



# Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited  
4 September 2008

Russian  
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций  
по праву международной торговли**  
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)  
Тридцать пятая сессия  
Вена, 17-21 ноября 2008 года

## Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

### Часть три: Режим предпринимательских групп при несостоятельности

Записка Секретариата

#### Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
V. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности . . . . .	1-44	2
A. Защита и сохранение имущественной массы в делах о несостоятельности . . . . .	2-9	2
B. Использование и реализация активов . . . . .	10-12	4
C. Финансирование после открытия производства . . . . .	13-29	5
1. Предоставление финансирования после открытия производства платежеспособным членом группы . . . . .	16-19	6
2. Предоставление финансирования после открытия производства неплатежеспособным членом группы . . . . .	20-29	7
D. Процедуры расторжения сделок . . . . .	30-35	12
E. Субординация . . . . .	36-44	16
1. Требования лиц, связанных с должником . . . . .	37-41	16
2. Режим в отношении акционерного капитала . . . . .	42-44	17



## **V. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности**

1. В *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* подробно рассматриваются возможные последствия, которые повлечет за собой открытие производства по делу о несостоятельности для должника и его активов (см. часть два, глава I). В целом об этих последствиях в равной степени можно говорить и в случае открытия производства по делу о несостоятельности в отношении двух или нескольких 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 открытия производства; расторжению; субординации; и средствам правовой защиты, включая приказы о материальной консолидации.

### **A. Защита и сохранение имущественной массы в делах о несостоятельности**

2. Как отмечается в *Руководстве для законодательных органов* (см. часть два, глава II, пункт 26), во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает создание предназначенного для защиты стоимости имущественной массы механизма, который не только препятствует кредиторам возбуждать действия по принудительной реализации своих прав с помощью имеющихся средств правовой защиты в течение всего или части срока проведения процедур несостоятельности, но и приостанавливает уже предпринимаемые действия в отношении должника. Положения *Руководства*, касающиеся применения этого механизма, называемого "мораторием", рассчитаны на применение в основном при производстве по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы (см. рекомендации 39-51).

3. 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 по причине 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, а действия, затрагивающие активы платежеспособных членов группы, могут затрагивать также активы и пассивы или способность к дальнейшему ведению обычных коммерческих операций всех членов группы, против которых поданы заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или уже открыто такое производство.

4. Распространение действия моратория может запрашиваться в целом ряде ситуаций, например для защиты внутригрупповой гарантии, обеспеченной активами выдавшего ее платежеспособного члена группы; для сдерживания кредитора, добивающегося от платежеспособного члена группы исполнения условий договора, если это принудительное исполнение может отразиться на обязательствах ее другого члена, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности; сдерживания принудительной реализации обеспечительного интереса в активах платежеспособного субъекта, которые являются важными для всей 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 отразиться на коммерческой деятельности платежеспособного члена группы и на интересах его кредиторов, в зависимости от того, что собой представляет данный платежеспособный субъект и каковы его функции в составе группы. Так, для повседневных операций члена торгового объединения негативные последствия могут быть более серьезными, чем для деятельности дочерней компании, учрежденной в качестве держателя тех или иных активов или обязательств.

5. В некоторых правовых системах возможность вынесения постановления о мерах защиты в связи с несостоятельностью, направленных против платежеспособного члена группы (не включенного в производство по делу о несостоятельности), может отсутствовать, так как подобные меры могут вступать в коллизию с защитой 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 подходящими.

6. На такие меры может распространяться рекомендация 48 *Руководства для законодательных органов*, согласно которой суд может вынести решение о других мерах защиты в дополнение к мерам, которые могут применяться автоматически при открытии производства по делу о несостоятельности (например, к тем, о которых говорится в рекомендации 46). Как указано в примечании 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.

7. Меры могут также приниматься на временной основе. В рекомендации 39 *Руководства для законодательных органов* 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".

8. Меры для защиты интересов как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов платежеспособного члена группы можно найти в соответствующих положениях *Руководства для законодательных органов*; в рекомендации 51, например, непосредственно рассматривается вопрос о защите обеспеченных кредиторов и о том, на каких основаниях защита от моратория, примененного при открытии производства, может быть распространена 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 потенциально для его платежеспособности.

9. В случаях, когда обеспеченным кредитором одновременно является другой член той же предпринимательской группы, может потребоваться иной подход к вопросу о защите, особенно если законодательство о несостоятельности допускает консолидацию или субординацию требований лиц, связанных с должником (см. ниже).

## **В. Использование и реализация активов**

10. В *Руководстве для законодательных органов* отмечается (см. часть два, глава II, пункт 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.

11. 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 *Руководства для законодательных органов*, в которой говорится об использовании активов третьих сторон, находящихся во владении должника.

12. Когда такие активы не находятся во владении кого-либо из несостоятельных членов группы, рекомендация 54 обычно не применяется. Однако возможны ситуации, когда платежеспособный член группы включается в производство по делу о несостоятельности и соответствующие активы подпадают под действие группового плана реорганизации. Если платежеспособный член группы в производство не включен, вопрос будет заключаться в том, можно ли использовать такие активы для поддержки несостоятельных членов группы, 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.

### **С. Финансирование после открытия производства**

13. В *Руководстве для законодательных органов* 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 в *Руководстве* 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, рассматривающих финансирование после открытия производства, данный вопрос не рассматривается конкретно в непосредственной связи с предпринимательскими группами.

14. Рекомендации 63-68 *Руководства для законодательных органов* нацелены на содействие обеспечению доступности финансирования в целях продолжения работы или выживания предприятия-должника и предусматривают соответствующую защиту лиц, которые предоставляют финансирование после открытия производства, а также соответствующую защиту тех сторон, права которых могут быть затронуты вследствие предоставления финансирования после открытия производства.

15. Финансирование после открытия производства может играть еще более важную роль в условиях групп, нежели в условиях производства 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 и экономический эффект в таком случае, по-видимому, будет значительно больше, особенно в условиях крупных групп, чем он был бы в случае отдельных должником. Поэтому причины содействия привлечению финансирования после открытия производства в контексте группы схожи со случаем индивидуального дебитора, хотя, по всей видимости, возникнет целый ряд вопросов, отличающихся от вопросов, возникающих в связи с индивидуальным должником. Они могут включать: сбалансирование интересов отдельных членов предпринимательской группы с потребностями в реорганизации группы в целом; предоставление финансирования после открытия производства платежеспособными членами группы, особенно в случаях, когда могут возникнуть вопросы контроля, если этот платежеспособный член контролируется неплатежеспособной материнской компанией группы; режим сделок, которые главным образом заключаются между связанными с должником сторонами (см. глоссарий, пункт (jj)); предоставление

финансирования несостоятельными членами группы; возможность коллизии интересов между потребностями различных дебиторов в отношении текущего финансирования, если назначен единый управляющий по делу о несостоятельности в отношении нескольких членов группы; и 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.

#### **1. Предоставление финансирования после открытия производства платежеспособным членом группы**

16. Как отмечено ниже, один из вопросов, касающихся финансирования после открытия производства в контексте предпринимательской группы, состоит в том, можно ли использовать активы платежеспособного члена группы, например, путем предоставления обеспечительного интереса или гарантии для привлечения финансирования из внешнего источника в интересах несостоятельного члена или для прямого финансирования несостоятельного члена, и если да, каковы будут последствия для рекомендаций *Руководства для законодательных органов* относительно 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. В предоставлении гарантии или обеспечительного интереса могут участвовать платежеспособные субъекты различных типов, например, специальные целевые предприятия с небольшим объемом обязательств, располагающие ценными активами.

17. Однако использование активов платежеспособного члена группы в качестве основы для привлечения финансирования в интересах неплатежеспособного члена ставит ряд вопросов, особенно если этот платежеспособный член может стать или впоследствии становится неплатежеспособным. Хотя платежеспособное предприятие предоставляет это финансирование по своей собственной воле в соответствии с надлежащим законодательством компании в коммерческом контексте, а не в соответствии с законодательством о несостоятельности, последствия этого предоставления финансирования могут регулироваться законодательством о несостоятельности. Например, может возникнуть вопрос о том, будет ли платежеспособный член группы из дочернего предприятия иметь право на приоритет, предоставляемый в соответствии с рекомендацией 64 *Руководства для законодательных органов*, если он предоставляет финансирование неплатежеспособному члену группы; будет ли на требование, возникающее в связи со сделкой, распространяться особый режим по той причине, что сделки заключены между связанными сторонами в соответствии с рекомендацией 184; и можно ли рассматривать такую сделку в качестве преференциальной сделки в любом последующем производстве по делу о несостоятельности члена, предоставляющего это финансирование. В соответствии с законами некоторых стран предоставление такого финансирования может представлять собой передачу активов этого платежеспособного хозяйствующего предприятия неплатежеспособному

хозяйствующему предприятию в ущерб интересам кредиторов и акционеров платежеспособного хозяйствующего предприятия и таким образом быть запрещенным.

18. 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 поставщики финансов, могут участвовать на договорной основе. Вместе с тем, хотя возможны ситуации, где такой подход может быть уместным, требование о финансировании после открытия производства на любой ранней стадии производства по делу о несостоятельности и до возможности обсуждения плана, а также в таких случаях, как ликвидация функционирующей хозяйствующей единицы предприятия, когда не будет никакого плана реорганизации, свидетельствует о том, что его применение будет весьма ограниченным по масштабам.

19. В рекомендации 63 *Руководства для законодательных органов* предусматривается основа 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 активов имущественной массы), а также пути возможного получения разрешения (от суда или кредиторов). Эти требования остаются актуальными и в контексте предпринимательских групп и для устранения сомнений можно четко указать, что в контексте предпринимательской группы рекомендацию 63 следует толковать как применимую к предоставлению финансирования после открытия производства неплатежеспособному члену группы как внешним кредитором, так и платежеспособным членом группы.

## **2. Предоставление финансирования после открытия производства неплатежеспособным членом группы**

20. Предоставление финансирования после открытия производства одним неплатежеспособным членом группы другому такому неплатежеспособному члену прямо не рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*. Для содействия предоставлению финансирования после открытия производства в такой ситуации необходимо рассмотреть некоторые из трудностей по существующему законодательству в связи с займом неплатежеспособными предприятиями и кредитованием средств. В соответствии с некоторыми законами о несостоятельности, например предоставление такого финансирования, по всей видимости, поставит вопросы об ответственности как поставщика финансов, так и финансируемого должника. Как отмечается в *Руководстве для законодательных органов* (см. часть два, глава II, пункт 96), в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что в тех случаях, когда заимодавец предоставляет средства неплатежеспособному должнику в период до открытия производства, то заимодавец может нести ответственность за любое увеличение обязательств других кредиторов или соглашение о предоставлении средств будет подлежать расторжению в ходе любого последующего производства по делу о несостоятельности, в качестве преференциальной сделки. В других случаях от управляющего в деле о

несостоятельности требуется заимствовать деньги и в этом случае может возникнуть вопрос о его персональной ответственности за выплату долга.

21. Хотя, возможно, в целом ожидается, что неплатежеспособный член группы не способен предоставлять финансирование после открытия производства другому такому члену, могут возникнуть обстоятельства, при которых это будет возможным и желательным, особенно если группа рассматривается в целом. В той степени, в какой предоставление такого финансирования оказывает влияние на права существующих кредиторов, как обеспеченных, так и необеспеченных, обоих членов, следует учитывать вероятность того, что такое сохранение функционирующей хозяйственной единицы путем продолжения коммерческой деятельности в конечном счете окажется полезным и для этих кредиторов. Следует также сбалансировать жертву одного члена группы ради интересов других членов, и достижение лучшего общего результата для всех членов. Хотя это весьма трудно достигнуть, цель состоит в том, чтобы обеспечить справедливое распределение ущерба, который может возникнуть в связи с таким финансированием после открытия производства в краткосрочном плане, но с учетом долгосрочной выгоды, а не жертву одного члена (и его кредиторов) ради интересов других.

22. Для устранения сомнений следует четко указать, что в контексте предпринимательской группы рекомендацию 63 следует толковать как применимую с учетом отмеченных выше обстоятельств, к предоставлению финансирования после открытия производства неплатежеспособным членом группы другому такому члену.

**a) Коллизия интересов**

23. Предоставление такого финансирования также затрагивает вопросы возможного ущерба и коллизии интересов, которые не возникают в контексте единого должника. Коллизия интересов может, например, возникнуть в том случае, если единый управляющий в деле о несостоятельности назначен для производства по делу о несостоятельности ряда членов группы. Например, управляющий в деле о несостоятельности члена, предоставляющего финансирование, может быть также управляющим в деле о несостоятельности члена, получающего финансирование. Эта ситуация может решаться назначением дополнительного управляющего в деле о несостоятельности (обсуждается ниже, см. A/CN.9/WP.82/Add.3, пункты 42-46) либо для урегулирования этого конкретного конфликта, либо в более широком плане для достижения лучшего баланса между интересами кредиторов различных членов группы.

**b) Приоритет в связи с финансированием после открытия производства**

24. В рекомендации 64 *Руководства для законодательных органов* указывается необходимость установления приоритета, который может предоставляться финансированию после открытия производства, и уровня такого приоритета, т.е. до обычных необеспеченных кредиторов, включая кредиторов с административным приоритетом. Хотя было отмечено важное значение приоритета как стимула к предоставлению такого финансирования, стимул, требуемый в условиях группы, по-видимому, несколько отличается от стимула в случае индивидуального должника. Особый интерес члена группы,

предоставляющего финансирование, возможно, касается в большей степени результатов производства по делу о несостоятельности для группы в целом (включая этого члена), нежели коммерческие соображения прибыли или краткосрочной выгоды. В таких условиях, возможно, необходимо рассмотреть, будет ли подходить уровень приоритета, рекомендуемый в *Руководстве для законодательных органов*. Согласно мнению одних, такой приоритет будет уместным, поскольку должны быть стимулы для предоставления финансирования, и такой приоритет предоставит большую защиту для кредиторов лица, предоставляющего финансирование. Согласно другому возможному мнению, по причине характера связанной стороны в сделке и контекста группы (включая заинтересованность лица, предоставляющего финансы в результатах производства по делу о несостоятельности для группы в целом) более низкий приоритет должен предоставляться для защиты интересов кредиторов в целом. При этом должен сохраняться баланс между интересами кредиторов лица, предоставляющего финансирование, и интересами члена группы, получающего эти финансы. Независимо от того, какой из подходов будет выбран, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности предоставляло приоритет такому кредитованию и указывало соответствующий уровень.

**с) Обеспечение для финансирования после открытия производства**

25. Рекомендации 65-67 *Руководства для законодательных органов* рассматривают вопросы, касающиеся предоставления обеспечения для финансирования после открытия производства, и в целом они применимы в контексте предпринимательской группы. Предоставление обеспечительного интереса вида, указанного в рекомендации 65, одним неплатежеспособным членом группы в целях возвращения финансовых средств, предоставленных другому такому члену, может отличаться от такой же финансовой сделки между внешним кредитором и отдельным должником. В контексте группы член группы предоставляет обеспечение в отношении своих необремененных активов, но он не получает напрямую выгоду от финансирования после открытия производства и потенциально сокращает объем активов, имеющихся в распоряжении его кредиторов. Тем не менее он может получать косвенную выгоду в условиях группы, если предоставление финансирования облегчает получение лучшего результата от производства по делу о 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, потенциально ущербную для его кредиторов, хотя в долгосрочном плане они также должны получить выгоду.

26. Для обеспечения баланса между интересами кредиторов поставщика финансов и интересами члена группы, получающего финансы, возможно, желательно потребовать с учетом рекомендации 65, чтобы кредиторы соглашались с предоставлением такого обеспечительного интереса или чтобы ущерб для кредиторов компенсировался выгодой в связи с предоставлением обеспечительного интереса. Вопрос об ущербе или выгоде связан с определением необходимости финансирования после открытия производства и с разрешением в силу рекомендации 63, и поэтому желательно, чтобы стороны, несущие в соответствии с этой рекомендацией ответственность, также отвечали

за принятие решения в отношении ущерба. В соответствии с рекомендацией 63 это мог бы быть управляющий в деле о несостоятельности, имеющий возможность требовать разрешения также от кредиторов или суда.

27. Учитывая, что, возможно, весьма в срочном порядке могут понадобиться финансовые средства для обеспечения продолжения функционирования, желательно, чтобы число требуемых разрешений было сведено к минимуму. В *Руководстве для законодательных органов* (см. часть два, глава II, пункты 105-106) обсуждаются выгоды и недостатки различных аспектов разрешения, которые будут также применяться и в групповом контексте. Можно добавить, что, поскольку решаемые вопросы, по всей видимости, в этом контексте будут более сложными, затрагивая большее число сторон и более сложные взаимоотношения, по всей очевидности, именно управляющие в деле о несостоятельности соответствующих членов группы будут в наилучшем положении для оценки последствий предлагаемого финансового соглашения, примерно таким же образом, как они действуют в отношении установления необходимости получения новых финансов в соответствии с рекомендацией 63. И хотя вмешательство судов или кредиторов считается желательным, следует помнить о том, что могут возникнуть проблемы задержек, если имеется большое число кредиторов, с которыми необходимо проконсультироваться, или если суд не будет иметь возможности принять оперативные решения.

28. Если считается желательным дать обеспечительному интересу, предоставленному для получения новых финансов, более высокий приоритет по сравнению с существующим обеспечительным интересом в этих же активах, что предусмотрено в рекомендации 66, оговорки, применимые в соответствии с этой рекомендацией и рекомендацией 67, будут применяться и в контексте группы.

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

29. Предоставление гарантии одним из членов группы в отношении возвращения новых финансовых средств другому члену не является ситуацией, которая возникает в случае отдельного должника и поэтому она не рассматривается в *Руководстве для законодательных органов*. Однако, поскольку возникающие аспекты схожи с аспектами, обсуждаемыми выше в отношении предоставления обеспечительного интереса, возможно, уместно принять тот же самый подход, т.е. потребовать согласия кредиторов или решения о том, что потенциальный ущерб будет компенсироваться потенциальными выгодами.

**Рекомендации**

**Цель законодательных положений**

Цель положений, касающихся финансирования после открытия производства для предпринимательских групп, заключается в следующем:

а) способствовать привлечению финансовых средств для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия неплатежеспособных членов предпринимательской группы, либо для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы этих членов;

b) способствовать предоставлению финансирования членами предпринимательской группы, включая неплатежеспособных членов;

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

d) способствовать достижению целей справедливого распределения выгод и ущерба среди всех членов группы.

### **Содержание законодательных положений**

#### *Предоставление финансирования после открытия производства неплатежеспособным членом группы*

10. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить неплатежеспособному члену предпринимательской группы:

a) обеспечивать финансирование после открытия производства другим неплатежеспособным членам предпринимательской группы;

b) отдавать в залог свои активы в качестве обеспечения финансирования после открытия производства другим неплатежеспособным членам предпринимательской группы; и

c) предоставлять гарантию или другое заверение в отношении возвращения финансовых средств, привлеченных для финансирования после открытия производства других неплатежеспособных членов предпринимательской группы,

при условии, что управляющий в деле о несостоятельности члена, обеспечивающего финансирование, предлагающего в залог активы или предоставляющего гарантию, считает это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия этого члена предпринимательской группы или для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы этого члена предпринимательской группы. Законодательство о несостоятельности может требовать разрешения суда или согласия кредиторов члена группы, обеспечивающего финансирование, отдающего в залог или предоставляющего гарантию.

#### *Приоритет в связи с финансированием после открытия производства*

11. В законодательстве о несостоятельности может устанавливаться приоритет, который должен применяться к финансированию после открытия производства, предоставленному одним неплатежеспособным членом предпринимательской группы другому также неплатежеспособному члену группы. Если в законодательстве о несостоятельности указание на приоритет отсутствует, суд должен иметь полномочия определять этот приоритет.

#### *Обеспечение для финансирования после открытия производства*

12. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что обеспечительный интерес вида, указанного в рекомендации 65 *Руководства для законодательных органов*, может также предоставляться неплатежеспособным членом предпринимательской группы в связи с возвращением финансовых

средств, привлеченных для финансирования после открытия производства, другому также неплатежеспособному члену группы, при условии согласия кредиторов или сделанного в соответствии с законодательством о несостоятельности заключения о том, что любой ущерб кредиторам компенсируется выгодой, которую можно получить от предоставления обеспечительного интереса<sup>1</sup>.

*Гарантия или иное заверение относительно возвращения средств, привлеченных в целях финансирования после открытия производства*

13. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что член предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, может предоставить гарантию или иное заверение относительно возвращения средств, привлеченных в целях финансирования после открытия производства, другим членом группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, при условии согласия кредиторов и сделанного в соответствии с законом о несостоятельности заключения о том, что ущерб кредиторам компенсируется выгодой, которую можно получить от предоставления гарантии или другого заверения относительно возвращения средств.

#### **D. Процедуры расторжения сделок**

30. Рекомендации 87-99 *Руководства для законодательных органов*, касающиеся расторжения сделок, в целом применимы к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы, хотя в отношении сделок между членами группы могут применяться дополнительные соображения. 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. Некоторые сделки, кажущиеся преференциальными или совершенными по заниженной стоимости, исходя из интересов их непосредственных участников, иногда выглядят иначе при более широком взгляде на них в контексте тесно интегрированной группы, в рамках которой выгода и ущерб от сделок могут распределяться более широко. Эти сделки могут иметь в своей основе иные положения и условия, чем те же контракты, заключаемые между не связанными друг с другом коммерческими партнерами на обычной коммерческой основе; например, контракты для целей трансфертного ценообразования<sup>2</sup>. Аналогичным образом некоторые внутригрупповые сделки, совершаемые с законной целью, могут не иметь

---

<sup>1</sup> В рекомендациях 66-67 *Руководства для законодательных органов* излагаются оговорки, применимые к предоставлению обеспечительного интереса в связи с финансированием после открытия производства. Эти оговорки будут применяться к предоставлению обеспечительного интереса в контексте предпринимательской группы.

<sup>2</sup> Трансфертное ценообразование означает ценообразование товаров и услуг 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 трансфертного ценообразования затрагивает разделение общей прибыли между частями компании. Выбор может быть выгодным для них с точки зрения бухгалтерии, поскольку большая часть прибыли получается в стране с низкими налогами.

коммерческого смысла вне группы, если анализировать выгоды и издержки этих сделок исходя из обычных коммерческих соображений.

31. Внутригрупповые сделки могут представлять собой торговые операции между членами группы; распределение прибыли, полученной дочерними предприятиями, в пользу материнской компании; кредитование одним членом другого в целях поддержки продолжающихся коммерческих операций последнего; передачу активов и предоставление гарантий одними членами группы другим; платежи, производимые одним членом группы кредитору члена родственной группы; гарантию или накладную, предоставляемую одним членом группы в поддержку займа, сделанного внешней стороной другому члену группы; или целый ряд иных операций. 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 из дочерних предприятий и их сосредоточение в структуре, являющейся финансовым центром группы. Хотя это не всегда отвечает интересам самих дочерних предприятий, законы некоторых стран разрешают подобные действия, например директорам таких предприятий, находящихся в стопроцентной собственности материнской компании, если последняя в этом заинтересована.

32. Некоторые сделки, совершаемые в контексте группы, можно однозначно отнести к категориям сделок, подлежащих расторжению согласно рекомендации 87 *Руководства для законодательных органов*. Другие сделки не столь явно подпадают под действие рекомендации 87, и в связи с ними могут возникать вопросы о том, в какой степени можно считать, что группа действовала как единое предприятие, и насколько тесно были переплетены между собой активы и обязательства ее различных членов, так как это потенциально может повлиять на их сделки между собой и с внешними кредиторами. Возможны также сделки, на которые положения о расторжении не распространяются. 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 согласно гарантийному обязательству. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало эти факторы для их учета в момент формулирования заключения по вопросу о том, будет ли распространяться на какую-либо конкретную сделку между членами группы действие положения о расторжении в соответствии с рекомендацией 87.

33. В контексте группы, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о том, направлены ли положения о расторжении сделок на защиту внутригрупповых операций в интересах группы в целом или же на их особо строгий анализ с учетом связей между членами группы. Сделки между членами группы могут подпадать под действие положений законодательства о несостоятельности, касающихся сделок между связанными друг с другом лицами. *Руководство для законодательных органов* определяет "лицо, связанное с должником", как включающее 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 юридическое, которое в состоянии или было в состоянии

контролировать должника. В соответствии с законом о несостоятельности такие сделки часто являются объектом действия более строгих норм о расторжении, чем другие сделки, в частности в том, что касается продолжительности подозрительных периодов, а также презумпции или переноса бремени доказывания в целях облегчения процедур расторжения сделок, а также снятия условия о несостоятельности должника в момент совершения сделки или наступления его несостоятельности в результате совершения такой сделки. Установление более жесткого режима может быть оправдано на том основании, что вероятность предпочтительного отношения к этим лицам является более высокой и что они имеют больше возможностей первыми узнать о том, когда должник начинает действительно испытывать финансовые трудности.

34. В рекомендации 97 рассматриваются элементы, которые необходимо доказать, с тем чтобы расторгнуть какую-либо конкретную сделку, а также возражения против расторжения, и поэтому, видимо, уместно рассмотреть, каким образом они будут применяться в контексте группы, и будет ли необходим иной подход. Согласно одному из подходов к вопросу о бремени доказывания при сделках связанных между собой лиц искомый умысел или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда определенные виды сделок совершаются в течение подозрительного периода и бремя доказывания обратного ложится в этих случаях на контрагента сделки. В контексте предпринимательских групп некоторые законодательные акты устанавливают 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 иному подходу, следует признать, как отмечалось выше, что сделки, происходящие внутри группы, хотя и не всегда являющиеся коммерчески разумными, если происходят за пределами контекста группы, обычно являются законными, особенно если происходят в пределах соответствующего применимого законодательства и в рамках обычной хозяйственной деятельности соответствующих членов группы, но тем не менее должна быть подвергнута особому контролю (фактически такому, который рекомендуется в отношении требований связанных с должником лиц в рекомендации 184 *Руководства для законодательных органов*). Некоторые законы также допускают распространение действия специального режима на требования связанного с должником члена группы и сокращение или субординацию прав членов группы, связанных с должником, в соответствии с внутригрупповым соглашением о задолженности правам внешних кредиторов несостоятельных членов.

35. В рекомендации 93 содержится ограниченное положение о возможности для кредитора начинать процедуру расторжения сделки с согласия управляющего в деле о несостоятельности или с санкции суда. В групповом контексте уровень интеграции группы потенциально может существенно повлиять на способность кредиторов идентифицировать члена группы, с которым они имеют дело, и таким образом предоставить необходимую информацию для начала процедуры расторжения сделки.

## Рекомендации

### Цели законодательных положений

Цель положений, касающихся расторжения сделок, заключается в следующем:

- a) восстановить целостность имущественной массы и обеспечить равный режим в отношении кредиторов;
- b) обеспечить определенность для третьих сторон путем установления четких правил, касающихся обстоятельств, при которых сделки, совершенные до открытия производства по делу о несостоятельности с участием должников или имущества должников, могут считаться причиняющими ущерб и, таким образом, подлежать расторжению;
- c) предусмотреть возможности для начала процедур расторжения этих сделок; и
- d) облегчить возвращение денежных средств и активов от лиц, участвовавших в расторгнутых сделках.

### Содержание законодательных положений

#### *Сделки, подлежащие расторжению*

14. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что при решении вопроса о том, подлежит ли расторжению сделка одного из видов, указанных в пунктах (a), (b) и (c) рекомендации 87 *Руководства для законодательных органов*, заключенная между связанными между собой лицами в контексте группы, суд может принять во внимание обстоятельства, при которых предпринимательской группой была заключена сделка. Эти обстоятельства могут включать: степень интегрированности между участвующими в сделке членами предпринимательской группы; цель сделки и тот факт, получили ли члены предпринимательской группы в результате этой сделки преимущество, которое в обычных условиях невозможно было бы получить при сделке не связанных между собой сторон.

#### *Элементы критериев для расторжения сделок и возражения*

15. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить порядок применения элементов, упоминаемых в рекомендации 97 *Руководства для законодательных органов*, к расторжению сделок в контексте производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> То есть элементы, подлежащие доказыванию для расторжения той или иной сделки, бремя доказывания, конкретные возражения в отношении расторжения сделок и применение специальных презумпций.

## **Е. Субординация**

36. В *Руководстве для законодательных органов* отмечается (см. часть два, глава V, пункт 56), что субординация подразумевает изменение системы приоритетов кредиторов в делах о несостоятельности и не связана с юридической действительностью или правомерностью какого-либо требования. Даже будучи юридически действительным, требование может, тем не менее, быть субординировано на основании добровольного соглашения или по предписанию суда. Двумя категориями требований, которые, как правило, могут субординироваться при несостоятельности, являются требования лиц, связанных с должником, и требования собственников и держателей обыкновенных акций должника.

### **1. Требования лиц, связанных с должником**

37. 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.

38. Как отмечалось выше, термин "лицо, связанное с должником", используемое в *Руководстве для законодательных органов*, включает членов предпринимательской группы. Вместе с тем одного лишь факта существования особых отношений с должником – в том числе применительно к предпринимательским группам, когда он является членом той же группы, – может быть недостаточно во всех случаях для обоснования специального режима в отношении требования кредитора. В некоторых 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. Видимо, в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть механизм для 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.

39. В *Руководстве для законодательных органов* указан ряд ситуаций, при которых может быть уместным особый подход к требованию связанного с должником лица (например, когда предприятие должника чрезвычайно слабо капитализировано и когда имеются доказательства осуществления внутренних сделок). В контексте группы, применительно к отношениям между материнской компанией и контролируемым ею дочерним предприятием, могут учитываться и такие дополнительные соображения, как участие материнской компании в управлении дочерним предприятием; вопрос о том, намеревалась ли материнская компания манипулировать внутригрупповыми сделками в интересах получения собственной выгоды за счет внешних кредиторов; или вопрос о том, совершала ли материнская компания в иных отношениях такие действия, которые привели к несправедливым последствиям, причинив ущерб кредиторам и акционерам контролируемого члена группы. Согласно законам

некоторых стран, в этих случаях требования материнской компании могут быть субординированы по отношению к требованиям не связанных с должником необеспеченных кредиторов или даже миноритарных акционеров контролируемой компании.

40. В некоторых странах законодательство предусматривает возможность иных подходов к внутригрупповым сделкам, в частности дающих возможность принудительно субординировать долги, причитающиеся с члена группы по внутригрупповому соглашению о кредитовании, по отношению к правам внешних кредиторов этого члена группы; позволяющих суду провести обзор 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, если вклады в акционерный капитал субординируются по отношению к требованиям кредиторов (о режиме в отношении акционерного капитала см. ниже); также разрешающих добровольную субординацию внутригрупповых требований по отношению к требованиям внешних кредиторов.

41. Практическим результатом приказа о субординации в контексте предпринимательской группы может быть сокращение или фактическое сведение к нулю любых выплат, причитающихся тем членам группы, чьи требования были субординированы, если размеры требований обеспеченных и необеспеченных внешних кредиторов значительны по сравнению с суммами, имеющимися для распределения. В некоторых случаях это может поставить под угрозу жизнеспособность субординированного члена группы и причинить ущерб не только его собственным кредиторам, а также его акционерам и, в случае его реорганизации, группе в целом. Проведение политики субординации таких требований может в качестве следствия препятствовать внутригрупповому заимствованию.

## 2. Режим в отношении акционерного капитала

42. В *Руководстве для законодательных органов* отмечается (см. часть два, глава V, пункт 76), что многие законы о несостоятельности проводят различие между требованиями собственников и держателей обыкновенных акций, возникающими из кредитов, предоставленных должнику, и требованиями, связанными с их долей в собственности должника. В отношении требований, связанных с участием в акционерном капитале, во многих законах о несостоятельности содержится 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, стоящие выше по порядку очередности (включая требование по процентам, причитающимся с момента открытия производства). Как таковые, эти стороны весьма редко участвуют в каком-либо распределении в связи с их имущественными правами в предприятии-должнике. Если распределение в их пользу проводится, оно осуществляется, как правило, в соответствии со статусом акций, как он указан в законодательстве, регулирующем деятельность компаний, и в уставе самой компании. Вместе с тем долговые требования, например те, которые относятся к кредитам, субординируются не всегда.

43. Лишь немногие законы о несостоятельности содержат положения, непосредственно касающиеся субординации требований акционеров в контексте

предпринимательской группы. В одном таком случае закон позволяет судам провести обзор внутригрупповых финансовых механизмов в целях определения того, следует ли конкретные средства, переданные члену группы, в отношении которого затем было открыто производство по делу о несостоятельности, рассматривать не в качестве внутригрупповой ссуды, а в качестве вклада в акционерный капитал, что позволяло бы придать им более низкий статус очередности по сравнению с требованиями кредиторов. Такие средства с большой вероятностью будут приравниваться к акционерному капиталу в случаях, когда до их поступления соотношение заемного и собственного капитала компании было высоким и получение упомянутых средств в долг снизило бы это соотношение; когда размеры внесенного акционерами капитала были недостаточными; когда мала вероятность того, что внешний кредитор предоставил бы ссуду при аналогичных обстоятельствах; а также когда условия авансирования этих средств были неразумными и реально рассчитывать на их возврат не приходится.

44. В *Руководстве для законодательных органов* обсуждается вопрос субординации в контексте режима требований и приоритетов, но в нем отсутствует какая-либо рекомендация о субординации любого особого вида требований в соответствии с законом о несостоятельности, а лишь отмечается, что субординированные требования будут по уровню ниже требований обычных необеспеченных кредиторов (рекомендация 189).

*[В документе A/CN.9/WG.V/WP.82 дается вводная часть о предпринимательских группах; в Add.1 рассматривается заявка и начало производства по делу о несостоятельности (совместные заявки и процедурная координация); в Add.3 рассматриваются средства правовой защиты (распространение правовой ответственности, приказы о взносах и материальная консолидация), участники (единый уполномоченный по делу о несостоятельности) и планы реорганизации; и в Add.4 рассматриваются вопросы международного характера.]*