу структурных отношений между членами группы и специфики их хозяйственных и финансовых связей, или за счет стоимости активов, находящихся в общем пользовании всей группы, например

интеллектуальной собственности, используемой как в процессе производства, в котором могут участвовать несколько членов группы, так и в продукте такого производства.

109. К числу основных проблем, вызывающих обеспокоенность в связи с возможным вынесением таких приказов, помимо главной проблемы, связанной с нарушением принципа самостоятельности членов группы, относятся возможная несправедливость в отношении одной группы кредиторов, вынужденной участвовать в разделе средств на основе принципа *pari passu* с кредиторами другого, менее платежеспособного члена группы, а также вопрос о том, будут ли экономия и преимущества для всех кредиторов в целом перевешивать ущерб, который может быть попутно причинен отдельным из них. Некоторые кредиторы в своих сделках с тем или иным членом группы могли полагаться только на его активы или его самостоятельный юридический статус и поэтому не должны лишаться права на полное удовлетворение своих требований из-за наличия у их торгового партнера связей с другим членом группы, о котором им не было известно. Другие кредиторы могли полагаться на активы всей группы, и было бы несправедливо ограничивать возможность возвращения причитающегося им долга за счет активов лишь одного ее члена.

110. Поскольку консолидация основана на объединении активов разных членов группы, она позволяет не столько увеличить размер компенсации, выплачиваемой каждому кредитору, сколько более равномерно распределить компенсационные выплаты между всеми кредиторами, при этом увеличение сумм, выплачиваемых одним кредиторам, происходит за счет других кредиторов. Кроме того, консолидация может привести к тому, что более сильные и крупные кредиторы получают возможность претендовать на активы, на которые иначе они не имели бы права, что кредиторы, не согласные с приказом о консолидации, будут добиваться его пересмотра, затягивая производство по делу о несостоятельности, а определенность и исполнимость обеспечительных прав будет подорвана (если в результате консолидации внутригрупповые требования аннулируются, то кредиторы, имеющие обеспечительные интересы в таких требованиях, утрачивают свои права).

111. Обычно консолидации подвергаются только те члены группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, однако законодательство некоторых стран разрешает в определенных случаях включать в рамки консолидации и на первый взгляд вполне платежеспособного члена группы. Это возможно, если деятельность этого члена группы настолько тесно переплетена с деятельностью других членов, что его нецелесообразно исключать из процесса консолидации, а целесообразнее включить в этот процесс, или если в ходе дальнейшего расследования выяснилось, что такой член является фактически неплатежеспособным в силу смешения его активов с активами других членов группы или что его самостоятельный юридический статус является фикцией или частью мошеннической схемы. Если консолидация включает платежеспособных членов группы, то у кредиторов таких членов группы могут возникать особые сомнения и в такой ситуации целесообразно применение ограниченного подхода, при котором в приказ о консолидации включается только чистый акционерный капитал платежеспособного члена группы в целях защиты прав его кредиторов, хотя

это проблематично при тесном переплетении активов и использовании мошеннических схем.

b) Обстоятельства, дающие основания для консолидации

112. В законодательных актах, предусматривающих возможность вынесения приказов о консолидации, и в тех правовых системах, где практика вынесения таких приказов складывалась при участии судов, выявлен ряд факторов, на основании которых определяется обоснованность материальной консолидации. В каждом случае для принятия справедливого и верного решения необходимо тщательно взвесить различные факторы, поскольку ни один из них сам по себе не является определяющим и необязательно должен присутствовать в каждом конкретном случае. К таким факторам относятся: наличие у группы консолидированных финансовых ведомостей; использование всеми членами группы единого банковского счета; единство интересов и собственности у членов группы; сложность выделения индивидуальных активов и пассивов; совместная оплата различными членами группы накладных расходов, расходов на управление и ведение отчетности и других смежных расходов; наличие внутригрупповых ссуд и перекрестных гарантий по ссудам; объем активов или средств, переданных членами группы друг другу в рабочем порядке без соблюдения надлежащих формальностей; достаточность капитала; смешение активов или коммерческих операций; назначение общих директоров или должностных лиц и проведение совместных заседаний советов директоров; общее местонахождение предприятий; мошенничество при ведении дел с кредиторами; практика, побуждающая кредиторов относиться к группе как к единому субъекту, затрудняющая кредиторам понимание того, с кем из членов группы они имеют дело, и иным образом размывающая юридические границы между членами группы; а также вопрос о том, будет ли консолидация способствовать реорганизации и отвечает ли она интересам кредиторов.

113. Хотя все эти многочисленные факторы имеют значение, некоторые суды уделяют особое внимание лишь нескольким факторам, в частности тому, являются ли дела членов группы настолько взаимосвязанными, что разделение их активов и пассивов было бы возможно лишь ценой чрезвычайно больших финансовых издержек и затрат времени, и участвуют ли члены группы в мошеннических схемах или противозаконной деятельности. Что касается первого основания, то требуемая степень смешения активов и пассивов трудно поддается количественной оценке и разные суды квалифицируют ее по-разному: как степень смешения, при которой такое разделение бессмысленно или практически невозможно; при которой для выяснения взаимосвязей между членами группы и установления принадлежности тех или иных активов требуются такие затраты времени и средств, которые не оправдывают конечного результата; которая настолько существенна, что ставит под угрозу реализацию кредиторами любых чистых активов, или при которой распределение активов и пассивов между членами группы будет носить произвольный характер и не будет соответствовать реальности. При принятии решения о том, что степень смешения активов и пассивов в конкретном случае оправдывает проведение материальной консолидации, суды принимали во внимание различные факторы, в том числе характер взаимных операций и связей между членами группы, включая вопросы управления и финансовые вопросы; достаточность бухгалтерского учета отдельных членов группы;

соблюдение надлежащих корпоративных формальностей; порядок перевода средств и активов между различными членами группы; и прочие аналогичные факторы, касающиеся деятельности группы.

114. Под мошенничеством в данном случае понимаются не столько конкретные мошеннические действия, совершаемые в ходе повседневной коммерческой деятельности компании, сколько полное отсутствие законной коммерческой цели, которая могла бы служить оправданием создания компании, а после ее создания – осуществляемой ею деятельности (см. пункт 97 (е) выше). Примером такого мошенничества может служить передача должником практически всех своих активов вновь созданному предприятию или отдельным принадлежащим ему предприятиям, с тем чтобы сохранить такие активы для собственной выгоды или воспрепятствовать действиям кредиторов, вызвать задержку и ввести в заблуждение кредиторов, фальсификация³⁵, создание финансовых пирамид³⁶ и другие мошеннические схемы.

с) Заявления о материальной консолидации

i) Лица, которым разрешается подавать заявления

115. В законодательстве о несостоятельности следует указать лиц, наделенных правом подавать заявления о материальной консолидации, и сроки подачи таких заявлений. При определении круга лиц, которым разрешается подавать заявления, целесообразно придерживаться подхода, принятого в рекомендации 14, касающейся лиц, которым разрешается подавать заявления об открытии производства по делу о несостоятельности. В контексте группы в число таких лиц должны входить все члены группы, а также кредиторы любого из членов группы. Кроме того, целесообразно разрешить подачу заявления управляющим в деле о несостоятельности любого из членов группы, поскольку зачастую именно управляющий в деле о несостоятельности или управляющие, назначенные для управления делами членов группы, владеют наиболее полной информацией о членах группы и в силу этого могут лучше всего оценить обоснованность и целесообразность материальной консолидации.

116. Хотя в некоторых государствах судам разрешено издавать приказы о материальной консолидации по их собственной инициативе, с учетом серьезности последствий такого решения необходимо обеспечить соблюдение справедливой и равноправной процедуры и предоставить всем заинтересованным сторонам возможность высказать свое мнение и возражения в отношении такого приказа в соответствии с рекомендациями 137-138. По этой причине представляется целесообразным проводить различие между материальной консолидацией и процедурной координацией и придерживаться

³⁵ К мошенничеству относится также участие в фальсификации, например заключение фиктивных договоров, которые не отражают истинных намерений сторон, либо не имеют силы между сторонами, либо имеют иное действие, чем указано в договоре, т. е. заключение фальшивых договоров.

³⁶ Мошенническая инвестиционная операция, в рамках которой отдельные инвесторы получают доход за счет собственных средств или средств, вложенных последующими инвесторами, а не за счет какой-либо фактически полученной прибыли.

того принципа, что суды не должны принимать решение о материальной консолидации по собственной инициативе.

ii) Сроки подачи заявления

117. Поскольку факторы, являющиеся основанием для материальной консолидации, бывают не всегда очевидны или ясны на момент открытия производства по делу о несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности целесообразно предусмотреть гибкие сроки подачи заявления о материальной консолидации и разрешить подавать заявление либо одновременно с заявлением об открытии производства, либо в любой более поздний срок. Однако следует отметить, что на практике возможность подачи заявления о материальной консолидации может зависеть от того, на какой стадии находится производство, например, началось ли осуществление плана реорганизации. Может так оказаться, что некоторые ключевые вопросы, например связанные с продажей или отчуждением активов либо с представлением и признанием требований, уже решены, а в отношении отдельных членов группы уже вынесены решения и приняты соответствующие меры, что создает практические проблемы консолидации частично урегулированных процедур. В этом случае желательно, чтобы такой приказ учитывал стадию отправления производства, отдельные производства и обеспечение сохранения существующих прав. В этом случае уже признанные требования в отношении одного из членов группы, например, можно было бы рассматривать как признанные требования в отношении консолидированной имущественной массы.

118. Этот же подход можно применять и при включении в ранее изданный приказ о материальной консолидации новых членов группы. По мере консолидации в отношении различных членов предпринимательской группы может выясниться, что ей целесообразно охватить и других членов группы, поскольку для этого имеются те же основания, которые послужили поводом для издания первоначального приказа. Если приказ о консолидации был издан с согласия кредиторов или они имели возможность возразить против приказа на стадии его подготовки, то в случае включения в производство на более позднем этапе еще одного члена группы совокупность активов, которая была изначально согласована с кредиторами или о которой они были поставлены в известность, может измениться. В подобной ситуации желательно предоставить кредиторам новую возможность выразить свое согласие или несогласие с включением в рамки консолидации еще одного члена группы. На тот случай, когда приказ о материальной консолидации издается после частичного распределения активов между кредиторами, целесообразно предусмотреть положение об объединении имущественной массы, предназначенной к разделу. Это может способствовать обеспечению того, чтобы кредитор, ранее получивший часть активов в погашение своего требования к одному из членов группы, не мог получить выплаты по тому же требованию в рамках объединенного производства, если размер выплат, полагающихся другим кредиторам той же категории, в пропорциональном отношении меньше размера активов, уже полученных таким кредитором.

d) Конкурирующие интересы при консолидации

119. При проведении консолидации необходимо принимать во внимание не только конкурирующие интересы кредиторов разных членов предпринимательской группы, но и конкурирующие интересы других заинтересованных сторон, в том числе интересы кредиторов по отношению к акционерам, интересы держателей акций различных членов группы, особенно когда им принадлежат акции только некоторых компаний группы, а также интересы обеспеченных и приоритетных кредиторов различных консолидируемых членов группы.

i) Собственники и держатели акций

120. Во многих законах о несостоятельности предусмотрено общее правило, согласно которому права кредиторов имеют приоритет перед правами собственников и держателей акций, требования которых в отношении распределения средств удовлетворяются в последнюю очередь. Нередко это приводит к тому, что собственники и держатели акций не получают ничего (см. ч. 2, гл. V, п. 76). В контексте предпринимательской группы акционеры некоторых ее членов, имеющих большой объем активов и незначительные обязательства, могут получить возмещение, в то время как кредиторы других членов группы, у которых меньше активов и больше обязательств, его не получают. Если на всех членов группы, подвергнутых консолидации, будет распространен общий принцип, согласно которому требования акционеров имеют более низкую очередность, чем требования необеспеченных кредиторов, то выплаты акционерам любого члена группы будут произведены только после того, как будут удовлетворены требования всех кредиторов.

ii) Обеспеченные кредиторы

121. В *Руководстве для законодательных органов* подробно рассмотрен вопрос о положении обеспеченных кредиторов в рамках производства по делам о несостоятельности (соответствующие ссылки см. в приложении I) и рекомендован подход, согласно которому в рамках производства по делу о несостоятельности как общий принцип должны признаваться сила и приоритет действующих обеспечительных интересов и приниматься меры для сохранения экономической стоимости обремененных активов. Такой подход применим и к правам обеспеченных кредиторов в контексте предпринимательской группы. Вместе с тем в *Руководстве для законодательных органов* также признается, что при условии соблюдения соответствующих гарантий законодательство о несостоятельности может затрагивать права обеспеченных кредиторов, если это необходимо для достижения определенных коммерческих и экономических целей (см. ч. 2, гл. II, п. 59).

122. В связи с материальной консолидацией могут возникать, в частности, следующие вопросы: может ли обеспечительный интерес в некоторых или во всех активах одного из членов группы распространяться на активы другого члена группы при издании приказа о консолидации, или же такой обеспечительный интерес должен действовать только в отношении конкретной совокупности активов, на которую изначально рассчитывал обеспеченный кредитор; могут ли обеспеченные кредиторы, не обладающие достаточным обеспечением, выдвигать требования в отношении всех как необеспеченные

кредиторы; и должен ли к внутренним обеспеченным кредиторам (т.е. кредиторам, которые являются членами той же группы) применяться иной режим, чем к внешним обеспеченным кредиторам. Обеспечительные интересы в отношении всей имущественной массы должника, как правило, конкретизируются в момент открытия производства по делу о несостоятельности, поэтому вопрос об их распространении на совокупные активы всех подвергнутых консолидации членов группы возникать не должен. Распространение любых обеспечительных интересов обеспеченного кредитора на все объединенные активы, или их расширение как результат приказа о материальной консолидации, может поставить такого кредитора в более выгодное положение за счет других кредиторов и быть равносильно получению несправедливой выгоды или случайных поступлений, что в целом нежелательно. Аналогичные соображения справедливы и для требований сотрудников.

123. Один из возможных вариантов режима внешних обеспеченных кредиторов может состоять в том, чтобы оставить их за рамками консолидации. Особого рассмотрения может потребовать вопрос о правах отдельных обеспеченных кредиторов, которые полагались на самостоятельный юридический статус членов группы, например когда принимали к сведению внутригрупповые гарантии. Если соответствующий член группы включается в приказ о консолидации и перестает существовать как самостоятельное юридическое лицо, предоставленные им гарантии теряют силу. Это может привести к тому, что обеспеченный кредитор будет приравнен к необеспеченным, если в законодательстве не предусмотрена возможность удовлетворения требований таких кредиторов в приоритетном порядке по сравнению с требованиями других кредиторов в случае материальной консолидации. На тот случай, когда обремененные активы необходимы для проведения реорганизации, можно предложить иное решение, например, предоставить суду право включать в приказ о консолидации специальные положения о таких активах или установить требование о согласии обеспеченного кредитора, права которого затрагиваются. После завершения консолидации обеспеченный кредитор может уступить свое обеспечительное право, и тогда долг будет подлежать выплате всеми консолидированными субъектами.

124. В рамках консолидации необходимо учитывать и интересы внутренних обеспеченных кредиторов. Согласно некоторым законам, обеспечительные интересы внутренних кредиторов могут быть аннулированы, в результате чего требования таких кредиторов становятся необеспеченными, или же такие требования могут быть изменены или субординированы.

iii) Приоритетные кредиторы

125. Аналогичные вопросы возникают и в связи с правами приоритетных кредиторов. На практике они могут как выиграть, так и проиграть от объединения активов группы таким же образом, как и другие необеспеченные кредиторы. Если приоритет тех или иных прав, например прав сотрудников на получение пособий или прав налоговых органов на получение налоговых выплат, установлен на основе принципа самостоятельности отдельных членов группы, то возникает вопрос о режиме приоритетов прав в масштабах всей

группы, особенно если такие права взаимосвязаны. Например, сотрудники одного члена группы, имеющего большой объем активов и мало обязательств, при консолидации будут конкурировать с сотрудниками другого члена группы, находящегося в противоположной ситуации, т.е. имеющего мало активов и много обязательств. Хотя приоритетные кредиторы в целом могут добиться лучших результатов за счет необеспеченных кредиторов, не имеющих приоритетного статуса, различным группам приоритетных кредиторов, возможно, придется скорректировать размер ожидаемого возмещения по сравнению с тем, на которое они могли бы претендовать в силу своего приоритетного права на активы единого предприятия. Если степень смешения активов настолько велика, что невозможно определить, кому какие активы принадлежат, то определить приоритетность требований и установить размер средств, имеющихся в наличии для их урегулирования, может быть весьма сложно. Поэтому, хотя признание приоритетов, установленных согласно законодательству о несостоятельности в отношении каждого отдельного должника, и желательно, когда должники подвергаются материальной консолидации, придать этим приоритетам полную силу не всегда представляется возможным.

е) Уведомление кредиторов

126. Уведомление о подаче заявлений о материальной консолидации может производиться в том же порядке, который предусмотрен для заявлений об открытии производства³⁷. В соответствии с рекомендацией 19 при подаче заявления о материальной консолидации одновременно с заявлением об открытии производства уведомление о таком заявлении должников требуется в том случае, если подается кредиторами. Если заявление о консолидации одновременно с заявлением об открытии производства подают члены группы, то уведомлять об этом кредиторов не требуется, как это следует из рекомендаций 22 и 23, в которых не предусмотрено обязательное уведомление кредиторов соответствующего субъекта о подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности.

127. Поскольку материальная консолидация может затрагивать права кредиторов, необходимо, чтобы затрагиваемые кредиторы имели право на уведомление о любом приказе о консолидации, изданном в момент открытия производства, и могли обжаловать его в соответствии с рекомендацией 138. Один из вопросов, которые требуется рассмотреть в этой связи, заключается в том, достаточно ли возражения одного кредитора для того, чтобы не допустить консолидацию. Для несогласных кредиторов, чьи интересы в результате консолидации пострадают значительно сильнее других, можно было бы, например, предусмотреть существенно больший объем выплат, чем для других необеспеченных кредиторов, отступив тем самым от принципа строгого равенства при распределении. Можно было бы также сделать исключения для отдельных групп кредиторов, с которыми заключены соглашения определенных типов, например договоры о проектном финансировании с ограниченным правом регресса, подписанные на стандартных коммерческих условиях с конкретными членами группы.

³⁷ См. выше ч. 2, гл. I, пункты 64-71 и рекомендации 19 (а), 22-25.

128. При подаче заявления кредитором после открытия производства о таком заявлении целесообразно уведомить управляющих в деле о несостоятельности предприятий, подлежащих консолидации. Уведомление должно быть произведено эффективно и своевременно с соблюдением формальных требований, предусмотренных внутренним законодательством.

f) Последствия приказа о материальной консолидации

129. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть последствия издания приказа о материальной консолидации. К этим последствиям могут относиться: рассмотрение активов и пассивов консолидированных членов группы, как если бы они являлись частью единой имущественной массы в деле о несостоятельности, аннулирование внутригрупповых требований, признание требований к отдельным членам группы, подлежащим консолидации, требованиями в отношении консолидированной имущественной массы, признание приоритетных требований к отдельным членам группы приоритетными в отношении консолидированной имущественной массы в целом (насколько это возможно, учитывая отмеченные выше трудности). При материальной консолидации взаимные требования разных членов группы, как правило, перестают существовать, так как и требования, и долговые обязательства относятся к одной и той же имущественной массе и, таким образом, взаимно погашаются.

Расторжение сделок с участием членов группы, включенных в приказ о консолидации

130. В случае материальной консолидации членов группы расторгнуть заключенные между ними сделки практически невозможно, так как и активы, подлежащие возврату, и имущественная масса, в которую эти активы требуется вернуть, рассматриваются как часть единого целого. В то же время сделки между членами группы, включенными в приказ о консолидации, и другими членами той же группы или внешними сторонами подлежат расторжению в обычном порядке по истечении обычного подозрительного периода. В тех случаях, когда подобные сделки можно расторгнуть, все активы или их стоимость, которые удастся вернуть, включаются в консолидированную имущественную массу.

Расчет подозрительного периода

131. Для случаев, когда приказ о материальной консолидации издается после открытия производства или когда материальная консолидация разных членов группы происходит в разное время, необходимо продумать, с какой даты начинать отчет подозрительного периода для целей расторжения сделок (см. ч. 2, гл. II, пункты 188-191 и рекомендацию 89) в интересах обеспечения определенности для кредитодателей и третьих сторон. Этот вопрос может становиться еще более важным по мере увеличения срока между моментом подачи заявления об открытии производства по отдельным делам о несостоятельности или моментом его открытия и моментом вынесения приказа о материальной консолидации. Если началом подозрительного периода для целей расторжения сделок считать дату вынесения приказа о консолидации, то могут возникнуть проблемы со сделками, заключенными в период с даты

подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности отдельных членов группы или даты открытия производства по таким делам до даты материальной консолидации. Один из подходов может состоять в том, чтобы рассчитывать такую дату в соответствии с рекомендацией 89. При применении такого подхода может получиться, что каждого члена группы, включенного в приказ о консолидации, будет определена своя дата, что значительно затруднит работу на практике. В качестве другого подхода можно установить общую дату отсчета, приняв за нее наиболее раннюю дату подачи заявления об открытии производства или открытия производства по делам о несостоятельности членов группы, подлежащих консолидации. В обоих случаях желательно, чтобы такая дата была оговорена в законодательстве о несостоятельности для обеспечения прозрачности и предсказуемости.

Реорганизация

132. В случае реорганизации членов группы, включенных в приказ о материальной консолидации, ликвидационной стоимостью для целей рекомендации 152 (b) будет считаться ликвидационная стоимость консолидированной имущественной массы, а не ликвидационная стоимость отдельных членов группы до материальной консолидации. Приказ о материальной консолидации может также объединять кредиторов для целей голосования по вопросам принятия любого плана реорганизации консолидированных членов группы. Если после издания приказа о материальной консолидации в рамках производства по делу о несостоятельности требуется проводить собрание кредиторов, право участвовать в таком собрании должны иметь все кредиторы членов группы, включенных в приказ.

Гарантии

133. Издание приказа о материальной консолидации может по-разному сказываться на действительности гарантий, затрагивающих членов группы. Гарантия может предоставляться одним членом группы другому. Впоследствии оба члена группы или только член, которому была дана гарантия, могут быть включены в приказ о материальной консолидации. В первом случае гарантия и любые связанные с ней требования будут аннулированы как внутригрупповые. Во втором случае будут действовать положения законодательства о несостоятельности, касающиеся сделок с лицами, связанными с должником (см. ч. 2, гл. V, п. 48). Возможны ситуации, когда гарантию члену группы, подлежащему материальной консолидации, предоставил внешний гарант. Если такая ситуация особо не оговорена в законодательстве о несостоятельности, она будет регулироваться нормами внутреннего законодательства, в случае чего права гаранта на предъявление требований могут оказаться ограниченными, если он уже произвел платеж по этой гарантии. Бывает, что один член предпринимательской группы дает гарантию внешнему кредитодателю для обеспечения финансирования, предоставляемого другому члену группы, а впоследствии оба члена группы подвергаются материальной консолидации. Как уже отмечалось выше, в тех случаях, когда исполнение гарантии возможно, лишь пока члены группы сохраняют самостоятельный юридический статус, внешний кредитодатель обычно рассматривается как необеспеченный кредитор, если только законодательство о несостоятельности

не сохраняет за ним определенного преимущества перед остальными кредиторами консолидированных членов группы.

g) Внесение изменений в приказ о материальной консолидации

134. Хотя с учетом материально-правовых последствий приказа о материальной консолидации его изменение может быть не всегда возможно или желательно, бывают случаи, когда в силу изменившихся обстоятельств или появления новых сведений первоначальный приказ о консолидации требуется изменить. Любые такие изменения должны вноситься с тем условием, что они не будут неоправданно ущемлять права и интересы, вытекающие из первоначального приказа. Такие права и интересы, возникающие на основании решения суда или управляющего в деле о несостоятельности, могут быть связаны с продажей активов и предоставлением финансирования членам группы.

h) Исключения из приказа о материальной консолидации

135. В законодательстве некоторых стран предусмотрена возможность так называемой частичной или ограниченной материальной консолидации, под которой понимается вынесение приказа о материальной консолидации, исключающей определенные активы или требования.

136. Как правило, подобные исключения делаются редко, поскольку обычно считается, что материальная консолидация целесообразна во всех случаях, когда активы группы тесно переплетены или ее члены замешаны в махинациях. Однако при некоторых обстоятельствах такие исключения могут быть оправданы, например когда принадлежность отдельных активов легко установить или когда часть подразделений консолидируемых членов группы можно отделить от остальной имущественной массы, так как они не участвовали в махинациях. Требования, связанные с любыми такими исключаемыми активами, также исключаются. Консолидация может быть ограничена, например, необеспеченными кредиторами и тем самым исключать внешних обеспеченных кредиторов, имеющих право на принудительное исполнение своих обеспечительных интересов (если только эти обеспечительные интересы не зависят от отдельной правосубъектности членов группы, подлежащих консолидации). Согласно другому подходу, из материальной консолидации исключаются те активы, консолидация которых несправедливо ущемила бы права кредиторов, хотя такое основание вряд ли уместно в случае смешения активов или мошенничества.

i) Компетентный суд

137. Все, что было сказано выше в связи с вопросом о подаче объединенных заявлений и процедурной координации, относится к определению суда, компетентного издавать приказ о материальной консолидации (см. выше пункты 17-19 и рекомендацию 209).

Рекомендации 219-231

Цель законодательных положений

Цель положений о материальной консолидации заключается в следующем:

- a) создать законодательную базу для материальной консолидации при соблюдении основного принципа, состоящего в том, что каждый член предпринимательской группы является отдельным юридическим лицом;
- b) оговорить весьма ограниченный круг обстоятельств, при которых возможна материальная консолидация в качестве средства правовой защиты, для обеспечения прозрачности и предсказуемости;
- c) оговорить последствия издания приказа о материальной консолидации, в том числе для режима обеспечительных интересов.

Содержание законодательных положений

Исключения из принципа отдельной правосубъектности

219. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать соблюдение статуса самостоятельного юридического лица каждого члена предпринимательской группы. Исключения из этого общего принципа допустимы лишь на основаниях, предусмотренных в рекомендации 220.

Обстоятельства, при которых возможна материальная консолидация

220. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что по ходатайству лиц, имеющих право подавать заявление согласно рекомендации 223, суд может издать приказ о материальной консолидации в отношении двух или более членов предпринимательской группы только в следующих ограниченных обстоятельствах:

- a) если суд придет к выводу, что активы или долговые обязательства членов предпринимательской группы настолько тесно переплетены между собой, что не представляется возможным выявить права собственности на активы и выделить ответственность за обязательства без чрезмерных затрат средств или времени; или
- b) если суд придет к выводу, что члены предпринимательской группы участвуют в осуществлении мошеннических схем или в деятельности, не преследующей законных коммерческих целей, и что для устранения последствий таких схем или деятельности необходима материальная консолидация.

Исключения из материальной консолидации

221. Если законодательство о несостоятельности предусматривает материальную консолидацию в соответствии с рекомендацией 220, то это законодательство о несостоятельности должно разрешать суду исключать активы и требования из приказа о материальной консолидации и конкретно указывать стандарты, применимые к таким исключениям [условия, при которых допускаются такие исключения].

Заявление о материальной консолидации– *Сроки подачи заявления*

222. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что заявление о материальной консолидации может быть подано одновременно с заявлением об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы либо в любой более поздний срок³⁸.

– *Лица, имеющие право подавать заявление*

223. В законодательстве о несостоятельности следует указать лиц, имеющих право подавать заявление о материальной консолидации, в число которых могут входить члены предпринимательской группы, кредитор или управляющий в деле о несостоятельности любого члена предпринимательской группы.

Последствия приказа о материальной консолидации

224. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что издание приказа о материальной консолидации влечет за собой следующие последствия³⁹:

- а) рассмотрение активов и обязательств консолидированных членов группы, как если бы они были частью единой имущественной массы в деле о несостоятельности;
- б) взаимные требования и долговые обязательства членов группы, включенных в приказ о консолидации, погашаются;
- в) требования в отношении членов группы, включенных в приказ о консолидации, рассматриваются как требования в отношении единой имущественной массы в деле о несостоятельности.

Режим обеспечительных интересов при материальной консолидации

225. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что при материальной консолидации должны, насколько это возможно, соблюдаться права и приоритеты кредитора, обладающего обеспечительным интересом в активах члена предпринимательской группы, в отношении которого издается приказ о материальной консолидации, за исключением случаев, когда:

- а) обеспеченная задолженность причитается только в отношениях между членами предпринимательской группы и погашается приказом о материальной консолидации;
- б) установлено, что обеспечение было получено в результате мошеннических действий, в которых участвовал кредитор;
- в) сделка, в связи с которой предоставляется обеспечительный интерес, подлежит расторжению в соответствии с рекомендациями 87, 88 и 217.

³⁸ О возможности издания приказа о консолидации на продвинутом этапе производства по делу о несостоятельности сказано в комментарии, см. пункты 117-118 выше.

³⁹ Последствия для обеспечительных интересов рассматриваются в рекомендации 225.

Признание приоритета требований при материальной консолидации

226. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что приоритет требований по отношению к отдельным членам предпринимательской группы, установленный согласно законодательству о несостоятельности до издания приказа о материальной консолидации, должен, насколько это возможно, признаваться и после материальной консолидации.

Собрание кредиторов

227. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что если согласно действующему законодательству после издания приказа о материальной консолидации должно проводиться собрание кредиторов, то участвовать в таком собрании вправе кредиторы всех консолидированных членов группы.

Расчет подозрительного периода при материальной консолидации

228. 1) В законодательстве о несостоятельности следует указать дату, с которой следует рассчитывать подозрительный период для расторжения сделок, относящихся к одному из видов, перечисленных в рекомендации 87, в случае издания приказа о материальной консолидации.

2) При издании приказа о материальной консолидации одновременно с открытием производства по делу о несостоятельности оговоренную дату, с которой ретроспективно рассчитывается подозрительный период, следует определять в соответствии с рекомендацией 89.

3) При издании приказа о материальной консолидации после открытия производства по делу о несостоятельности оговоренной датой, с которой ретроспективно рассчитывается подозрительный период, может быть:

а) отдельная дата для каждого члена предпринимательской группы, охваченного материальной консолидацией, которой является либо дата подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, либо дата открытия такого производства в отношении соответствующего члена группы, согласно рекомендации 89;

б) общая дата для всех членов предпринимательской группы, охваченных материальной консолидацией, которой является наиболее ранняя из дат подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или открытия такого производства в отношении этих членов группы.

Изменение приказа о материальной консолидации

229. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в приказ о материальной консолидации могут быть внесены изменения при условии, что они не будут затрагивать мер или решений, уже принятых во исполнение приказа о консолидации⁴⁰.

⁴⁰ "Изменение" не подразумевает отмены приказа о материальной консолидации.

Компетентный суд

230. Для целей рекомендации 13 формулировка "открытие и ведение производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства" охватывает также вопросы, связанные с подачей заявления и изданием приказа о материальной консолидации, включая изменение этого приказа⁴¹.

Уведомление о материальной консолидации

231. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть порядок уведомления о заявлениях и приказах о материальной консолидации и изменении приказов о материальной консолидации, в том числе определить [сферу охвата и содержание приказа], круг лиц, которым должно быть направлено уведомление, лиц, ответственных за направление уведомлений, и содержание такого уведомления.

Е. Участники**1. Назначение управляющего в деле о несостоятельности**

138. Порядок назначения и функции управляющих в деле о несостоятельности рассмотрены выше (см. ч. 2, гл. III, пункты 36-74). Рассмотренные вопросы, а также рекомендации 115-125 в целом применимы и в контексте группы

а) Координация параллельных производств

139. При открытии производства по делу о несостоятельности в отношении нескольких членов предпринимательской группы может быть вынесен или не вынесен приказ о процедурной координации, однако в обоих случаях скоординировать производство по таким делам будет проще, если в законодательстве о несостоятельности будут предусмотрены специальные положения, в которых будет сказано о целесообразности координации и способах ее достижения в соответствии со статьей 27 Типового закона. Такой подход можно применять для координации действий разных судов, в которых ведется производство в отношении разных членов группы, и действий управляющих в деле о несостоятельности, назначенных в рамках такого производства, в том числе на временной основе⁴². В контексте группы на управляющих в деле о несостоятельности можно возложить следующие дополнительные обязанности, включающие различные аспекты координации, помимо тех обязанностей, которые уже предусмотрены в рекомендациях 111, 116, 117 и 120), в том числе: обмен информацией и раскрытие информации; одобрение или реализация договоренностей о раздельном осуществлении полномочий и распределении обязанностей между управляющими в деле о несостоятельности; сотрудничество в вопросах использования и реализации активов; разработка и согласование скоординированных планов реорганизации

⁴¹ Критерии, которые могут учитываться при определении компетентного суда, рассматриваются в комментарии, см. п. 18 выше.

⁴² Как уточняется в глоссарии, к "управляющим в деле о несостоятельности" относятся также лица, назначенные на временной основе.

(при невозможности разработки единого плана для группы, о чем будет сказано ниже); осуществление полномочий по расторжению сделок; привлечение финансирования после открытия производства; решение вопросов, связанных с представлением и признанием требований; и распределение средств среди кредиторов. В законодательстве о несостоятельности можно также рассмотреть вопрос о своевременном разрешении споров между управляющими в деле о несостоятельности, назначенными в рамках разных производств.

140. В законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть, что если в рамках разных производств по делам о несостоятельности членов группы было назначено несколько управляющих, то один из них может взять на себя руководящие функции по координации этих производств. Таким управляющим мог бы быть, например, управляющий в деле о несостоятельности материнской компании или контролирующего члена группы, в отношении которых открыто производство. Хотя такое руководство может быть оправдано экономической спецификой или структурой предпринимательской группы, необходимо обеспечить, чтобы при этом соблюдался закрепленный в законодательстве принцип равноправия всех управляющих в деле о несостоятельности. Координация производства под руководством одного управляющего в деле о несостоятельности может быть обеспечена и на добровольной основе, насколько это возможно в рамках применимого законодательства. Несмотря ни на какие договоренности о сотрудничестве и взаимодействии, каждый управляющий продолжает нести ответственность за исполнение своих обязанностей согласно законодательству государства, в котором он был назначен; такие договоренности не могут служить основанием для ограничения круга обязанностей или освобождения от них.

141. В некоторых правовых системах основные функции по координации производства по делам о несостоятельности возлагаются не на управляющих, а на суды. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности содержит подобные нормы, а производство в отношении разных членов группы ведется в разных судах, желательно предусмотреть, чтобы положения о координации производства применялись и к судам и чтобы суды были наделены полномочиями, предусмотренными в статье 27 Типового закона.

b) Назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности

142. Упрощению координации нескольких производств может также способствовать назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства в отношении разных несостоятельных членов группы. В зависимости от процессуальных требований и числа участвующих судов на практике может быть достаточно назначить одного управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства по нескольким делам или может потребоваться назначать одного и того же управляющего в рамках каждого из дел, производство по которым необходимо координировать. Хотя производство по делу каждого члена будет по-прежнему вестись самостоятельно (как и в случае процедурной координации), такое назначение способствует обеспечению координации производств в отношении разных членов группы, сокращения связанных с ней

расходов и задержек и сбора информации о группе в целом. Что касается сбора информации, то в этом деле следует соблюдать осторожность при обращении с такой информацией и, в частности, обеспечивать соблюдение требований о конфиденциальности в отношении отдельных членов группы. Хотя в законодательстве о несостоятельности многих стран данный вопрос о назначении единого управляющего в деле о несостоятельности не рассматривается, в некоторых правовых системах такое назначение в контексте группы используется на практике. В отдельных случаях подобная мера применялась на практике и в ряде дел о трансграничной несостоятельности, в рамках которых управляющие в делах о несостоятельности из одной и той же международной фирмы назначались в разных юрисдикционных системах⁴³.

143. Решая вопрос о целесообразности назначения единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности, необходимо учитывать особенности предпринимательской группы, в том числе степень интеграции ее членов и структуру ее хозяйственной деятельности. Кроме того, как уже отмечалось выше (ч. 2, гл. III, п. 39), на подобные должности желательно назначать лиц, обладающих необходимыми знаниями и опытом, причем наличие таких знаний и опыта и их применимость ко всем членам группы следует проверять еще до назначения. Назначать единого или одного и того же управляющего для ведения дел двух или нескольких членов группы целесообразно лишь в том случае, если это отвечает интересам производства.

144. При назначении единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства в отношении нескольких членов группы, связанных сложными финансовыми и деловыми взаимоотношениями и имеющих разный состав кредиторов, существует вероятность утраты беспристрастности и независимости. Возможно возникновение различных коллизий интересов, связанных, например, с перекрестными гарантиями, внутригрупповыми требованиями и долговыми обязательствами, финансированием после открытия производства, предъявлением и проверкой требований или противоправными действиями одного члена группы по отношению к другому. В контексте группы уместно предусмотреть обязательство о раскрытии информации о возможных или существующих коллизиях интересов, изложенное в рекомендациях 116 и 117. Для того чтобы избежать возможных коллизий, можно предусмотреть требование о том, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обязался консультироваться с судом по всем спорным вопросам, или закрепить такую его обязанность в процессуальных нормах или законодательстве. Кроме того, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть возможность назначения еще одного или нескольких управляющих в деле о несостоятельности для управления имуществом предприятий, интересы которых столкнулись. Таких управляющих можно назначать либо специально для решения вопросов, в связи с которыми возникла коллизия, на срок, необходимый для ее разрешения, либо для решения более общих вопросов на весь срок производства.

⁴³ См. Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, гл. III, подп. 10 (j).

с) Должник, сохраняющий владение

145. Для тех случаев, когда законодательство о несостоятельности разрешает должнику сохранять право владения коммерческим предприятием и назначения управляющего не происходит, целесообразно также рассмотреть вопрос о том, каким образом должна обеспечиваться координация нескольких производств и в какой степени обязанности, возлагаемые на управляющего в деле о несостоятельности, в том числе любые дополнительные обязанности, о которых говорилось выше, распространяются на должника, сохраняющего владение (см. ч.2, гл. III, пункты 16-18). Поскольку должник, сохраняющий владение, выполняет функции управляющего в деле о несостоятельности, имеет смысл также продумать порядок применения в таких случаях положений законодательства о несостоятельности, касающихся назначения единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности или возложения на одного из управляющих в деле о несостоятельности руководящих функций по координации производства.

Рекомендации 232-236**Цель законодательных положений**

Цель положений о назначении управляющих в деле о несостоятельности в контексте предпринимательской группы заключается в следующем:

а) предусмотреть возможность назначения единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для облегчения координации производств по делам о несостоятельности, открытых в отношении двух или более членов предпринимательской группы;

б) стимулировать сотрудничество в случае назначения двух или более управляющих в деле о несостоятельности с целью недопущения дублирования усилий, облегчения сбора информации о финансовых и коммерческих делах предпринимательской группы в целом и снижения затрат.

Содержание законодательных положений***Назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности***

232. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что если это будет сочтено необходимым для обеспечения наилучших интересов управления производством по делам о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы, то для ведения такого производства может назначаться единый или один и тот же управляющий в деле о несостоятельности⁴⁴.

⁴⁴ Хотя в рекомендации 118 говорится о механизме отбора и назначении управляющих в делах о несостоятельности, в ней не затрагивается вопрос о каком-либо конкретном назначающем органе, поскольку этот вопрос регулируется законодательством о несостоятельности. Такой же принцип действует и в контексте предпринимательской группы.

Коллизия интересов

233. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить меры по урегулированию случаев коллизии интересов, которые могут возникнуть при назначении единого или одного и того же управляющего для ведения производства по делу о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы. Такие меры могут включать назначение одного или нескольких дополнительных управляющих в деле о несостоятельности.

Сотрудничество между двумя или более управляющими в делах о несостоятельности

234. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что в случае назначения разных управляющих в делах о несостоятельности для ведения производств по таким делам в отношении двух или более членов предпринимательской группы, такие управляющие должны в максимально возможной степени сотрудничать между собой⁴⁵.

Сотрудничество между двумя или более управляющими в делах о несостоятельности в процессе процедурной координации

235. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что, когда в рамках производств по делам о несостоятельности, подлежащих процедурной координации, назначается более одного управляющего в делах о несостоятельности, такие управляющие должны в максимально возможной степени сотрудничать между собой.

Максимально возможная степень сотрудничества между управляющими в делах о несостоятельности

236. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что сотрудничество в максимально возможной степени между управляющими в делах о несостоятельности должно [может] осуществляться любыми надлежащими способами, включая следующие:

а) обмен информацией и раскрытие информации, касающейся членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, при условии принятия надлежащих мер для защиты конфиденциальной информации;

б) одобрение или реализация договоренностей о распределении обязанностей между управляющими в делах о несостоятельности, включая возложение на одного из них координирующих функций;

в) координация управления и надзора за делами членов группы, в отношении которых открыты производства по делам о несостоятельности, в том числе вопросов, касающихся продолжения обычной коммерческой деятельности предприятия, привлечения финансирования после открытия производства, обеспечения сохранности активов, использования и реализации

⁴⁵ В дополнение к положениям, предусмотренным в законодательстве о несостоятельности в отношении сотрудничества и координации, суд, как правило, может указать конкретные меры, которые надлежит принять в этой связи в ходе управления производством.

активов, осуществления полномочий по расторжению сделок, [сношений с кредиторами и собраниями кредиторов,] представления и признания требований, в том числе внутригрупповых, и распределения средств среди кредиторов;

d) [координация разработки и согласования планов реорганизации] [разработка и согласование скоординированных планов реорганизации].

Ф. Реорганизация двух или более членов группы

146. Вопросы, связанные с подготовкой, представлением, содержанием, одобрением и осуществлением плана реорганизации, подробно рассмотрены в рекомендациях 139-159. Эти рекомендации в целом применимы и в контексте предпринимательских групп.

1. Скоординированные планы реорганизации

147. Связи с открытием реорганизационного производства в отношении двух или более членов предпринимательской группы, независимо от того, будет ли осуществляться процедурная координация такого производства, возникает вопрос, который нигде не рассмотрен в *Руководстве для законодательных органов*: допускается ли проводить реорганизацию должников по единому плану, охватывающему несколько членов группы, или по скоординированным и по сути одинаковым планам для каждого члена группы. Такие планы реорганизации позволяют обеспечить экономию в рамках всех производств по делам о несостоятельности группы, скоординировать подход к решению ее финансовых проблем и добиться максимального увеличения стоимости ее активов в интересах кредиторов. Хотя принятие единого плана реорганизации допускается законами о несостоятельности ряда стран, согласно одним из них применение такого подхода возможно только в случае процедурной координации или материальной консолидации производств, а согласно другим – только в тех случаях, когда возможна координация производств на добровольной основе.

148. С практической точки зрения, принятие единого плана реорганизации или скоординированных планов означает, что в рамках каждого производства, открытого в отношении охваченных планом членов группы, будет необходимо подготовить и утвердить один и тот же или аналогичные планы реорганизации. Вопрос об одобрении плана будет решаться отдельно каждым членом группы путем голосования его кредиторов в порядке, установленном для утверждения плана реорганизации отдельного должника; решать вопрос об утверждении плана на групповой основе и разрешать большинству кредиторов большинства членов группы одобрять план от имени всех членов группы было бы нецелесообразно. В процессе подготовки и согласования плана следует помнить о необходимости его одобрения всеми членами группы, в связи с чем в плане необходимо указать все преимущества, которые обеспечат его принятие, и всю информацию, необходимую для его одобрения. Эти вопросы рассмотрены в рекомендациях 143 и 144, касающихся содержания плана и сопроводительного заявления о раскрытии информации. Дополнительная информация, которую может потребоваться раскрыть в контексте

предпринимательской группы, включает сведения об операциях группы, связях между членами группы, положении в группе каждого ее члена, охваченного планом, и ее функционировании как таковой.

149. В таких плане или планах реорганизации необходимо учесть различные интересы разных групп кредиторов, при этом в определенных ситуациях может быть целесообразно предусмотреть разные нормы возмещения для кредиторов разных членов группы. Желательно также обеспечить надлежащий баланс прав разных групп кредиторов при утверждении плана, включая соответствующие требования в отношении большинства при принятии решений как кредиторами отдельно взятого члена группы, так и кредиторами разных ее членов. Необходимо также рассмотреть вопрос о классификации требований и категориях кредиторов, равно как и вопрос о порядке голосования кредиторов и утверждении плана, особенно если члены группы являются кредиторами друг у друга и, следовательно, "лицами, связанными с должником". При расчете необходимого большинства в контексте группы может потребоваться решить вопрос о том, как следует засчитывать голоса кредиторов, предъявляющих одни и те же требования разным членам группы, если эти требования имеют разный порядок очередности. Еще один вопрос, который следует рассмотреть, касается того, могут ли помешать утверждению плана возражения кредиторов одного или нескольких членов группы и каковы последствия таких возражений. Один из возможных подходов может состоять в том, чтобы решать этот вопрос на основе положений о порядке утверждения плана реорганизации отдельного должника. Другой подход может заключаться в том, чтобы установить иные требования в отношении большинства, чтобы облегчить утверждение плана в контексте группы. Можно также предусмотреть защитные оговорки, подобные тем, которые содержатся в рекомендации 152, дополнив их требованием о справедливости планов в том, что касается отношений между кредиторами разных членов группы.

150. В контексте группы к категории лиц, связанных с должником, относятся также лица, осуществляющие или осуществлявшие контроль над должником или материнской компанией, дочерним предприятием или филиалом должника (см. глоссарий, подп. "jj"). Вопрос об участии лиц, связанных с должником, в голосовании по утверждению плана реорганизации рассматривается выше (см. ч. 2, гл. IV, п. 46), при этом отмечается, что, хотя законы о несостоятельности некоторых стран так или иначе ограничивают права таких лиц на участие в голосовании, в законодательстве большинства стран этот вопрос не урегулирован. Следует, однако, отметить, что там, где законодательство о несостоятельности предусматривает подобные ограничения, они могут создавать проблемы для некоторых групп в тех случаях, когда все или почти все кредиторы конкретного члена группы являются связанными с ним лицами.

151. В законодательстве о несостоятельности можно также предусмотреть последствия неутверждения плана реорганизации, о которых говорится в рекомендации 158. Так, согласно одному из законов, неутверждение плана влечет за собой ликвидацию всех несостоятельных членов группы. Для тех случаев, когда в плане реорганизации добровольно участвуют платежеспособные члены группы, имеет смысл предусмотреть специальные положения, с тем чтобы не допустить возникновения необоснованных преимуществ или потерь в результате их ликвидации.

2. Включение платежеспособного члена группы в план реорганизации

152. В пунктах 11-15 выше рассматривается возможность включения в заявление об открытии производства платежеспособного члена группы. В этих пунктах отмечается, что, на первый взгляд, платежеспособный член может при более подробном рассмотрении отвечать стандарту открытия производства в связи с неизбежной несостоятельностью и, следовательно, подпадать под действие рекомендации 15 для целей открытия производства. Однако, если вопрос о неизбежной несостоятельности не стоит, то платежеспособный член группы, как правило, не может участвовать в плане реорганизации других членов группы, в отношении которых открыто производство согласно законодательству о несостоятельности. Однако при некоторых обстоятельствах то или иное добровольное участие платежеспособного члена в плане реорганизации может быть уместным и целесообразным. Такое участие платежеспособного члена группы нередко происходит на практике. Платежеспособный член группы может помочь реорганизации других членов предпринимательской группы и будет нести договорные обязательства по плану после его одобрения и утверждения, если необходимо. Решение платежеспособного члена группы об участии в плане реорганизации принимается в рамках обычной коммерческой деятельности и не требует согласия кредиторов, если только такое согласие не предусмотрено применимым законодательством, регулирующим деятельность компаний. В случае включения в план реорганизации платежеспособного члена группы необходимо проявлять осмотрительность при раскрытии информации о таком члене и его хозяйственной деятельности в прилагаемом к плану заявлении о раскрытии информации.

Рекомендации 237-238

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся планов реорганизации в контексте предпринимательской группы, заключается в следующем:

- a) облегчить скоординированную реорганизацию коммерческих предприятий членов предпринимательской группы в соответствии с законодательством о несостоятельности, с тем чтобы сохранить рабочие места и, если это уместно, защитить инвестиции;
- b) способствовать согласованию и выдвижению предложений о скоординированных планах реорганизации в рамках производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы.

Содержание законодательных положений

План реорганизации

237. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть возможность выдвижения предложений о скоординированных планах реорганизации в рамках производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы.

238. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что член предпринимательской группы, в отношении которого не открыто производство по делу о несостоятельности, может добровольно принять участие в плане реорганизации, предложенном для двух или более членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности.
