



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
8 January 2007

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Сороковая сессия

Вена, 25 июня - 12 июля 2007 года

Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее тридцать первой сессии (Вена, 11-15 декабря 2006 года)

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1-7	2
I. Обсуждения и решения	8	3
II. Рассмотрение режима корпоративных групп при несостоятельности	9-71	3
A. Введение	10-14	3
B. Внутренние вопросы	15-49	5
1. Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности	15-24	5
2. Последствия открытия производства	25-34	7
3. Реорганизация двух или более членов группы	35	10
4. Средства правовой защиты	36-47	10
5. Определение "внутренней корпоративной группы"	48-49	13
C. Международные вопросы	50-67	14
1. Центр основных интересов (ЦОИ)	50-54	14
2. Определение "международной корпоративной группы"	55-58	15
3. Средства правовой защиты	59-62	16
4. Финансирование после открытия производства	63-67	17
D. Масштабы будущей работы	68-71	18



Введение

1. На своей тридцать девятой сессии в 2006 году Комиссия приняла решение о том, что тема режима корпоративных групп при несостоятельности уже достаточно хорошо проработана и может быть передана на рассмотрение Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) в 2006 году и что Рабочей группе следует предоставить гибкий мандат на вынесение надлежащих рекомендаций Комиссии относительно объема ее будущей работы и той формы, в которой она будет проводиться, в зависимости от существа решений, предлагаемых для тех проблем, которые будут определены Рабочей группой в рамках этой темы.

2. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности), в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою тридцать первую сессию в Вене с 11 по 15 декабря 2006 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австралия, Алжир, Аргентина, Беларусь, Германия, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Канада, Китай, Колумбия, Литва, Мексика, Пакистан, Республика Корея, Российская Федерация, Сингапур, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Тунис, Турция, Уганда, Франция, Хорватия, Чешская Республика, Швейцария и Эквадор.

3. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих государств: Дания, Доминиканская Республика, Ирландия, Конго, Латвия, Ливийская Арабская Джамахирия, Малайзия, Нидерланды, Словакия и Филиппины.

4. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций:

a) организации системы Организации Объединенных Наций: Всемирный банк и Международный валютный фонд (МВФ);

b) межправительственные организации: Азиатский банк развития (АБР), Европейская комиссия (ЕК), Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР) и Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР);

c) международные неправительственные организации, приглашенные Рабочей группой: Американская ассоциация адвокатов (ААА), Американский фонд адвокатов (АФА), Аналитическая группа по вопросам несостоятельности и ее предотвращения (ГРИП 21), Международная ассоциация адвокатов (МАА), Международная ассоциация ИНСОЛ, Международная рабочая группа по европейскому законодательству о несостоятельности, Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Центр международных исследований в области права (ЦМИП).

5. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Визит Визитсора-Ат (Таиланд)

Докладчик: г-жа Ясна Гарашич (Хорватия)

6. На рассмотрение Рабочей группы были представлены следующие документы:

- a) аннотированная предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.V/WP.73);
- b) записка Секретариата о режиме корпоративных групп при несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.74 и Add.1 и 2).

7. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Рассмотрение режима корпоративных групп при несостоятельности
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

I. Обсуждения и решения

8. Рабочая группа начала обсуждение режима корпоративных групп при несостоятельности на основе документов A/CN.9/WG.V/WP.74 и Add.1 и 2 и других документов, ссылки на которые содержатся в них. Ход обсуждений и решения Рабочей группы по этой теме отражены в разделе II ниже.

II. Рассмотрение режима корпоративных групп при несостоятельности

9. В преддверии начала обсуждений в Рабочей группе было отмечено, что режим корпоративных групп при несостоятельности рассматривается в документах A/CN.9/WG.V/WP.74 и Add.1 и 2 на основе соответствующих рекомендаций, содержащихся в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (Руководство для законодательных органов), и соответствующих разделов Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (Типовой закон). Было высказано предположение о том, что эти тексты должны стать отправным пунктом для обсуждений Рабочей группы. Было также выражено мнение о том, что глоссарий, содержащийся в документе A/CN.9/WG.V/WP.74, может быть в будущем пересмотрен с учетом прогресса в ходе работы, с тем чтобы снабдить Рабочую группу унифицированной справочной терминологией.

A. Введение

10. Делегациям было предложено сообщить дополнительную информацию о режиме корпоративных групп при несостоятельности, которая может пополнить информацию, уже предоставленную в распоряжение Рабочей группы.

11. Было указано, что корпоративные группы могут обладать самой разнообразной структурной организацией, которая, в частности в случае транснациональных корпоративных групп, может быть весьма запутанной. Новые моменты, отмечавшиеся в последнее время, вызвали появление новых

усложняющих элементов, например, в случае особых форм внутригруппового контроля, таких как специальные целевые предприятия и совместные предприятия, а также в случае соглашений о временном контроле одной компании над другой. Было добавлено, что в контексте корпоративных групп все чаще осуществляются те виды коммерческой деятельности, на которые традиционно распространялись отдельные системы регулирования, такие как банковская деятельность и страховое дело, что добавляет дополнительный уровень сложности к соответствующим системам регулирования.

12. Было подтверждено, что, хотя большинство правовых систем отказались от разработки общего определения корпоративных групп, такое определение часто имеется для специальных целей, например для целей налоговых и бухгалтерских правил. В области несостоятельности преимущественно используется подход, предполагающий существование отдельных субъектов, однако при определенных условиях могут быть применены некоторые инструменты, приводящие к наложению перекрестной ответственности на компании, принадлежащие к одной и той же корпоративной группе.

13. Было отмечено, что в некоторых правовых системах, в которых в последнее время были проведены реформы или предприняты попытки реформ законодательства о несостоятельности в целях признания феномена корпоративных групп, встретились трудности в определении этого понятия, связанные с необходимостью добиться сбалансированности между обеспечением предсказуемости и прозрачности и учетом экономической реальности. Было высказано мнение, что ссылка на концепцию собственности, обычно с точки зрения процентной доли акций, принадлежащих материнской компании, позволит обеспечить более прочную основу для определения корпоративных групп. С другой стороны, ссылка на концепцию контроля, хотя она и основывается на менее объективных параметрах, создаст более значительные возможности для проявления гибкости при рассмотрении разнообразных экономических реалий, обусловленных операциями корпоративных групп.

14. Было высказано мнение о том, что корпорации служат достижению многих важных социальных, коммерческих и юридических целей. Так, функция ограниченной ответственности состоит, в частности, в том, чтобы способствовать привлечению капитала в коммерческих целях, предоставить кредиторам возможность полагаться на активы и пассивы корпоративного субъекта, с которым они ведут дела, а также создать атмосферу определенности в коммерческих отношениях. Было отмечено, что во многих государствах эти цели лежат в основе коммерческих и юридических принципов и что для любого вмешательства, воздействующего на доверие к этим принципам и обусловленные этим ожидания, требуются самые веские аргументы. Далее было высказано мнение о том, что обстоятельства, оправдывающие отход от этих принципов, возникают чрезвычайно редко.

В. Внутренние вопросы

1. Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности

15. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, каким образом положения Руководства для законодательных органов в отношении открытия производства по делам о несостоятельности могут применяться в контексте корпоративных групп, и о тех изменениях, если таковые потребуются, которые могут быть необходимыми в связи с применимым стандартом открытия производства, должниками, в отношении которых оно может быть открыто, и сторонами, которые могут подавать заявление об открытии производства.

16. В качестве отправного пункта Рабочая группа рассмотрела положение неплатежеспособной материнской компании и неплатежеспособного дочернего предприятия, а также вопрос о том, может ли заявление быть подано в отношении обоих таких должников, т.е. может ли оно быть "объединенным". Хотя были приведены примеры законов, разрешающих подачу такого заявления, общая практика состоит в том, что требуется параллельная подача заявлений, в ряде случаев одновременно, при том, что предусматриваются различные возможности совместного рассмотрения этих заявлений для административных целей.

17. Второй пример был связан с вопросом о том, может ли объединенное заявление быть представлено в отношении несостоятельной материнской компании и платежеспособного дочернего предприятия. Согласно некоторым законам, объединенное заявление может быть подано в отношении нескольких членов корпоративной группы в том случае, если несостоятельным является только один из членов группы при условии, что его несостоятельность может затронуть других членов группы; были приведены и другие примеры ситуаций, когда несостоятельность материнской компании может затронуть платежеспособное дочернее предприятие по причине их тесной экономической интеграции, переплетения их активов или оговоренной степени контроля или собственности. В другой высказанной точке зрения подчеркивалась необходимость защиты платежеспособных членов группы и обеспечения их жизнеспособности, независимо от несостоятельности материнской компании, а также необходимость защиты интересов кредиторов (включая внутригрупповых кредиторов), особенно кредиторов платежеспособных членов группы, и обеспечения предсказуемости для всех кредиторов членов группы в отношении открытия производства по делу о несостоятельности.

18. Было обращено внимание на рекомендации 15 и 16 Руководства для законодательных органов, в которых устанавливаются стандарты открытия производства применительно к заявлениям должника и кредитора, соответственно, и создается основа, на которой заявление может быть подано в отношении каждого члена группы, удовлетворяющего этому стандарту, включая неизбежное наступление несостоятельности в случае подачи заявления должником. Упоминание о должнике в рекомендации 15 может быть истолковано как охватывающее нескольких членов группы применительно к одному заявлению. В определенной степени рекомендация 15 может также охватывать пример несостоятельной материнской компании и платежеспособного дочернего предприятия, когда несостоятельность материнской компании затрагивает

финансовую стабильность дочернего предприятия и имеется вероятность наступления его несостоятельности после несостоятельности материнской компании (т.е. неизбежная несостоятельность). Было также высказано мнение о том, что, даже если некоторые члены группы и не будут охвачены заявлением должника согласно рекомендации 15, всегда будет существовать возможность того, что в их отношении впоследствии будет подано заявление кредиторами согласно рекомендации 16.

19. В то же время в связи со случаями, когда рекомендация 15 не применима одновременно к материнской компании и дочернему предприятию, было высказано мнение о целесообразности рассмотрения вопроса о том, имеется ли необходимость в установлении исключения, которое позволит включить платежеспособное дочернее предприятие в дело о несостоятельности материнской компании, и, если такое исключение предусмотреть следует, то на каком основании. Было высказано мнение, что положения рекомендации 15(a) являются достаточными и что требования в связи с заявлением об открытии производства по делу о несостоятельности должны быть распространены только на тех членов группы, которые могут удовлетворить критериям несостоятельности. Другая точка зрения состояла в том, что было бы целесообразно разработать общую концепцию несостоятельности групп, которая позволит принимать во внимание финансовое положение группы в целом и поможет устранить любые трудности, с которыми могут столкнуться кредиторы, ходатайствующие об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении различных членов группы. Еще одна точка зрения заключалась в том, что положений рекомендаций 15 недостаточно и что необходим более гибкий критерий для обеспечения своевременного открытия производства по делу о несостоятельности материнской компании, которым может быть при некоторых обстоятельствах охвачено платежеспособное дочернее предприятие.

20. Было высказано мнение, что в число этих обстоятельств могут входить указанные в пункте 12 документа A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 случаи, такие как наличие смешанных активов, единство группы как одного целого или согласие сторон. Было также высказано предположение о том, что применительно к заявлению, подаваемому должником, должник может быть в состоянии определить, какие из членов группы должны быть охвачены заявлением; подобные соображения будут неприменимыми в случае подачи заявления кредитором.

21. Было указано, что подход, примененный в Руководстве для законодательных органов к рассмотрению вопроса о заявлениях об открытии производства по делу о несостоятельности, подаваемых органами регулирования или другими правительственными органами, должен применяться также и в случае несостоятельности корпоративных групп.

22. Был задан вопрос о возможности такой ситуации, когда заявление об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении дочернего предприятия подает материнская компания.

23. Согласно общему мнению, это будет возможно в ряде случаев, например, в обстоятельствах, когда материнская компания и дочернее предприятие представлены одним и тем же лицом и когда материнская компания является кредитором дочернего предприятия и может в силу этого подать заявление в

этом качестве. Однако было высказано предположение о том, что для установления надлежащего режима корпоративных групп в рамках производства по делу о несостоятельности требуется дальнейшее рассмотрение этого вопроса. Было указано, что в условиях начала распада группы может оказаться невозможным отделить платежеспособных членов от неплатежеспособных, поскольку в большинстве случаев производством по делу о несостоятельности в конечном итоге будут охвачены все члены корпоративной группы. Кроме того, корпоративная группа может быть заинтересована в защите активов платежеспособных членов в контексте комплексного плана реорганизации. При рассмотрении ответа на заданный вопрос было далее предложено попытаться обеспечить тщательную сбалансированность между интересами различных участников ситуации, включая кредиторов платежеспособного члена и акционеров, не являющихся членами корпоративной группы.

24. Было высказано мнение о том, что потребуется, возможно, вынести различные рекомендации в отношении реорганизационных и ликвидационных процедур. В частности, будет, возможно, целесообразно признать желание материнской компании охватить комплексным планом реорганизации всех членов, входящих в группу. После обсуждения консенсуса по вопросу о необходимости предусмотреть исключение из действия рекомендаций 15 и 16 Руководства для законодательных органов, позволяющее материнской компании подавать заявление в отношении дочернего предприятия, достигнуто не было.

2. Последствия открытия производства

a) Назначение единого управляющего в деле о несостоятельности

25. Было высказано мнение, что назначение единого управляющего в деле о несостоятельности в рамках производства в отношении нескольких членов корпоративной группы было бы желательным, поскольку это поможет обеспечить координацию управлением различными членами, сократить связанные с производством расходы и облегчить сбор информации о корпоративной группе в целом. В то же время было отмечено, что назначение единого управляющего может вызвать коллизию интересов и что стремление упростить структуру управления должно реализовываться без ущерба для любых интересов, имеющих отношение к делу.

26. Общее мнение состояло в том, что в ряде случаев, особенно в контексте реорганизации корпоративной группы, назначение единого управляющего будет желательным, но что для случаев возможного возникновения коллизии интересов следует предусмотреть положение о назначении отдельных управляющих или соуправляющих для каждого члена группы.

b) Случаи, когда после открытия производства администрация продолжает выполнять свои функции

27. Было отмечено, что положения Руководства для законодательных органов, которые позволяют администрации предприятия продолжать выполнять свои функции после открытия производства по делу о несостоятельности, могут оказаться применимыми также и в случае несостоятельности корпоративных групп.

c) Применение моратория к платежеспособным членам корпоративной группы

28. Было высказано мнение, что рекомендации 39-51 Руководства для законодательных органов, касающиеся последствий открытия производства, в частности введения моратория, могут применяться и к случаю несостоятельности одного или нескольких членов корпоративной группы в отношении тех членов, против которых было открыто производство по делу о несостоятельности.

29. Был задан вопрос о возможности распространения применения этих рекомендаций на платежеспособных членов корпоративной группы в тех случаях, когда производством по делу о несостоятельности охвачены не все ее члены.

30. Было высказано мнение о том, что в некоторых правовых системах такое распространение, особенно применительно к последствиям моратория или приостановления, будет возможным и что эта возможность отражена в рекомендации 48 Руководства для законодательных органов. Хотя вопрос о защите кредиторов платежеспособных членов, возможно, следует рассмотреть дополнительно, было высказано мнение о том, что надлежащая защита этих кредиторов уже, возможно, предусматривается в соответствующих положениях Руководства для законодательных органов. В частности, было высказано предположение о том, что в подобных обстоятельствах – в той или иной мере, за пределами круга обеспеченных кредиторов – является, возможно, применимой рекомендация 51. Противоположная точка зрения состояла в том, что в других правовых системах распространение последствий моратория или приостановления на платежеспособных членов может не допускаться, поскольку в некоторых случаях это может вступить в коллизию с защитой прав собственности как на конституционном, так и на международном уровнях. В дополнение к этому было высказано мнение о том, что в некоторых правовых системах могут возникнуть трудности в связи с предоставлением таких направленных против платежеспособного члена мер защиты, предусмотренных применительно к несостоятельности, как мораторий или приостановление. В то же время последствия, аналогичные последствиям моратория, могут быть обеспечены в этих правовых системах с помощью ходатайства о принятии обеспечительных мер в связи с открытием производства по делу о несостоятельности в отношении других членов соответствующей корпоративной группы.

31. После обсуждения было достигнуто согласие с тем, что последствия моратория не должны автоматически распространяться на платежеспособных членов корпоративной группы. В то же время было также высказано мнение о том, что в определенных случаях, например, в целях защиты внутригрупповых гарантий, решение о таком распространении, оговоренном рядом конкретных условий, может быть вынесено по усмотрению судов.

d) Совместное управление

32. Рабочая группа рассмотрела возможность совместного управления производством, открытым в отношении одного или нескольких членов корпоративной группы. Хотя вопросы о юрисдикции обычно решаются с помощью отсылки к месту нахождения каждого члена группы, в ряде правовых

систем совместное управление является на практике возможным для целей облегчения управления и повышения его эффективности. Были рассмотрены некоторые из проблем, которые могут возникнуть в связи с совместным управлением, и было указано, например, что даже в национальном контексте могут возникнуть вопросы в случаях, когда материнская компания и дочернее предприятие расположены в разных местах и рассматривать соответствующие заявления об открытии производства по делу о несостоятельности компетентны разные суды. Кредиторы различных членов группы могут также находиться в разных местах, что ставит вопросы об их представительстве и о местонахождении комитетов кредиторов. В ряде государств производство по различным делам может быть объединено или передано в соответствующий суд. В одном из приведенных примеров соответствующим судом может быть суд, компетентный управлять производством по делу о несостоятельности в отношении материнской компании группы.

e) Использование и реализация активов

33. Был задан вопрос о том, могут ли активы платежеспособного члена группы быть использованы для финансирования продолжающихся операций несостоятельного члена до завершения производства по делу о несостоятельности. Было обращено внимание на рекомендацию 54 Руководства для законодательных органов, в которой рассматривается вопрос об использовании принадлежащих третьей стороне активов, находящихся во владении должника. Было высказано мнение, что, хотя эта рекомендация может охватить некоторые аспекты, связанные с использованием активов одного члена группы другим членом, эта проблема в контексте группы потенциально является более широкой и будет, по всей вероятности, включать вопрос об использовании активов, не находящихся во владении должника. Была высказана общая точка зрения о том, что подобное использование активов можно поддерживать только в том случае, если владелец активов – платежеспособный член группы – может быть охвачен производством по делу о несостоятельности. Такая поддержка может привести к постановке вопросов о расторжении сделок, особенно в том случае, если поддерживающий член впоследствии становится несостоятельным, что также является предметом обеспокоенности кредиторов поддерживающего члена группы.

f) Финансирование после открытия производства

34. Вопрос, заданный применительно к финансированию после открытия производства, был связан с вопросом об использовании и реализации активов: могут ли активы платежеспособного члена группы быть использованы для привлечения финансирования из внешнего источника в интересах несостоятельного члена или для прямого финансирования несостоятельного члена и, если это так, какими будут последствия для рекомендаций Руководства для законодательных органов относительно приоритета и обеспечения. Например, будет ли платежеспособное дочернее предприятие иметь право на приоритет согласно рекомендации 64, если оно предоставит финансирование своей несостоятельной материнской компании, или же эта сделка будет подлежать субординации в качестве внутригруппового кредитования? Было отмечено, что финансирование после открытия производства, играющее важную роль в контексте производства в отношении отдельных предприятий, как это

отмечается в Руководстве для законодательных органов, имеет еще более важное значение в контексте групп: если не будет поступления средств на постоянной основе, то перспективы реорганизации неплатежеспособной группы весьма невелики. Невзирая на важность этого аспекта, было высказано мнение, что использование активов группы для привлечения финансирования является возможным в тех случаях, когда все члены группы являются несостоятельными; этот вопрос будет охватываться рекомендациями Руководства для законодательных органов. В то же время было высказано предположение о том, что трудности возникают в случае, когда активы платежеспособного члена используются для финансирования несостоятельного члена или в качестве основы для привлечения внешнего финансирования. Общее мнение заключалось в том, что такой порядок допускаться не должен, хотя и было признано, что могут существовать ситуации, когда такое финансирование может быть предоставлено с согласия кредиторов платежеспособного члена группы.

3. Реорганизация двух или более членов группы

35. Рабочая группа рассмотрела вопрос о возможности реорганизации неплатежеспособной группы на основе единого плана. Хотя действующие в ряде стран законы о несостоятельности разрешают согласование единого плана, в других правовых системах это является возможным только на практике, если имеется возможность для координации производства по различным делам о несостоятельности в отношении членов группы. Согласно другому подходу согласование единого плана возможно через процедурную координацию производства по всем делам в отношении членов группы. Было отмечено, что осуществление соответствующих процедур на основании единого плана может потенциально обеспечить экономию в производстве по всем делам о несостоятельности группы. Что касается голосования по плану и его одобрения, то используются различные подходы. Согласно одному из них различные интересы членов корпоративной группы и их кредиторов могут быть сгруппированы по категориям, и требования к голосованию с точки зрения большинства в рамках отдельных категорий и применительно ко всем категориям будут оставаться такими же, как и при процедурах одобрения плана применительно к одному должнику. Согласно другому подходу предусматривается единый план с различными требованиями к большинству голосов, направленными на облегчение одобрения плана. Последствия неодобрения такого единого плана будут состоять в ликвидации всех несостоятельных членов группы, охваченных планом. После обсуждения было достигнуто согласие о целесообразности разрешения согласовывать единые планы реорганизации с учетом тех же требований к одобрению и тех же мер защиты, что и те, которые предусмотрены в Руководстве для законодательных органов.

4. Средства правовой защиты

а) Консолидация

36. Рабочая группа отметила, что средства правовой защиты, рассмотренные в пунктах 24-45 документа A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1 (распространение ответственности, приказы о долевом участии и материальная консолидация или объединение), могут быть в основном подразделены на те, которые требуют

установления вины, и те, которые основываются на установлении определенных фактов в отношении операций корпоративной группы. Было высказано мнение о том, что на случай неправомерных действий администрации должника могут существовать другие, более уместные средства правовой защиты, включая отстранение администрации или разрешение кредиторам, а не должнику, подготовить план реорганизации.

37. Было отмечено, что средства правовой защиты, обсужденные в пунктах 24-45, предусмотрены только для ограниченного круга обстоятельств и используются редко, поскольку они связаны с потенциальным риском нанесения ущерба некоторым основополагающим принципам, касающимся понятия корпоративного предприятия, т.е. принципам ограниченной ответственности и способности кредиторов полагаться на существование корпоративного предприятия (и права, обязанности и обязательства, связанные с этим понятием). Было высказано мнение о том, что Рабочей группе не следует пытаться установить стандарт, определяющий случаи отхода от этих основополагающих принципов, поскольку основания для такого отхода, если таковые вообще могут быть предусмотрены, будут в огромной степени связаны с конкретными обстоятельствами соответствующих дел и будут в значительной степени зависеть от правовых традиций и правовых систем. Было добавлено, увеличение сумм возмещения для определенных кредиторов само по себе не является достаточным основанием для отхода от этих основополагающих принципов. Согласно высказанному предположению, к ситуациям, в которых применение таких средств правовой защиты может быть уместным, относятся случаи, когда активы настолько переплетены, что невозможно отследить права собственности на отдельные активы, и когда консолидация будет отвечать интересам всех кредиторов, а также случаи, когда кредиторы относились к членам корпоративной группы как к единому экономическому образованию и при предоставлении кредита не исходили из того факта, что они являются отдельными юридическими лицами. В то время как те законы о несостоятельности, которые включают положение о консолидации, исходят из судебной оценки наличия соответствующих условий, согласно другому подходу управляющему в деле о несостоятельности разрешается проводить консолидацию в случае, когда соблюдены некоторые требования и когда согласие на консолидацию дают все кредиторы.

38. В порядке поддержки консолидации было отмечено, что, поскольку внутригрупповые коммерческие операции все чаще становятся нормой, консолидация может позволить управляющему в деле о несостоятельности сконцентрировать внимание на внешних долгах группы, поскольку внутригрупповая задолженность в результате консолидации исчезнет.

39. Аспекты, связанные с масштабами консолидации, были обсуждены применительно к вопросу о том, может ли приказ о консолидации охватывать как несостоятельных, так и платежеспособных членов группы. Хотя это средство правовой защиты используется, как правило, в контексте членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, было отмечено, что согласно законам некоторых стран консолидация может охватывать и платежеспособных членов (пункт 35 документа A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.1). Было высказано предположение, что консолидация может быть уместна и в ряде других дополнительных ситуаций,

включая случаи, когда консолидация применительно к членам группы может привести к увеличению стоимости, возвращаемой кредиторам, будь то в силу структурных отношений между членами и порядка, в котором они осуществляют коммерческие и финансовые операции между собой, будь то в результате стоимости активов, являющихся общими для всей группы, таких как интеллектуальная собственность в производственном процессе, в котором участвуют многочисленные члены группы, и в продукте этого процесса. Такой подход может послужить целям консолидации в качестве инструмента увеличения общей суммы распределения среди кредиторов. В ответ было указано, что материальная консолидация редко приводит к увеличению суммы возмещения для всех кредиторов: она, скорее, затрагивает уровни возмещения за счет сокращения сумм, причитающихся некоторым кредиторам, и увеличения сумм, причитающихся другим. Единственной ситуацией, при которой материальная консолидация может привести к увеличению возмещения для всех кредиторов, является случай, когда невозможно отследить права собственности на отдельные активы в рамках группы. Еще одна подобная ситуация может возникать в том случае, когда члены группы на самом деле никоим образом не разделены между собой, а групповая структура сохраняется исключительно в нечестных или мошеннических целях.

40. Было также высказано мнение о возможности обеспечения консолидации на основании соглашения через план реорганизации. Некоторые законы позволяют включать в план предложения о консолидации должника с другими членами группы, как несостоятельными, так и платежеспособными, что может быть осуществлено в случае одобрения плана кредиторами. Такой же результат на практике может быть получен и в других правовых системах, в которых не имеется строгих требований относительно плана, хотя и было отмечено, что в тех случаях, когда в такой предложенный план включается платежеспособный член группы, могут возникнуть проблемы.

41. В качестве следующего вопроса для рассмотрения был предложен вопрос о том подходе, который должен быть применен к обеспеченным и приоритетным кредиторам при консолидации, в частности, в случаях, когда приоритетные кредиторы одного из членов группы (например, рабочие и служащие) будут взаимодействовать в ходе консолидации с обеспеченными кредиторами другого члена группы. Одно из предложенных решений состояло в том, чтобы исключить внешних обеспеченных кредиторов из процесса консолидации и аннулировать интересы обеспеченных кредиторов, являющихся для группы внутренними. Рассмотреть также следует и вопрос о сроках, поскольку консолидация может быть проведена на раннем этапе производства или впоследствии, когда выяснится, что подобный порядок действий увеличит стоимость, которая будет распределена среди кредиторов.

42. Применительно к тем случаям, когда решения о консолидации должны выноситься судами, было достигнуто согласие о необходимости в четких критериях, на основании которых судьи смогут оценивать соответствующие вопросы.

b) Расторжение сделок

43. Было напомнено, что в Руководство для законодательных органов включен ряд рекомендаций относительно расторжения сделок, включая рекомендации 90

и 91, касающиеся сделок с "лицами, связанными с должником". В Руководстве для законодательных органов имеется определение термина "лица, связанные с должником", который может включать членов корпоративной группы. В то же время было указано, что, поскольку в рекомендации 90 речь идет только о продолжительности подозрительного периода применительно к сделкам с лицами, связанными с должником, могут потребоваться дополнительные положения в отношении подобных сделок в контексте корпоративной группы.

44. Было отмечено, что в ряде национальных законодательных актов устанавливается опровержимая презумпция того, что сделки между членами корпоративной группы и между этими членами и акционерами этой корпоративной группы могут наносить ущерб интересам кредиторов и в силу этого могут быть расторгнуты. В то же время было указано, что некоторые подобные сделки могут заключаться в законных целях и что режим расторжения не должен распространяться на них автоматически. Было добавлено, что широкое применение расторжения сделок может воспрепятствовать доступу к финансированию в контексте реорганизации.

45. Было также предложено более подробно рассмотреть связь между расторжением внутригрупповых сделок, материальной консолидацией и возможностью решения вопросов, связанных с внутригрупповыми сделками, единым управляющим, а также между расторжением сделок и субординацией.

с) Субординация

46. Было отмечено, что при некоторых обстоятельствах наличие особых отношений между предприятием, в отношении которого ведется производство по делу о несостоятельности, и каким-либо кредитором может привести к субординации требования этого кредитора по отношению к требованиям других кредиторов. Было высказано предположение о том, что особые отношения могут также существовать между членами одной корпоративной группы, что приведет к возможности субординации внутригрупповых кредитов.

47. В ответ было отмечено, что автоматическая субординация внутригрупповых кредитов может быть расценена как штрафная мера и может привести к несправедливым результатам, поскольку многие внутригрупповые сделки заключаются в законных целях. В конечном итоге это может также нанести ущерб кредиторам членов группы, имеющих субординированные кредиты. В этой связи было высказано мнение о том, что целесообразность координации в качестве защитной меры может быть различной в случае ликвидации и в случае реорганизации.

5. Определение "внутренней корпоративной группы"

48. Завершив обсуждение средств правовой защиты, Рабочая группа рассмотрела возможное определение или описание термина "корпоративная группа" на основе материалов, включенных в глоссарий в документе A/CN.9/WG.V/WP.74.

49. Было выражено согласие с тем, что, хотя подготовка определения, которое можно было бы использовать как для целей несостоятельности, так и для других целей, может оказаться затруднительной, важно тем не менее добиться общего понимания возможных признаков, идентифицирующих "корпоративную

группу". Было указано, что решения относительно режима корпоративных групп при несостоятельности не могут быть выработаны посредством подготовки определения и что наличие определения само по себе не может приводить к юридическим последствиям. Было высказано мнение о том, что рабочее определение должно быть достаточно широким для охвата различных видов корпоративных групп, являющихся общими для различных стран и регионов, таких как корпоративные группы, контролируемые семьями, а также таких не являющихся самостоятельными юридическими лицами предприятий, которые часто являются членами группы. Одно из предложений состояло в том, чтобы под корпоративной группой понимался ряд предприятий, связанных общими или взаимопереплетающимися холдинговыми отношениями или объединенных контролем или способностью осуществлять контроль, при том что эти предприятия необязательно должны иметь статус самостоятельных юридических лиц и что понятие способности осуществлять контроль может охватывать те корпоративные группы, в основе которых лежит договорный механизм. Это предложение получило общую поддержку.

С. Международные вопросы

1. Центр основных интересов (ЦОИ)

50. Рабочая группа рассмотрела концепцию ЦОИ и вопрос о возможной разработке критериев, дополняющих презумпции, которые содержатся в статье 16 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Было отмечено, что в тех правовых системах, в которых используется концепция ЦОИ, будь то согласно Правилам ЕС о производстве по делам о несостоятельности, будь то в соответствии с Типовым законом, эта концепция продолжает развиваться, и был определен ряд факторов, достаточных для опровержения презумпции зарегистрированной конторы. К числу таких факторов относятся местонахождение центров производства, а также управления и контроля, банковских счетов и оказания бухгалтерских услуг, а также место, в котором осуществляются конструкторские работы, маркетинг и другие виды экономической деятельности.

51. Было отмечено, что ни Правила ЕС, ни Типовой закон не рассматривают концепцию ЦОИ с точки зрения корпоративных групп. На практике ЦОИ применительно к каждому члену корпоративной группы могут быть расположены в различных правовых системах, в результате чего производство должно возбуждаться в каждой правовой системе на основе различных упомянутых выше факторов. Было указано, что в случаях, когда ЦОИ ряда членов корпоративной группы находится в пределах одной правовой системы, существует потенциальный риск того, что кредиторы, включая рабочих и служащих, находящиеся в других правовых системах по отношению к правовой системе ЦОИ, будут поставлены в неблагоприятное положение, например в том, что касается подачи требований и участия в слушаниях. Было также указано, что возможность определить ЦОИ членов корпоративной группы до открытия производства по делу о несостоятельности будет существовать не во всех случаях.

52. Хотя обсуждение велось на основе практического опыта применения Типового закона и Правил ЕС, было высказано мнение о том, что в вопросе о ЦОИ в контексте групп следует использовать более широкий подход, поскольку эти тексты применяются не универсально. Определенная поддержка была выражена разработке концепции "ЦОИ группы", которая позволит проводить производство, охватывающее всех несостоятельных членов группы, в одной правовой системе. Другое предложение состояло в том, что в концепцию "ЦОИ группы" могут быть включены понятия центра основных интересов, учреждения и присутствия активов, а также могут быть учтены связи кредиторов и вопросы контроля.

53. Были заданы вопросы о том, возможна ли разработка определения такой концепции или каким образом может быть обеспечено его признание и применение на универсальной основе. Было указано, что в большинстве правовых систем устанавливаются критерии или коллизионные привязки, которые дают должнику возможность ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности в конкретной правовой системе. Было напомнено, что эти факторы рассматривались в контексте Руководства для законодательных органов (часть вторая, глава первая, пункты 12-19). Даже если один из судов придет к мнению, что ЦОИ корпоративной группы находится в пределах его юрисдикции и что он может, в силу этого, заслушивать ходатайства в отношении других членов этой группы, другие суды необязательно согласятся с этим решением в отсутствие прямо прописанного обязательства сделать это. Кроме того, различные мнения могут быть высказаны в отношении включения того или иного предприятия в корпоративную группу, особенно международную корпоративную группу; например, некоторые суды могут рассматривать такое предприятие в качестве дочернего предприятия, а другие – в качестве национальной компании, невзирая на связь такого предприятия с членами группы, расположенными в ином месте.

54. Трудности достижения согласия относительно определения являются аргументом в пользу необходимости концентрации внимания на вопросах содействия координации и сотрудничеству между различными судами, в которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности в отношении различных членов корпоративной группы, при том что следует признать желательность избегать множественности производств в контексте корпоративных групп.

2. Определение "международной корпоративной группы"

55. Рабочая группа рассмотрела вопрос о возможном определении международной корпоративной группы и тех характеристиках, которые будут отличать ее от национальной корпоративной группы (см. выше, пункты 48-49). Было указано, что подготовка определения, в центре внимания которого находились бы общие характеристики и которое получило бы международную поддержку, является весьма желательной.

56. Одно из предложений состояло в том, чтобы понимать под международной корпоративной группой объединение компаний, на которые распространяется законодательство различных стран, которые связаны капиталом или контролем и которые организованы скоординированным образом. С тем чтобы из определения такой группы не исключались субъекты, не имеющие статуса

юридического лица, и, возможно, физические лица, было предложено заменить термин "компания" термином "предприятия", как это уже предлагалось в ходе обсуждения данного вопроса во внутреннем контексте. Еще одно предложение заключалось в добавлении ссылок на те виды связей, которые могут существовать между членами корпоративной группы, например, на совместное владение активами, совместное управление и контроль или способность контролировать интересы одного или нескольких членов группы путем принятия обязательных решений в отношении их финансовой и экономической деятельности.

57. Было предложено более четко описать международный характер группы. Должно требоваться не просто наличие контор членов группы в различных правовых системах, но и проведение экономической деятельности или присутствие активов, достаточных для установления юрисдикции для цели открытия производства по делу о несостоятельности в пределах этих различных правовых систем.

58. После обсуждения к Секретариату была обращена просьба подготовить возможное определение понятия "международная корпоративная группа" с учетом различных высказанных замечаний.

3. Средства правовой защиты

а) Совместное управление

59. Одно из высказанных мнений состояло в том, что для обеспечения возможности совместного управления деятельностью членов корпоративной группы, что будет способствовать своевременной реорганизации, увеличению сумм, возвращаемых кредиторам, и минимизации затрат, совместное управление в международном контексте имеет столь же существенно важное значение, что и во внутреннем. При этом было, однако, указано, что в то время как во внутреннем контексте могут существовать процедуры, которые позволят объединить производство, начатое в различных правовых системах, подобных процедур на международном уровне, как правило, не имеется. На этом уровне производство, начатое в различных правовых системах, будет связано с самыми различными активами, кредиторами, законами, приоритетами и т.д. Дополнительные вопросы возникают в связи с выбором правовой системы, откуда должно осуществляться совместное управление, режимом, который может быть применен к платежеспособным членам группы в различных правовых системах, и способностью управляющего в деле о несостоятельности действовать в пределах различных правовых систем, особенно в тех из них, в которых такие управляющие не отвечают квалификационным требованиям, предусмотренным соответствующим законодательством.

60. Было признано, что в ряде ситуаций для решения некоторых из этих трудностей может существовать необходимость в проведении параллельного производства по различным делам, хотя в целом в целях содействия координации и сотрудничеству множественности производств следует избегать. Принятие Типового закона позволит обеспечить наличие местных норм, необходимых для реализации такого сотрудничества. Определенное согласие было выражено с точкой зрения о том, что, хотя практику совместного управления рекомендовать и следует, выработка дальнейших предложений о

порядке осуществления такого управления на нынешнем этапе обсуждения может оказаться невозможной.

b) Консолидация

61. Было отмечено, что, хотя в контексте трансграничной несостоятельности консолидация производства по делам о несостоятельности может принести свои выгоды, международный аспект обуславливает дополнительную сложность, например в том, что касается необходимости в принятии критериев для пересчета валют, а это может свидетельствовать в пользу необходимости установления даже более высокого порогового предела, чем в случае внутреннего производства. Другие вопросы, которые могут создать трудности, связаны с различными процедурами распределения и признания требований, а также с различиями, которые могут быть обусловлены территориальными подходами к несостоятельности в сравнении с универсальными подходами.

62. Было отмечено, что консолидация в трансграничном контексте может потребовать унификации режима обеспечительных интересов в различных правовых системах, между которыми существуют значительные расхождения, вплоть до того, что некоторые обеспечительные интересы могут даже не иметь эквивалента в других правовых системах.

4. Финансирование после открытия производства

63. Была высказана общая точка зрения о том, что доступ к финансированию после открытия производства является ключом к успешной реорганизации и что такой доступ будет возможен только в случаях, когда кредитор получает надлежащие гарантии возвращения своего капитала. Было добавлено, что эти гарантии могут не предусматриваться в ряде правовых систем, в которых основное внимание уделяется защите обеспечительных интересов, созданных до открытия производства, а также в других правовых системах, в которых отсутствует коммерческая база для поддержки финансирования после открытия производства, что препятствует реорганизации входящих в корпоративную группу членов, которые расположены в этих правовых системах.

64. Была выражена обеспокоенность относительно возможности включения в некоторые правовые системы концепции высочайшей всеобъемлющей очередности обеспечительных интересов в пользу лиц, предоставляющих финансирование после открытия производства, которая иногда называется "суперприоритетом". В этой связи было добавлено, что могут возникнуть трудности в тех случаях, когда ходатайство о принудительной реализации плана реорганизации, предусматривающего такой "суперприоритет", будут подаваться в иные суды, чем суды той правовой системы, в которой был одобрен план, и особенно в случаях, когда изменения в порядке очередности обеспечительных интересов будут затрагивать активы, принадлежащие платежеспособным членам корпоративной группы. В этом контексте было отмечено, что предоставление надлежащей защиты интересам кредитора платежеспособного дочернего предприятия, а также недопущение эксплуатации платежеспособного дочернего предприятия исключительно в интересах несостоятельной материнской компании будут также являться желаемыми целями.

65. Было высказано предположение о том, что некоторые из этих вызывающих беспокойство моментов могут быть урегулированы с помощью использования протоколов, при условии согласия всех заинтересованных судов. В ответ было указано, что, хотя с помощью такого подхода может быть обеспечено надлежащее представительство всех заинтересованных сторон, он может быть связан с чрезвычайными затратами времени, особенно с учетом жестких сроков, диктуемых финансовыми потребностями несостоятельной корпоративной группы.

66. В качестве альтернативы было предложено поискать решение на основе определенных процедур, применяемых к трансграничному слиянию компаний. Это позволит судам, обладающим юрисдикцией в отношении соответствующих активов, принять решение на основе сбалансированного учета различных затрагиваемых интересов и потребовать предоставления надлежащих гарантий для обеспечения надлежащей сбалансированности.

67. Рабочая группа пришла к выводу о том, что было бы желательно продолжить обсуждение этого вопроса и что такое обсуждение может проходить на основе рекомендаций 63-68 Руководства для законодательных органов и их применения в международном контексте корпоративных групп.

D. Масштабы будущей работы

68. Секретариат проинформировал Рабочую группу о ходе работы в связи с вопросом об использовании протоколов при трансграничной несостоятельности и подготовкой доклада по этой теме для рассмотрения Комиссией на ее сороковой сессии в 2007 году.

69. Было выражено согласие с тем, что обсуждение режима корпоративных групп при несостоятельности, проводимое в настоящее время Рабочей группой, указывает на необходимость в дальнейшей работе. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности создают хорошую основу для унификации законодательства о несостоятельности, и в ходе любой будущей работы необходимо сохранять целостность этих текстов. Таким образом, проводимая в настоящее время работа направлена на дополнение этих текстов, а не на их замену.

70. Было высказано предположение о том, что метод работы мог бы заключаться в рассмотрении тех содержащихся в действующих текстах положений, которые могут иметь отношение к контексту корпоративных групп, и в выявлении тех вопросов, которые требуют дополнительного обсуждения и подготовки дополнительных рекомендаций. Другие вопросы, хотя и имеющие отношение к корпоративным группам, могут рассматриваться таким же образом, что и в Руководстве для законодательных органов и в Типовом законе. Результаты такой работы могут принять форму рекомендаций по законодательным вопросам, сопровождаемым обсуждением основополагающих принципиальных соображений.

71. С учетом решения, принятого Комиссией на ее последней сессии (A/61/17, пункт 209 (b)), было достигнуто согласие о том, что Рабочая группа, действуя в рамках предоставленного мандата, будет проявлять гибкость в вопросе о

способе, с помощью которого будет проводиться работа по вопросам о финансировании после открытия производства как на внутреннем, так и на международном уровне.
