



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
31 August 2009

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство
о несостоятельности)
Тридцать седьмая сессия
Вена, 9-13 ноября 2009 года**

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть третья: режим предпринимательских групп при несостоятельности

Записка Секретариата

1. В настоящей записке представлены проекты комментария и рекомендаций части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности. Комментарий является пересмотренным вариантом текста, ранее включенного в документы A/CN.9/WG.V/WP.82 и добавления 1-3. Рекомендации основаны на рекомендациях, изложенных в документах A/CN.9/WG.V/WP.85 и Add.1 и пересмотрены на основе доклада Рабочей группы V о работе ее тридцать шестой сессии в мае 2009 года (A/CN.9/671).

2. В документе A/CN.9/WG.V/WP.90 режим предпринимательских групп рассматривается во внутреннем контексте, а в документе A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.1 в контексте международном. Документ A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 представляется на рассмотрение Рабочей группы в порядке информации. Он включает ряд пояснительных примечаний, предназначенных для разъяснения изменений, внесенных в проект рекомендаций, облегчения их обсуждения и привлечения внимания к вопросам, требующим рассмотрения Рабочей группой; содержание документа A/CN.9/WG.V/WP.90/Add.2 не обязательно должно рассматриваться как часть текста части третьей Руководства для законодательных органов.



Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть третья: режим предпринимательских групп при несостоятельности

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1-2	3
Глоссарий	3	3
I. Предпринимательские группы: общие особенности	4-42	4
А. Введение	4-8	4
В. Природа предпринимательских групп	9-18	6
С. Причины осуществления хозяйственной деятельности через предпринимательские группы	19-28	10
D. Определение "предпринимательской группы" – собственность и контроль	29-33	14
Е. Регулирование деятельности предпринимательских групп	34-42	16
II. Рассмотрение вопроса о несостоятельности групп: внутренние вопросы.	43-185	18
А. Введение	43-46	18
В. Подача заявления и открытие производства	47-78	20
С. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности	79-129	32
D. Средства правовой защиты	130-172	51
Е. Участники	173-178	69
F. Реорганизация двух или более членов группы	179-185	73

Введение

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть третья: режим предпринимательских групп при несостоятельности

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

2. Глава I посвящена общим особенностям предпринимательских групп. В главе II рассматриваются вопросы несостоятельности членов группы во внутреннем контексте и предлагаются рекомендации в порядке дополнения рекомендаций части второй в связи с новыми вопросами, возникающими в контексте предпринимательской группы. В главе III рассматриваются на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности вопросы трансграничной несостоятельности предпринимательских групп, имеющие отношение к производству по делу о трансграничной несостоятельности отдельного члена группы, но не рассматриваются вопросы, касающиеся несостоятельности разных членов группы в разных государствах.

Глоссарий

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

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

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

¹ В соответствии с подходом, использованным в отношении индивидуальных должников, основной акцент в этой части сделан на осуществлении субъектом таких видов экономической деятельности, которыми обычно занимаются субъекты, подпадающие под определение "предприятия". Сюда не относятся потребители и другие субъекты особого

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

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

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

I. Предпринимательские группы: общие особенности

A. Введение

4. В большинстве правовых систем существует юридическое понятие "корпорации" – образования, обладающего самостоятельной правосубъектностью, отдельной от правосубъектности образующих его физических лиц, будь то владельцы, управляющие или служащие. Как юридическое лицо, корпорация может обладать определенными юридическими правами и обязанностями и нести ответственность, например иметь способность предъявлять иски и отвечать по ним, владеть имуществом и передавать его, подписывать договоры и платить налоги. Кроме того, характерной чертой корпорации является непрерывность существования, т.е. корпорация продолжает существовать независимо от состава участников, входящих в нее в любой конкретный момент времени, а передача кем-либо из акционеров своих акций другому лицу не влияет на существование соответствующего субъекта как корпорации. Корпорации могут создаваться с ограниченной ответственностью, при которой инвесторы несут ответственность только в пределах той суммы, которую они осознанно подвергли риску, вложив в предприятие. Такое ограничение призвано способствовать определенности и стимулировать инвестиции, поскольку в противном случае инвесторы рисковали бы всеми своими активами в рамках каждого коммерческого предприятия, участие в котором они принимают. Для приобретения статуса юридического лица корпорация должна выполнить соответствующие юридические формальности, а после своего учреждения сразу же подпадает под режим регулирования, действующий в отношении подобных образований. В законодательстве обычно прописываются не только требования, которые необходимо выполнить для учреждения корпорации, но и последствия ее учреждения, в частности полномочия и правоспособность компании, права и обязанности ее участников и

характера (например, банки и страховые компании), на которых, согласно рекомендациям 8 и 9 (см. выше сноску 6 к рекомендации 9, законодательство о несостоятельности не распространяется. Особые соображения, связанные с несостоятельностью таких должников, конкретно в Руководстве для законодательных органов не рассматриваются (см. выше, часть вторая, глава I, пункты 1-11).

² Понятие "процедурной координации" подробно разъясняется в комментариях, см. пункты 63-66 ниже.

³ О последствиях материальной консолидации и режиме обеспечительных интересов см. ниже, рекомендации 224 и 226 и комментарий в пунктах 159-162.

пределы, в которых участники могут нести ответственность за долги компании. Таким образом, можно считать, что корпоративная форма способствует большей определенности хозяйственной деятельности, поскольку все, кто имеет дело с корпорацией, знают, что они могут положиться на ее статус юридического лица и связанные с ним права, обязанности и обязательства.

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

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

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

8. Однако, несмотря на реальное существование предпринимательских групп, во многих законодательных актах, касающихся корпораций и, в частности, их режима при несостоятельности, рассматриваются лишь отдельные корпорации. Несмотря на отсутствие соответствующего законодательства, судьи во многих

странах, сталкиваясь с вопросами, которые целесообразно решать применительно к целому предприятию, а не к отдельным корпоративным единицам⁴, выработали подходы, которые позволяют достичь результатов, лучше соответствующих экономическим реалиям современной деловой жизни.

В. Природа предпринимательских групп

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

⁴ Более подробно см. раздел Е, пункты 34-42.

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

⁶ Совместное предприятие обычно представляет собой договорной механизм или товарищество с участием двух или более сторон, которое предназначено для достижения совместных коммерческих целей. В результате подобных договоренностей может создаваться одно или несколько юридических лиц на основе долевого участия сторон, которые делят между собой доходы и расходы предприятия и осуществляют над ним совместный контроль. Совместное предприятие может быть создано лишь под один конкретный проект или для работы на постоянной основе. Практика создания совместных предприятий широко распространена в контексте международной коммерческой деятельности, поскольку некоторые страны требуют от иностранных корпораций создавать совместные предприятия с национальным партнером для получения доступа на внутренний рынок. Это требование часто ведет к передаче национальному партнеру технологий и управленческого контроля. Создание совместных предприятий позволяет распределить расходы и риски, получить доступ к финансовым ресурсам, добиться экономии и других преимуществ благодаря расширению масштабов производства, получить доступ к новым технологиям, потребителям и передовым методам управления. Совместные предприятия могут создаваться также в конкурентных и стратегических целях, например для воздействия на структурное развитие отрасли, упреждения конкуренции, создания более конкурентоспособных предприятий, облегчения передачи технологий и специальных знаний и диверсификации производства.

⁷ Офшорный траст представляет собой обычный траст, созданный согласно законодательству офшорной правовой системы. По своей природе и принципам деятельности они аналогичны

10. Предпринимательские группы могут иметь иерархическую, или вертикальную структуру, состоящую из нескольких уровней материнских и контролируемых компаний, которыми могут являться дочерние или другие аффилированные или родственные компании, отвечающие за различные этапы процесса производства и распределения товаров. Или же они могут иметь более горизонтальную структуру и включать в свой состав несколько родственных компаний, которые нередко имеют общих владельцев и осуществляют деятельность, связанную с одним и тем же этапом хозяйственного процесса. Такие компании могут работать как в смежных, так и в не связанных между собой областях. Отмечено, что в некоторых регионах мира, например в Европе, больше распространены группы с горизонтальной структурой, тогда как для других регионов, например для Соединенных Штатов Америки и Японии, более типичны вертикально организованные группы.

11. В научно-исследовательской литературе, посвященной предпринимательским группам, наглядно показано, что членов группы могут объединять самые разные связи: банковские отношения, пересекающийся состав советов директоров, договоренности между собственниками, совместное использование информации, участие в совместных предприятиях и картелях. Данные научных исследований также показывают, что структура предпринимательских групп различается и в зависимости от системы корпоративного управления. В некоторых государствах предпринимательские группы могут быть организованы как вертикально, так и горизонтально, а их деятельность может охватывать различные отрасли. Обычно в состав таких групп входит банк, материнская, или холдинговая, компания⁸ ("материнская компания") или торговая компания, а также группа различных производственных фирм. В отличие от этого в других государствах такие группы, как правило, находятся под контролем одной семьи или нескольких семей и всегда вертикально организованы, или же имеют тесные связи с государством, а не с конкретными семьями. Степень диверсификации также весьма неодинакова, при этом в одних группах ведутся интенсивные внутренние операции, а в других нет⁹.

внутригосударственным трастам и предполагают перевод активов доверенному лицу, которое управляет ими в интересах какого-либо отдельного лица или группы лиц. Ряд правовых систем пересмотрели свое законодательство, с тем чтобы сделать его более привлекательным для учреждения подобных трастов. Офшорные трасты могут создаваться для налоговых целей или для защиты активов. На практике эффективность функционирования подобных трастов может быть ограничена, если согласно законодательству о несостоятельности, действующему в домашней правовой системе лица, которое переводит активы, переводы в такие трасты, равно как и сделки, заключенные для нанесения мошеннического ущерба кредиторам, признаются недействительными.

⁸ Холдинговая, или материнская, компания представляет собой компанию, которая прямо или косвенно владеет достаточным количеством голосующих акций другой компании, что позволяет ей осуществлять контроль над управлением и хозяйственной деятельностью такой компании, влияя на решения совета директоров или состав его членов. Этим термином могут также обозначаться компании, которые сами не производят товаров или услуг, а лишь владеют акциями других компаний (или самими компаниями).

⁹ В некоторых исследованиях отмечается, что, например, группы в Чили более диверсифицированы, чем группы в Южной Корее, группы на Филиппинах более вертикально интегрированы, чем группы в Индии и куда активнее занимаются финансовыми услугами, чем группы в Таиланде. См. T. Khanna and Y. Yafeh, *Business Groups in Emerging Markets: Paragons or Parasites?* *Journal of Economic Literature*, Vol. XLV (June 2007) pp331-372.

12. Степень финансовой и управленческой самостоятельности в рамках предпринимательской группы может существенно различаться. В некоторых группах отдельные члены являются активными торговыми субъектами, которые сами определяют свои коммерческие цели и отвечают за свою хозяйственную и финансовую деятельность. В рамках других предпринимательских групп стратегические и бюджетные решения могут приниматься централизованно, а члены группы действуют как подразделения более крупной коммерческой структуры и почти не имеют возможности принимать самостоятельные решения в рамках цельного экономического образования. Материнская компания может осуществлять тесный контроль, распределяя акционерный и кредитный капитал между членами через центральное финансовое подразделение группы, принимая решения об оперативной и финансовой политике членов, устанавливая целевые показатели эффективности, проводя назначения на должности директоров и другие ключевые посты и осуществляя постоянное наблюдение за хозяйственной деятельностью членов. Вся власть в рамках такой группы может быть сосредоточена в руках головной материнской компании или в руках нижестоящей компании, если материнская компания владеет контрольным пакетом акций группы, но прямо не участвует в процессе производства и управления. Наиболее крупные группы могут владеть собственными банками и выполнять основные функции рынка капитала. Финансирование в рамках групп может осуществляться в форме внутреннего кредитования между материнской компанией и дочерними предприятиями, при этом материнская компания может как предоставлять, так и брать кредиты, а члены группы могут предоставлять перекрестные гарантии¹⁰. Внутригрупповые кредиты могут предоставляться в форме пополнения оборотного капитала или непогашенных краткосрочных долговых обязательств, например невыплаченных дивидендов или невозвращенных кредитов в рамках внутригрупповых торговых операций. Они могут предоставляться как под проценты, так и без процентов.

13. В ряде государств важным объединяющим фактором в рамках предпринимательских групп являются семейные связи, причем нередко наиболее авторитетные члены семьи и их близкие входят в состав совета директоров

¹⁰ Во многих странах важным методом мобилизации капитала предпринимательской группы является перекрестное гарантирование, при котором каждая компания в рамках группы гарантирует исполнение обязательств другими компаниями. В некоторых правовых системах удовлетворение предъявленных в рамках ликвидационного производства требований на основании ранее предоставленных перекрестных гарантий вызывало трудности, и иногда такие требования аннулировались. В одной правовой системе предоставление перекрестных гарантий позволяет сократить бремя, возлагаемое на компании в порядке регулирования, поскольку участвующие в таком механизме компании получают право на представление отчетности и прохождение проверок по упрощенной схеме. При заключении соглашения о перекрестном гарантировании группа компаний во многих отношениях уподобляется единому юридическому лицу, и, если во время действия соглашения в отношении одной или нескольких таких компаний будет начато ликвидационное производство, то этот факт будет расцениваться как определяющий добровольное участие остальных компаний в погашении долговых обязательств или в объединении своих активов для этой цели. Одно из преимуществ этого механизма заключается в том, что кредиторы и потенциальные кредиторы могут ограничиться изучением сводных финансовых показателей таких предприятий, вместо того чтобы изучать финансовые ведомости каждого из участвующих в соглашении дочерних предприятий, находящихся в полной собственности материнской компании.

материнской компании группы и одновременно в состав руководства других компаний – членов группы, в результате чего образуется основанная на общем руководстве система взаимосвязей, через которую семья осуществляет контроль над группой. Например, на организационной диаграмме одной крупной предпринимательской группы Индии можно увидеть сложную схему управления, в рамках которой члены совета директоров материнской компании занимают руководящие должности и в других 45 членах группы¹¹.

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

15. Структура многих предпринимательских групп свидетельствует о масштабах и потенциальной сложности таких механизмов. Эта структура может включать множество уровней разных компаний, контролируемых в большей или меньшей степени вышестоящим или вышестоящими уровнями, которые в ряде случаев состоят из сотен, а то и тысяч разных компаний¹².

16. В рамках исследования, основанного на изучении счетов и отчетности за 1979 год ряда крупных транснациональных корпораций, базирующихся в Соединенном Королевстве, из-за непосильности задачи пришлось, например, отказаться от изучения счетов двух крупнейших групп, в состав которых входило, соответственно, 1200 и 800 дочерних предприятий. Исследователи отметили, что мало кто из сотрудников группы имел четкое представление о точном характере правовых взаимоотношений между всеми членами группы и что ни у одной из обследованных групп не имелось своей полной организационной схемы¹³. Аналогичным образом, организационные диаграммы ряда гонконгских предпринимательских групп, специализировавшихся на сделках с недвижимостью, например "Carrian", разорившейся более 20 лет тому назад, занимали по несколько страниц, при этом разобрать все указанные на них дочерние фирмы можно было только с помощью мощного увеличительного стекла. Организационная схема группы "Federal Mogul", занимающейся поставкой автомобильных комплектующих, если ее увеличить настолько, чтобы

¹¹ См. Khanna and Yafeh, сноска 9.

¹² В ходе проведенного в 1997 году обследования 500 крупнейших компаний Австралии, акции которых котируются на фондовой бирже, было установлено, что 89 процентов этих компаний имели контроль над другими компаниями, при этом чем выше была рыночная капитализация обследуемой компании, тем больше компаний она, как правило, контролировала (под контролем компаний с наибольшей рыночной капитализацией в среднем находилось по 72 компании, а под контролем компаний с наименьшей рыночной капитализацией – в среднем по 9 компаний); 90 процентов контролируемых компаний находилось в полной собственности материнской фирмы; количество уровней вертикального подчинения в предпринимательской группе составляло от 1 до 11 при общем среднем показателе 3-4. В других странах эти цифры могут быть значительно больше. Данные приводятся по Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report, 2000 (Australia), paragraph 1.2.

¹³ См. Hadden, Inside Corporate Groups, 1984 International Journal of Sociology of Law, 12, 271-286, p273.

можно было различить названия всех дочерних предприятий, займет целую стену в небольшом бюро. Организационная схема группы "Collins and Aikman", также действующей в автомобильном секторе, занимает целый буклет, причем структура некоторых субподгрупп по сложности сопоставима со структурой многих национальных предпринимательских групп.

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

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

С. Причины осуществления хозяйственной деятельности через предпринимательские группы

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

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

21. В силу своей групповой структуры предпринимательская группа может привлекать капитал только под отдельные направления своей коммерческой деятельности, не утрачивая общего контроля, для чего ей достаточно учредить отдельное дочернее предприятие для осуществления этого вида деятельности и предоставить внешним инвесторам возможность приобрести миноритарный пакет его акций. Групповая структура позволяет группе снизить риск юридической ответственности, возложив выполнение операций, связанных с наибольшим риском ответственности, например за загрязнение окружающей среды или по искам потребителей, на отдельных членов группы и оградив тем самым от потенциальной ответственности остальные активы группы. Для лучшего обеспечения кредита на покрытие задолженности или финансирование проекта предпринимательская группа может выделить специальные активы в отдельную компанию, созданную для этой цели, и предоставить кредитору преимущественное право на все или большую часть имущества такой новой компании. Отдельная компания группы может быть также образована для осуществления конкретного проекта или привлечения дополнительного финансирования за счет залога ее собственных материальных и коммерческих активов, или же ее создание может потребоваться для получения государственной лицензии или концессии. Групповая структура может упростить частичную продажу предприятия, поскольку может быть проще, а иногда и более выгодно с налоговой точки зрения, передать покупателю акции одной из компаний – членов группы, чем осуществить продажу отдельных активов. Иногда группа может образоваться случайно, например когда одна компания приобретает другую компанию, которая в свою очередь является материнской компанией по отношению к ряду других фирм.

22. Соблюдение требований к поддержанию разумной сбалансированности или других предусмотренных законом требований упрощается, когда компании, к которым применяются такие установленные в порядке регулирования правила, являются отдельными членами группы. В случае транснациональных групп внутреннее законодательство отдельных стран, в которых группа желает осуществлять коммерческую деятельность, может предписывать, чтобы все коммерческие операции на местном рынке осуществлялись через отдельные дочерние предприятия (для которых иногда устанавливается обязательная минимальная доля участия местного капитала), или устанавливать другие требования и ограничения, связанные, например, с регулированием вопросов

найма и трудовых отношений. Иногда для расширения деятельности за рубежом используются механизмы, не связанные с участием в акционерном капитале, что может быть обусловлено такими причинами, как наличие местных ограничений на участие в акционерном капитале, жесткое регулирование иностранной инвестиционной деятельности или более низкая себестоимость подобных механизмов. Немаловажным фактором для транснациональных групп могут являться и настоятельные географические соображения, например, необходимость приобретения сырья или сбыта продукции через дочерние предприятия, созданные в каком-либо конкретном месте. Все более важное значение – не столько при решении вопроса о целесообразности организации деятельности в форме предпринимательской группы, сколько при выборе места расположения ее отдельных подразделений – имеют особенности местного законодательства, касающиеся в первую очередь вопросов стоимости и порядка учреждения новых компаний, обязательств учрежденных компаний и режима групп при несостоятельности. Различия в законодательстве, действующем в разных правовых системах, могут значительно затруднить решение этих вопросов.

23. Еще одной серьезной причиной для создания сложных групповых структур являются налоговые соображения и их влияние на перемещение денежных средств внутри группы. Нередко главной причиной создания и последующего развития предпринимательских групп называют необходимость распределения налогового бремени, поскольку во многих правовых системах традиционно признается экономическое единство родственных компаний. Хотя основным принципом является раздельное налогообложение каждой компании группы, иногда из него могут делаться исключения, которые могут быть обусловлены такими вескими соображениями, как защита государственных интересов, связанных с налоговыми поступлениями, и облегчение налогового бремени, которое бы оказалось чрезмерным в случае раздельного налогообложения каждого члена группы¹⁴. К числу мер, учитывающих связи между материнскими и дочерними компаниями, относится освобождение от налога внутригрупповых дивидендов, упрощенный порядок налогообложения предпринимательских групп и меры, направленные на борьбу с уклонением от уплаты налогов. От обложения налогом могут освобождаться, например, дивиденды, выплачиваемые компанией своим корпоративным акционерам-резидентам, а также внутригрупповые дивиденды в тех случаях, когда компании тесно связаны отношениями собственности. При исчислении суммы налога может допускаться зачет налогов, уплаченных в иностранном государстве с основной прибыли дочернего предприятия или с дивидендов. Упрощенный порядок налогообложения групп может предусматривать, что родственные компании рассматриваются как один субъект налогообложения и представляют сводную налоговую отчетность. Может быть разрешено вычитать потери одного из дочерних предприятий из доходов другого или же равномерно распределять прибыли и убытки между всеми членами группы.

24. Ввиду важности налоговых соображений, распределение активов и пассивов внутри предпринимательской группы часто напрямую зависит от внутригрупповой политики ценообразования и национальной политики и ставок

¹⁴ "International Investment and Multinational Enterprises – Responsibility of parent companies and their subsidiaries", OECD, 1979.

налогообложения. Различные ставки налогообложения юридических лиц, действующие в разных правовых системах, а также определенные налоговые льготы (например, пониженная ставка налога на прибыль от производственной деятельности или доход от финансовых услуг), предоставляемые в некоторых правовых системах, могут повысить их привлекательность по сравнению с другими правовыми системами, в которых действуют более высокие налоговые ставки и предусмотрено меньше, а то и вовсе никаких льгот. В то же время налоговые органы могут обладать правом пересматривать механизмы трансфертного ценообразования, используемые для перенаправления доходов в страны с более низким уровнем налогообложения.

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

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

27. Многие из этих преимуществ предпринимательских групп могут носить иллюзорный характер. Защита от разорительных убытков может оказаться неэффективной в результате соглашений о внутригрупповом финансировании, внутригрупповых коммерческих операций, перекрестного гарантирования,

ручательств¹⁵, данных аудиторам группы, а также стремления крупных кредиторов, особенно банков, заручиться гарантией возмещения убытков за счет головной компании группы.

28. Следует уточнить, что создание групповых структур вовсе не продиктовано соображениями бухгалтерского учета: сводную отчетность можно с равным успехом составлять как для отделений, так и для групп дочерних предприятий. Представляется, что в банковском, коммерческом и юридическом секторах часто недопонимают специфику отчетности предпринимательских групп. Еще больше недоразумений возникнет при переходе на новые международные стандарты финансовой отчетности, а также в связи с тем, что многие группы при составлении сводной отчетности все чаще ориентируются не на характер сделок, а лишь на их юридическую форму. Банкротство таких компаний, как "Enron", "WorldCom" и других, произошло именно из-за "забалансовых" структур, в связи с чем в настоящее время широко признается необходимость прозрачной финансовой отчетности.

D. Определение "предпринимательской группы" – собственность и контроль

29. Хотя существование предпринимательских групп и важность отношений между их членами все чаще признаются как в законодательстве, так и в судебной практике, единого свода норм, которые бы непосредственно регулировали все аспекты этих отношений, не существует. В тех правовых системах, в законодательстве которых имеется понятие предпринимательской группы, регулирование таких групп обычно осуществляется не на основе специальных норм торгового или корпоративного законодательства, а на основе разрозненных законодательных норм, касающихся вопросов налогообложения, корпоративной отчетности, конкуренции, слияний и т.п.; положения о режиме корпоративных групп при несостоятельности в законодательстве встречаются редко. Более того, при анализе того законодательства, которое все же касается тех или иных аспектов деятельности предпринимательских групп, можно заметить, что различные вопросы, связанные с их деятельностью, решаются по-разному не только в разных правовых системах, но и в разных законодательных актах, действующих в рамках одной правовой системы. Так, при определении того, что считать предпринимательской группой, для разных целей могут использоваться разные критерии, хотя некоторые из них могут частично совпадать, а если в число таких критериев входит какое-либо конкретное понятие, например понятие "контроля", его толкование может быть более широким или более узким в зависимости от целей законодательства, о чем уже говорилось выше.

¹⁵ Ручательство обычно дает материнская компания с целью убедить какое-либо предприятие заключить сделку с ее дочерней фирмой. Оно может содержать различные обязательства, ни одно из которых не будет иметь силу гарантии, например обязательство сохранять свое акционерное или иное финансовое участие в дочерней компании или использовать свое влияние для обеспечения выполнения дочерней компанией ее обязательств по соответствующему контракту; кроме того, оно может носить форму подтверждения осведомленности о заключаемом дочерней компанией контракте без какого-либо прямого указания на то, что материнская корпорация берет на себя какую-либо ответственность за исполнение обязательств по этому контракту.

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

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

32. В других случаях при решении вопроса о том, что следует считать корпоративной группой, применяется более функциональный подход, и основное внимание уделяется различным аспектам контроля или контролирующего или решающего влияния (которое в настоящей записке охватывается понятием контроля), причем понятие "контроль" часто является четко определенным термином. Основными элементами понятия контроля являются либо фактический контроль, либо возможность осуществления прямого или косвенного контроля над финансовой и хозяйственной политикой и процессом принятия решений. В тех случаях, когда предусмотренное определение охватывает возможность осуществлять контроль, обычно предполагается потенциальное, а не активно осуществляемое право контроля. Контроль может быть получен в результате владения активами или в силу наличия у контролирующей стороны законных или договорных прав, дающих ей возможность осуществлять контроль. Решающее значение имеет не столько конкретная юридическая форма отношений между предприятиями, например отношения между материнской и дочерней компаниями, сколько суть таких отношений.

33. О контроле одной компании над другой могут свидетельствовать следующие факторы: возможность занимать преобладающее число мест в составе совета директоров или руководящего органа другого предприятия;

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

Е. Регулирование деятельности предпринимательских групп

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

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

36. Под самостоятельной правосубъектностью корпорации обычно понимается, что корпорация имеет собственные права и обязанности независимо от того, кто ее контролирует или кому она принадлежит (например, находится ли она в полной или частичной собственности другой компании), а также от ее участия в деятельности группы. Долговые обязательства, которые берет на себя такая корпорация, являются ее обязательствами, и для их погашения, как правило, не могут использоваться активы других членов группы¹⁶. Договоры, которые корпорация заключает с внешними контрагентами, автоматически не распространяются на материнскую компанию или других членов группы. Материнская компания не может учитывать нераспределенную прибыль других компаний группы при расчете собственной прибыли. Ограниченная ответственность корпорации означает, что в отличие от товарищества или предприятия, находящегося в собственности одного владельца, члены предпринимательской группы не несут ответственности по ее долгам и обязательствам, в результате чего потенциальные потери не могут превысить сумму, внесенную в интересах члена группы при приобретении акций.

37. В отличие от этого, единый подход исходит из понятия экономической интеграции членов предпринимательской группы, когда группа рассматривается

¹⁶ См. ниже пункты 143-172, в которых рассматривается материальная консолидация.

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

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

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

40. В некоторых странах выделяют различные категории предпринимательских групп, которым разрешается действовать как единому предприятию в обмен на предоставление более надежной защиты кредиторам и миноритарным акционерам. В одной из стран¹⁷ корпоративные группы с участием публичных акционерных компаний разделены на три категории: а) интегрированные группы, б) договорные группы и с) фактические группы, – к которым применяется ряд общих принципов, регулирующих вопросы корпоративного управления и ответственности:

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

¹⁷ Германия.

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

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

41. В одной из стран¹⁸, в которой принципы единого подхода к предпринимательским группам закреплены в законодательстве, регламентирующем деятельность юридических лиц, руководителям дочерних предприятий, находящихся в полной или частичной собственности материнской компании, разрешается руководствоваться не столько интересами дочернего предприятия, сколько интересами материнской компании; кроме того, предусмотрен упрощенный порядок слияний внутри группы и допускается вынесение приказов о долевом участии или объединении активов.

42. В нормах другой страны¹⁹, регулирующих коммерческую деятельность, также все шире применяется единый подход к предпринимательским группам, с тем чтобы не допустить использования групповых структур для обхода или подрыва основополагающих принципов, лежащих в основе законодательных актов, которые приняты по конкретным вопросам коммерческого права. Такому развитию ситуации способствует практика судебных органов, которые избирательно применяют концепцию предпринимательской группы как единого предприятия для достижения основных целей законодательства. Такая концепция применяется в рамках законодательства о несостоятельности для расторжения определенных видов сделок между членами группы, подкрепления внутригрупповых гарантий и, в отдельных случаях, в целях материальной консолидации. Суды также вправе изменять очередность требований при ликвидации одного из членов группы, рассматривая некоторые внутригрупповые кредиты не как долговые обязательства, а как приобретенную долю в капитале, либо признавая требования по внутригрупповым кредитам второстепенными по отношению к требованиям внешних кредиторов.

II. Рассмотрение вопроса о несостоятельности групп: внутренние вопросы

A. Введение

43. Предпринимательские группы могут обладать такой структурой, благодаря которой угроза наступления несостоятельности для одного или нескольких

¹⁸ Новая Зеландия.

¹⁹ США.

членов группы сводится к минимуму за счет предоставления перекрестных гарантий, гарантий возмещения или создания аналогичных механизмов. В случае возникновения трудностей головной или контролирующей член группы в интересах защиты своей репутации и сохранения доверия к себе в финансовой и коммерческой сферах может принять меры к тому, чтобы не допустить наступления несостоятельности другого члена своей группы путем предоставления дополнительного финансирования и согласия субординировать внутригрупповые требования по отношению к внешним обязательствам.

44. Однако, если в рамках этой сложной структуры предпринимательских групп один или несколько, или даже все члены группы начинают испытывать финансовые трудности, которые ведут к несостоятельности, то проблемы возникают уже в силу того, что группа состоит из членов, каждый из которых является признанным отдельным юридическим лицом и обладает собственной правосубъектностью. Поскольку, как отмечалось выше, в подавляющем большинстве внутренних законов о несостоятельности и о корпорациях вопрос о несостоятельности предпринимательских групп не рассматривается, хотя соответствующие аспекты, касающиеся режимов финансовой отчетности, регулирования и налогообложения могли бы регулироваться вне сферы несостоятельности, отсутствие юридических оснований для обратного или предоставления судам возможности вмешиваться по своему усмотрению в дела о несостоятельности означает, что при несостоятельности каждый субъект должен подлежать индивидуальному рассмотрению, а, при необходимости, и индивидуальному управлению. В определенных ситуациях, например когда коммерческая деятельность членов группы тесно взаимосвязана, такой подход не всегда приносит наилучшие результаты для отдельного должника или коммерческой деятельности всей группы в целом, если только не существует возможность тесной координации производства по нескольким параллельным производствам.

45. Основное внимание в рамках большинства действующих положений внутреннего права, касающихся несостоятельности предпринимательских групп, сосредоточено на обстоятельствах, при которых может быть целесообразной консолидация имущественной массы в деле о несостоятельности. В этой связи не хватает более исчерпывающих руководящих указаний в отношении того, каким более комплексным образом следует регулировать несостоятельность предпринимательских групп и, в частности, следует ли и при каких обстоятельствах устанавливать в отношении предпринимательских групп особый режим, отличающийся от режима обособленного корпоративного субъекта.

46. Второй ключевой вопрос, связанный с режимом предпринимательских групп при несостоятельности, касается степени их экономической и организационной интегрированности и условий, при которых уровень интегрированности может затрагивать режим группы при несостоятельности, и, в частности, степени, в какой режим, применяемый в отношении высоко интегрированной группы, должен отличаться от режима группы, отдельные члены которой сохраняют значительную самостоятельность. В некоторых случаях, когда, например, структура группы неоднородна и объединяет не связанные между собой коммерческие предприятия и активы, несостоятельность одного или нескольких членов группы может не затрагивать других членов или

всю группу в целом, а управление несостоятельными членами может осуществляться на индивидуальной основе. Однако в других случаях несостоятельность одного из членов группы может вызывать финансовые проблемы у других членов или всей группы в целом вследствие интегрированной структуры группы с высокой степенью взаимозависимости и связанности активов и пассивов ее различных частей. При таких обстоятельствах нередко может складываться ситуация, когда несостоятельность нескольких или многих членов группы неизбежно приведет к несостоятельности всех членов ("эффект домино"), и тогда определенную пользу может принести решение о неизбежности несостоятельности с учетом положения в группе в целом или о координации рассмотрения этого вопроса в отношении многих членов группы.

В. Подача заявления и открытие производства

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

1. Объединенное заявление об открытии производства

а) Справочная информация

48. Законодательство о несостоятельности, как правило, обеспечивает уважение отдельного правового статуса каждого члена предпринимательской группы и требует подавать отдельные заявления об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении каждого из ее членов, отвечающего стандарту открытия производства по делу о несостоятельности и подпадающего под действие законодательства о несостоятельности. Существует ряд исключений ограниченного характера, допускающих распространение действия одного и того же заявления на других членов группы – например, в случаях, когда с включением в такое заявление более чем одного члена группы согласны все заинтересованные стороны; когда несостоятельность одного члена группы может затронуть других ее членов; когда в заявлении идет речь о сторонах, между которыми существует тесная экономическая интеграция, такая как взаимное переплетение активов или определенный уровень контроля или собственности; либо когда подход к группе как к единому субъекту имеет особый смысл с юридической точки зрения, особенно в контексте планов реорганизации.

49. Рекомендации *Руководства для законодательных органов*, касающиеся заявлений об открытии производства и открытия самого производства по делу о несостоятельности, будут применяться к должникам, являющимся членами предпринимательской группы, в той же степени, что и к должникам, представляющим собой отдельные коммерческие предприятия. В рекомендациях 15 и 16 устанавливаются стандарты открытия производства по

делу о несостоятельности применительно к заявлениям должника и кредитора и определяются основания для подачи заявлений в отношении каждого члена группы, удовлетворяющего этим стандартам, включая, в случае подачи заявления должником, неизбежное наступление несостоятельности. В контексте предпринимательской группы несостоятельность материнского предприятия или контролирующего члена группы может отражаться на финансовой стабильности дочернего предприятия или контролируемого члена группы, или несостоятельность нескольких таких членов группы может отражаться на платежеспособности других членов группы, и таким образом внутри группы неизбежно наступает несостоятельность в более широких масштабах. На такие случаи, по-видимому, распространяются положения рекомендации 15, если на момент подачи заявления в отношении несостоятельных членов группы можно говорить о том, что другие члены группы не смогут погасить свои долги в срок.

b) Цель объединенного заявления

50. Положения, разрешающие тем членам группы, которые удовлетворяют стандарту открытия производства, подавать объединенное заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, облегчали бы скоординированное судебное рассмотрение таких заявлений, не затрагивая статус их подателей как самостоятельных юридических лиц или устраняя необходимость соответствия каждого из них применимому стандарту открытия производства. Это также будет указывать суду на существование группы, особенно, если заявление должно сопровождаться информацией, подтверждающей существование группы и отношений между должниками, и, если последующее производство открывается на основании объединенного заявления, позволит установить общую дату открытия производства для соответствующих членов группы.

51. Такие объединенные заявления в случаях, когда это допускается законодательством и целесообразно в сложившихся обстоятельствах, могли бы включать в себя единое заявление, охватывающее всех членов группы, удовлетворяющих стандарту открытия производства, или подаваться параллельно и одновременно в отношении каждого из этих членов. Последний из упомянутых подходов может быть целесообразным в случаях, когда члены группы не находятся в одной внутренней юрисдикции и правомочностью обладают разные суды (как отмечается ниже) или когда другие обстоятельства соответствующего дела, например необходимость координации значительного числа производств, предполагают нецелесообразность подачи единого заявления. В обоих случаях законодательство о несостоятельности должно облегчать скоординированное судебное рассмотрение вопросов об удовлетворении стандартов открытия производства в отношении отдельных членов группы с учетом, в соответствующих случаях, группового контекста.

c) Объединенное заявление и процедурная координация как различные категории

52. Подачу объединенного заявления об открытии производства по делу о несостоятельности следует отличать от того, что понимается ниже под процедурной координацией. Подача объединенных заявлений разрешается с тем, чтобы облегчить скоординированное рассмотрение вопроса об открытии производства и по возможности сократить связанные с этим расходы. Открытие

нескольких производств на основе объединенного заявления должно также облегчить координацию таких производств; дата открытия производства и любые другие даты, рассчитанные со ссылкой на эту дату, в частности, даты, связанные с подозрительным периодом, будут одинаковыми для каждого члена. Подача объединенных заявлений разрешается не для того, чтобы предопределить порядок управления производством, если таковое открывается, и, в частности, решение вопроса о том, будет ли производство подлежать процедурной координации. Тем не менее, как указано ниже, объединенное заявление об открытии производства может включать ходатайство о процедурной координации и может облегчить принятие судом решения о процедурной координации.

d) Включение в объединенное заявление платежеспособного члена группы

53. В групповом контексте нередко обсуждается вопрос о том, можно ли включать платежеспособного члена группы в заявление об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении других членов группы и, если можно, то при каких обстоятельствах. В случаях, когда один из членов группы является, как представляется, платежеспособным, но в ходе дальнейшего расследования выявляется неизбежность наступления несостоятельности, включение такого члена в заявление, как отмечено выше, будет охватываться рекомендацией 15 *Руководства для законодательных органов*.

54. В то же время, если речь не идет о неизбежной несостоятельности, а конкретный член группы является платежеспособным, то могут использоваться иные подходы. Если группа тесно интегрирована, законодательство о несостоятельности может допускать включение в заявление об открытии производства тех членов группы, которые не удовлетворяют стандарту открытия производства, на том основании, что в интересах группы в целом желательно включение таких членов в производство. Факторы, важные для решения вопроса о том, имеет ли место необходимая степень координации, могут включать в себя: наличие между членами группы взаимосвязи, которая может определяться по-разному, но которая, среди прочего, подразумевает, например, значительную степень взаимозависимости или контроля; наличие смешанных активов; единую индивидуальность, опору на управленческую и финансовую поддержку или иные схожие факторы, не обязательно вытекающие из правовых отношений (например, между материнским и дочерним предприятиями) между членами группы. Еще одной ситуацией, в которой включение платежеспособного члена группы в объединенное заявление может быть уместным, является существование фиктивной "группы".

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

56. Вместе с тем одна из проблем, связанных с включением платежеспособного члена группы, заключается в том, что законодательство о несостоятельности охватывает, как правило, лишь те субъекты, которые, как

считается, должным образом удовлетворяют стандарту открытия производства по делу о несостоятельности. Однако платежеспособный член группы может быть включен в план реорганизации на добровольной основе, если такой член принимает коммерческое решение о том, что ему следует принять участие в этом плане (см. ниже пункт 184).

57. Подача объединенного заявления об открытии производства может допускаться также в случаях, когда все заинтересованные члены группы согласны с включением одного или нескольких других членов, независимо от того, являются ли те несостоятельными, или с согласия всех заинтересованных сторон, включая кредиторов. В законодательстве о несостоятельности можно также рассмотреть вопрос о том, может ли член группы, не охваченный производством по делу о несостоятельности на момент его открытия в отношении других ее членов, быть включен в производство позднее, если впоследствии он окажется затронутым этим производством или будет установлено, что его включение отвечает интересам группы в целом.

e) Лица, наделенные правом подавать объединенное заявление

58. Согласно подходу, использованному в рекомендации 14 *Руководства для законодательных органов*, законодательство о несостоятельности может допускать подачу объединенного заявления двумя или более членами предпринимательской группы, которые удовлетворяют стандарту открытия производства в законодательстве о несостоятельности. Подача заявления также может производиться любым кредитором в отношении тех членов группы, кредитором которых он является, разрешение кредитору подавать заявление в отношении членов группы, кредитором которых он не является, будет противоречить стандарту открытия производства, изложенному в рекомендации 14.

f) Компетентные суды

59. В связи с объединенным заявлением об открытии производства в отношении двух или более членов предпринимательской группы могут возникать вопросы юрисдикции, даже на внутригосударственном уровне, если эти члены группы находятся в разных местах и рассмотрение заявления может входить в компетенцию разных судов. Это может иметь место, например, в том случае, когда какая-либо группа действует в национальных масштабах в государствах, в которых рассмотрение дел о несостоятельности относится к компетенции судов, расположенных в разных местах или в которых заявления об открытии производства могут подаваться в разные суды. Некоторые законы могут допускать передачу объединенного заявления об открытии производства в один суд. Хотя подобный подход желателен, в конечном счете все будет зависеть от того, допускает ли внутреннее законодательство такой порядок рассмотрения объединенных заявлений, затрагивающих разных должников (пусть даже являющихся членами одной и той же группы), в разных юрисдикциях или судах. Для определения суда, компетентного рассматривать такое заявление, могут применяться различные критерии. Таким судом, например, может быть суд, компетентный вести производство в отношении материнской компании или контролирующего члены группы, когда они включены в заявление. Для определения внутренней превалярующей компетенции суда могут также

использоваться и другие критерии, например размер задолженности различных членов группы или центр контроля группы. В то же время кредиторы разных членов группы могут быть расположены в разных местах, в связи с чем возникают вопросы представительства и места, где будет созываться или учреждаться комитет кредиторов.

60. Потребуется, возможно, рассмотреть также вопросы оплаты соответствующих издержек и другие смежные административные вопросы, возникающие в связи с объединенным заявлением об открытии производства.

61. Хотя вопрос о том, какой суд обладает компетенцией для рассмотрения объединенного заявления об открытии производства в тех случаях, когда соответствующие члены группы находятся в разных внутренних юрисдикциях, может регулироваться иным законодательством, нежели законодательство о несостоятельности, желательно следовать подходу, использованному в рекомендации 13 *Руководства для законодательных органов*. Для этого в законодательстве о несостоятельности потребуется четко указать или включить ссылку на соответствующее законодательство, определяющее тот суд, который обладает юрисдикцией в отношении подобного заявления. Благодаря использованию такого подхода всем соответствующим сторонам будет ясно, в каких случаях и каким образом можно подавать такое заявление.

g) *Уведомление о подаче заявления*

62. В отношении объединенного заявления будут применяться рекомендации *Руководства для законодательных органов*, касающиеся уведомления о подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности. О подаче объединенного заявления кредитором следует уведомлять всех членов группы, которые охвачены таким заявлением в соответствии с рекомендацией 19(a). В соответствии с рекомендацией 22, если объединенное заявление подают члены группы, уведомление потребуется только после открытия производства на основании такого заявления.

Рекомендации 199-201

Цель законодательных положений

Цель положений об объединенном заявлении²⁰ об открытии производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы заключается в следующем:

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

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

²⁰ Подача объединенного заявления об открытии производства не влияет на правовой статус каждого из включенных в заявление членов группы, которые остаются самостоятельными и отличными друг от друга субъектами.

с) содействовать повышению эффективности и снижению расходов, связанных с открытием производств по делам о несостоятельности; и

d) создать механизм²¹, позволяющий судам принимать решение о целесообразности процедурной координации производств по делам о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности

199. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что в отношении двух или более членов предпринимательской группы, каждый из которых удовлетворяет применимому стандарту открытия производства²², может подаваться объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности.

Лица, наделенные правом подачи заявлений

200. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что объединенное заявление могут подавать:

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

б) кредитор, при условии, что он является кредитором каждого из членов группы, которых предполагается включить в объединенное заявление.

Компетентные суды

201. Для целей рекомендации 13 слова "открытие и ведение производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства" охватывают объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы²³.

²¹ Объединенное заявление не является необходимым условием процедурной координации, но оно может помочь суду вынести решение о целесообразности процедурной координации.

²² См. выше рекомендацию 15 об открытии производства по заявлению должника и рекомендацию 16 об открытии производства по заявлению кредитора.

²³ Рекомендация 13 гласит: "В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано (или должна содержаться ссылка на соответствующее законодательство, в котором устанавливается), какие суды обладают юрисдикцией в отношении открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства". Критерии, которые могут учитываться при определении компетентного суда, рассматриваются в комментарии, см. пункт 59 выше.

2. *Процедурная координация*

а) Цель процедурной координации

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

64. Упорядочение нескольких производств может достигаться различными способами, например посредством вынесения решения о процедурной координации, облегчающего обмен информацией с целью получения более полного представления о положении различных должников; объединения слушаний и заседаний, включая совместные заседания кредиторов; составления единого списка кредиторов и других заинтересованных сторон в целях подготовки уведомления и координации его подготовки; установления общих предельных сроков; согласования общей процедуры предъявления требований и скоординированной продажи активов; координации порядка расторжения сделок; и создания единого комитета кредиторов или координации действий нескольких комитетов кредиторов. Оптимизации процесса может также способствовать назначение единого управляющего в деле о несостоятельности для управления производством по делу о несостоятельности или обеспечение координации действий двух или нескольких назначенных управляющих (см. ниже, пункты 173-177). Этот процесс может предусматривать сотрудничество между двумя или более судами либо ведение нескольких производств в отношении членов группы одним и тем же судом, если это допускается внутренним законодательством.

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

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

66. При рассмотрении вопроса о целесообразности процедурной координации в каждом конкретном случае важное значение могут иметь различные факторы, связанные, например, с информацией, подтверждающей наличие группы, и выявлением связи между членами группы, включая позицию каждого члена группы, охватываемого заявлением, особенно в тех случаях, когда один из них является контролирующим членом группы или материнской компанией. Хотя предусмотреть столь подробные аспекты может быть нелегко в случаях, когда допускается ходатайство кредиторов о процедурной координации, суть подачи заявления заключается в том, что должники – это члены группы, а суд, как правило, должен убедиться в наличии такой связи при определении целесообразности открытия производства и вынесении решения о процедурной координации.

b) Участие кредиторов

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

c) Сроки подачи заявления

68. Поскольку преимущества процедурной координации могут быть очевидны уже в момент подачи заявления об открытии производства либо проявляться после его открытия, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности было гибким в отношении сроков подачи заявления о процедурной координации. В этой связи, возможно, целесообразно предусмотреть, чтобы заявление о процедурной координации подавалось одновременно с заявлением об открытии производства или в любое последующее время. Вместе с тем, учитывая тот факт, что цель процедурной координации заключается в координации ведения нескольких производств, практическая целесообразность вынесения решения на более позднем этапе производства будет иметь ограниченный характер в силу его сомнительной пользы. Иначе говоря, не следует ждать больших преимуществ от стремления координировать производства, которые уже почти

завершены. Аналогичный подход может применяться к включению дополнительных членов группы к существующему решению о процедурной координации в тех случаях, когда такие дополнительные члены становятся несостоятельными на более позднем этапе.

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

d) Лица, наделенные правом подачи заявлений

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

71. Что касается кредитора, то ограничение права на подачу заявления, распространяющееся на заявление об открытии производства по делам о несостоятельности, не подлежит обязательному применению. В тех случаях, когда заявление о процедурной координации подается в момент подачи заявления об открытии производства, вопрос об открытии производства может рассматриваться отдельно от вопроса процедурной координации. Аналогичным образом после открытия производств нет никаких оснований ограничивать право подавать заявления о процедурной координации для кредиторов, являющихся кредиторами членов группы, производство в отношении которых предполагается координировать, при этом решение о процедурной координации не должно быть обусловлено статусом кредитора, подающего заявление.

e) Компетентные суды

72. В связи с процедурной координацией могут также возникать проблемы юрисдикции, упоминавшиеся выше применительно к объединенным заявлениям об открытии производства (см. пункты 59-61 выше), в случаях, когда компетенцией в отношении различных членов группы, охваченных производством по делу о несостоятельности, обладают разные внутренние суды. В тех правовых системах, где подобные проблемы возникают, они, как правило, решаются путем обращения к положениям внутреннего процессуального права.

В некоторых государствах различные производства могут быть объединены или переданы в один суд, например, суд, компетентный вести производство по делу о несостоятельности в отношении материнской компании какой-либо группы. Для принятия решения о преимущественной компетенции отдельного суда на внутригосударственном уровне могут также использоваться различные другие критерии, например, очередность подачи заявлений, размер задолженности или центр контроля. Главным элементом объединения или передачи производства в один суд будет установление связи между соответствующими судами до такой передачи. Кредиторы различных членов группы могут также находиться в разных местах, в связи с чем возникают проблемы представительства и определения места проведения заседаний или создания комитетов кредиторов.

73. Хотя эти вопросы могут регулироваться иным законодательством, нежели законодательство о несостоятельности, желательно, как отмечалось выше в отношении объединенных заявлений (пункт 61), использовать подход, предусмотренный в рекомендации 13. Для этого в законодательстве о несостоятельности потребуется четко указать или включить ссылку на соответствующий закон об установлении юрисдикции суда в отношении заявления о процедурной координации.

f) Уведомление в отношении процедурной координации

74. На заявление о процедурной координации могут распространяться те же требования, что и на направление уведомления о подаче заявления об открытии производства согласно *Руководству для законодательных органов* (см. рекомендации 19, 22-24). Если заявление о процедурной координации подается одновременно с заявлением об открытии производства, то в соответствии с рекомендацией 19 уведомлять соответствующих должников потребуется лишь о заявлении кредиторов о процедурной координации.

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

76. В тех случаях, когда заявление о процедурной координации подается после открытия производства, может быть уместным направление уведомления кредиторам независимо от того, что процедурная координация не затрагивает материальные права кредиторов. Направление уведомления может иметь особое значение в случаях, когда в законодательстве, как это отмечено выше, предусмотрено, что дела, открытые в разных юрисдикциях, должны передаваться для рассмотрения или урегулирования в один суд и что передача может затронуть такие процессуальные аспекты производства, представляющие интерес для кредиторов, как место проведения заседаний комитета кредиторов или место предъявления требований.

77. Предусмотренное обязательство направлять уведомления всем кредиторам может быть выполнено путем направления коллективного уведомления, например путем опубликования уведомления в соответствующем юридическом издании, если это разрешено согласно внутреннему законодательству и целесообразно в случае, например, большого числа кредиторов с весьма незначительными требованиями. В дополнение к информации, требуемой

согласно изложенным выше рекомендациям в отношении направления уведомления об открытии производства (рекомендация 25), уведомление, касающееся решения о процедурной координации, может включать положения такого решения и информацию, например о координации слушаний и заседаний, а также о требуемых договоренностях в отношении кредитования.

g) Изменение или отмена постановления о процедурной координации

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

Рекомендации 202-120

Цель законодательных положений

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

- a) обеспечить скоординированное управление производством по таким делам о несостоятельности при одновременном сохранении отдельной правосубъектности каждого члена группы;
- b) повысить эффективность затрат и увеличить объем возмещения кредиторам.

Содержание законодательных положений

Процедурная координация двух или более производств по делам о несостоятельности

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

203. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что по ходатайству лица, имеющего право на подачу заявления согласно

рекомендации 206, или по собственной инициативе суд²⁴ может вынести решение о процедурной координации.

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

Заявление о процедурной координации

– Срок подачи заявления

205. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что заявление о процедурной координации может быть подано в момент подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или в любой последующий момент²⁵.

Лица, наделенные правом подавать заявление

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

- а) членом предпринимательской группы, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открыто производство по делу о несостоятельности;
- б) управляющим в деле о несостоятельности члена предпринимательской группы; или
- с) кредитором²⁶ члена предпринимательской группы, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открыто производство по делу о несостоятельности.

Согласованное рассмотрение заявления

207. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что суд²⁷ может принимать надлежащие меры для согласованного рассмотрения с любым другим компетентным судом заявления о процедурной координации производств по делам о несостоятельности, открытых в отношении двух или более членов

²⁴ Координация может осуществляться разными судами, обладающими компетенцией в отношении разных членов группы, или одним судом, обладающим компетенцией в отношении ряда разных производств по делам о несостоятельности, касающихся членов одной и той же группы. Соответственно, решение о процедурной координации может потребовать действий со стороны более, чем одного суда.

²⁵ Нецелесообразность вынесения решения о процедурной координации на конечном этапе производства по делу о несостоятельности рассматривается в комментарии; см. пункты 68-69 выше.

²⁶ Для подачи заявления о процедурной координации кредитору необязательно быть кредитором всех членов группы, о координации производств по делам о несостоятельности которых он ходатайствует.

²⁷ См. сноску 23 выше.

предпринимательской группы. Такие меры, например, могут включать ведение скоординированных производств, проведение совместных слушаний, а также обмен информацией и раскрытие информации.

Изменение или прекращение действия решения о процедурной координации

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

Компетентные суды

209. Для целей рекомендации 13 слова "открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства" включают заявления и решения о процедурной координации производств по делам о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы²⁸.

Уведомление о процедурной координации

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

С. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

79. В тексте выше подробно рассматриваются возможные последствия, которые повлечет за собой открытие производства по делу о несостоятельности для должника и его активов (см. часть вторая, глава II). В целом об этих последствиях в равной степени можно говорить и в случае открытия производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы. Некоторые из последствий, которые могут отличаться в контексте группы, обсуждаются ниже применительно к защите и сохранению имущественной массы в делах о несостоятельности; финансированию после открытия производства; расторжению; субординации; и средствам правовой защиты, включая приказы о материальной консолидации.

²⁸ Критерии, использование которых может быть уместным для определения компетентного суда, рассматриваются в комментарии, см. пункт 59 и сноску 23 выше.

1. Защита и сохранение имущественной массы в делах о несостоятельности

а) Применение моратория в отношении платежеспособного члена группы

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

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

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

занимающегося торговлей, негативные последствия могут быть более серьезными, чем для деятельности члена группы, учрежденного в качестве держателя определенных активов или пассивов.

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

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

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

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

87. Если обеспеченным кредитором является член одной и той же предпринимательской группы, в состав которой входят должник или должники, то для решения вопроса о защите может потребоваться иной подход, особенно в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает материальную консолидацию или субординацию требований лиц, связанных с должником (см. пункты 121-126 ниже).

b) Финансирование после открытия производства

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

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

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

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

92. Рекомендация 39 разрешает суду выносить решения о мерах временного характера для сохранения активов должника до открытия производства по делу о несостоятельности, если эти меры необходимы для защиты этих активов и интересов кредиторов. Поскольку эти меры могут включать разрешение предоставления финансирования после подачи заявления, такое предоставление финансирования следует в связи с этим рассматривать как подпадающее под действие рекомендации 39.

2. Использование и реализация активов

93. Выше отмечалось (см. часть вторая, 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.

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

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

3. *Финансирование после открытия производства*

а) Потребность в финансировании после открытия производства

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

97. Финансирование после открытия производства может играть еще более важную роль в условиях групп, нежели в условиях производства по делам о несостоятельности в отношении отдельных предприятий. Если нет поступлений средств на постоянной основе, то весьма призрачными являются перспективы реорганизации неплатежеспособной предпринимательской группы или продажи всех или части ее в качестве отдельной хозяйствующей единицы. Экономические последствия такого отсутствия средств, по-видимому, будут значительно серьезнее, особенно в условиях крупных групп, чем они были бы в случае отдельных должников. Поэтому причины необходимости привлечения финансирования после открытия производства в условиях группы такие же, как и в случае отдельных должников, хотя может возникнуть целый ряд вопросов, отличных от тех, которые возникают в связи с отдельными должниками. В числе таких вопросов можно назвать следующие: согласование интересов отдельных членов предпринимательской группы с потребностями в реорганизации группы в целом; предоставление финансирования после открытия производства платежеспособными членами группы, особенно в тех случаях, когда могут возникнуть вопросы контроля (если, например, платежеспособный член контролируется неплатежеспособной материнской компанией группы; режим сделок, которые, как правило, заключаются между лицами, связанными с должником (см. глоссарий, пункт (jj)); предоставление финансирования другими членами группы, затронутыми производством по делу о несостоятельности; возможность коллизии интересов между потребностями различных должников в отношении текущего финансирования, если для нескольких членов группы назначен единый управляющий по делу о несостоятельности; 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.

98. Рекомендации 63-68 призваны содействовать обеспечению финансирования в целях продолжения работы или выживания предприятия-должника и обеспечивают соответствующую защиту лиц, которые предоставляют финансирование после открытия производства, а также других сторон, права которых могут быть затронуты вследствие предоставления финансирования после открытия производства.

b) Источники финансирования после открытия производства в условиях группы

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

i) Предоставление финансирования после открытия производства платежеспособным членом группы

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

101. Однако подобное использование активов платежеспособного члена группы ставит ряд вопросов, особенно если этот платежеспособный член может стать или впоследствии становится неплатежеспособным. Хотя платежеспособное предприятие может предоставлять такое финансирование по своему усмотрению по соответствующему законодательству о компаниях в коммерческом контексте,

а не в соответствии с законодательством о несостоятельности, последствия такого предоставления финансирования в конечном итоге могут регулироваться законодательством о несостоятельности. Например, могут возникнуть вопросы о том, будет ли платежеспособный член группы иметь право на приоритет, предоставляемый в соответствии с рекомендацией 64, если он предоставляет финансирование неплатежеспособному члену группы; будет ли на требование, возникающее в связи со сделкой, распространяться особый режим в силу того, что сделки заключены между лицами, связанными с должником, в соответствии с рекомендацией 184; и можно ли рассматривать такую сделку в качестве преференциальной сделки в любом последующем производстве по делу о несостоятельности члена группы, предоставляющего это финансирование. В соответствии с некоторыми законами предоставление такого финансирования может быть запрещено как представляющее собой передачу активов платежеспособного субъекта неплатежеспособному субъекту в ущерб интересам кредиторов и акционеров платежеспособного субъекта.

102. Некоторые из трудностей, связанных с предоставлением финансирования платежеспособным членом группы, могут быть решены, если их рассматривать в контексте плана реорганизации, в котором платежеспособный член группы, а также внешние кредиторы, могут участвовать на договорной основе. Хотя возможны ситуации, когда такой подход может быть уместным, требование о финансировании после открытия производства на любой ранней стадии производства по делу о несостоятельности в процессе реорганизации до согласования плана, а также в таких случаях, когда предприятие ликвидируется как функционирующая хозяйствующая единица при отсутствии плана реорганизации, дает основания полагать, что его применение будет иметь ограниченный характер.

103. Рекомендация 63 устанавливает основу для привлечения финансирования после открытия производства (которое управляющий в деле о несостоятельности считает необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия должника или для сохранения или увеличения стоимости имущественной массы), а также для получения разрешения на такое финансирование (от суда или кредиторов). Эти требования сохраняют свою актуальность и в контексте предпринимательских групп, а во избежание сомнений рекомендацию 63 следует толковать как применимую к члену группы, затронутому производством по делу о несостоятельности, который получает финансирование после открытия производства либо от внешнего кредитора, либо от платежеспособного члена той же группы.

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

104. Предоставление финансирования после открытия производства одним членом группы, затронутым производством по делу о несостоятельности, другому такому члену группы прямо не рассматривается в *Руководстве*. Для облегчения предоставления финансирования после открытия производства в такой ситуации, возможно, потребуются дополнительно рассмотреть некоторые общие запреты, предусмотренные существующим законодательством в отношении неплатежеспособных субъектов, которые берут и предоставляют кредиты. Принципиальное обоснование этих запретов становится еще более

очевидным, когда и кредитор и заемщик не только неплатежеспособны и затронуты производством по делу о несостоятельности, но и являются членами одной и той же предпринимательской группы. Существование группы может также вызывать вопросы, связанные с обязанностями и обязательствами управляющего в деле о несостоятельности, когда такой управляющий одного неплатежеспособного члена группы стремится оказать содействие в предоставлении финансирования после открытия производства другому неплатежеспособному члену группы.

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

Коллизия интересов

106. Предоставление финансирования в контексте группы затрагивает вопросы возможного ущерба и коллизии интересов, которые не возникают в случае наличия одного должника. Коллизия интересов может, например, возникнуть при согласовании интересов группы в целом с потенциальными интересами кредитора и получателя финансирования после открытия производства, особенно в том случае, когда в рамках производства по делу о несостоятельности назначен единый управляющий в деле о несостоятельности ряда членов группы. Например, управляющий в деле о несостоятельности члена группы, предоставляющего финансирование, может быть также управляющим в деле о несостоятельности члена группы, получающего финансирование. Эта ситуация может регулироваться в законодательстве о несостоятельности несколькими способами, например, путем требований об утверждении финансирования после открытия производства судом или кредитором или путем назначения одного или нескольких дополнительных управляющих в деле о несостоятельности для обеспечения защиты интересов кредиторов разных членов группы (см. пункты 173-178 ниже). Такое назначение может урегулировать данную конкретную коллизию или в более общем плане урегулировать ее на период ведения производства.

107. Существует также вопрос о возможности требовать от неплатежеспособного члена группы гарантировать в рамках механизмов финансирования всей предпринимательской группы в целом финансирование, предоставленное платежеспособным членом группы. Поскольку предоставление такой гарантии, по всей видимости, будет являться распоряжением активами неплатежеспособного члена группы, оно, вероятно, будет подпадать под действие рекомендаций, касающихся этого вопроса (см. рекомендации 52-62).

iii) Приоритет финансирования после открытия производства

108. В рекомендации 64 указывается необходимость установления приоритета, который будет предоставляться финансированию после открытия производства, и очередности такого приоритета, а именно первоочередность по отношению к обычным необеспеченным кредиторам, включая кредиторов, имеющих административный приоритет. Хотя приоритет в целом является важным стимулом для предоставления такого финансирования, побудительный мотив, требуемый в условиях группы, по-видимому, несколько отличается от ситуации отдельного должника. Особый интерес для члена группы, предоставляющего финансирование, возможно, в большей степени представляют результаты производства по делу о несостоятельности для группы в целом (включая этого члена), а не коммерческие соображения прибыли или краткосрочной выгоды. С учетом этих обстоятельств представляется целесообразным рассмотреть уместность очередности приоритета, рекомендованного в рекомендации 64. Согласно одному возможному мнению, такая очередность приоритета обеспечивает должный стимул для предоставления финансирования и достаточную защиту для кредиторов лица, предоставляющего финансирование. Согласно другому возможному мнению, характер сделки с участием лица, связанного с должником, и условия группы (включая собственную заинтересованность лица, предоставляющего финансирование, в результатах производства по делу о несостоятельности для группы в целом) указывают на желательность предоставления более низкого приоритета для защиты интересов кредиторов в более общем плане и достижения равновесия между интересами кредиторов лица, предоставляющего финансирование, и интересами члена группы, получающего это финансирование. Независимо от того, какой из подходов будет выбран, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был предусмотрен приоритет такого кредитования и оговорена его соответствующая очередность.

iv) Обеспечение для финансирования после открытия производства

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

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

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

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

112. Если считается желательным придать обеспечительному интересу, предоставленному в порядке обеспечения нового финансирования, более высокий приоритет по сравнению с существующим обеспечительным интересом в одних и тех же активах, как это предусмотрено в рекомендации 66, то

защитные оговорки, применимые в соответствии с этой рекомендацией и рекомендацией 67, будут применяться в контексте группы.

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

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

Рекомендации 211-216

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся финансирования после открытия производства применительно к предпринимательским группам, заключается в следующем:

- a) способствовать привлечению финансовых средств для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятий членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, либо для сохранения или увеличения стоимости их активов;
- b) способствовать предоставлению финансирования членами предпринимательской группы, включая членов, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности;
- c) обеспечить надлежащую защиту поставщикам и получателям финансовых средств после открытия производства и тем сторонам, права которых могут быть затронуты предоставлением такого финансирования; и
- d) способствовать достижению целей справедливого распределения выгод и ущерба, связанных с предоставлением финансирования после открытия производства, среди всех участвующих членов группы.

Содержание законодательных положений²⁹

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

²⁹ Рекомендации 211-216 были пересмотрены на тридцать шестой сессии Рабочей группы, но не рассмотрены из-за отсутствия времени. Соответственно в настоящем документе они заключены в квадратные скобки.

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

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

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

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

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

а) сочтет это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия этого члена предпринимательской группы;

б) сочтет это необходимым для сохранения или увеличения стоимости имущественной массы этого члена предпринимательской группы; и

с) сочтет [в соответствии с законодательством о несостоятельности], что любой возможный ущерб кредиторам будет компенсирован выгодой, полученной от предоставления финансирования, обеспечительного интереса, гарантии или другого заверения.]

[213. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении получения разрешения суда или согласия кредиторов на привлечение финансирования после открытия производства в соответствии с рекомендациями 211 и 212.

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

[214. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в соответствии с рекомендацией 63 финансирование после открытия производства может быть получено от члена предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другим членом группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности получающего финансирование члена группы сочтет это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия этого члена

группы или сохранения или увеличения стоимости имущественной массы. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении разрешения суда или согласия кредиторов на получение финансирования после открытия производства.]

Приоритет финансирования после открытия производства

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

Обеспечение финансирования после открытия производства

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

4. Процедуры расторжения сделок

а) Характер сделок предпринимательской группы

114. Рекомендации 87-99, касающиеся расторжения сделок, в целом применимы к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы, хотя в отношении сделок между членами группы могут применяться дополнительные соображения в силу структуры группы разных взаимоотношений, которые члены группы могут иметь между собой. Для того, чтобы разобраться в многослойном переплетении внутригрупповых сделок и определить, подлежат ли расторжению какие-либо из них, порой требуются большие временные и финансовые затраты. Некоторые сделки, которые в отношениях между их непосредственными участниками могут казаться преференциальными или совершенными по заниженной стоимости, могут выглядеть иначе при их рассмотрении в более широком контексте предпринимательской группы, в рамках которой выгода и ущерб от сделок могут определяться в более широком плане. Эти сделки, например, контракты, заключаемые для целей внутригруппового ценообразования³⁰, могут иметь в своей основе иные положения и условия, чем аналогичные контракты, заключаемые между не связанными друг с другом коммерческими партнерами на обычных коммерческих условиях. Аналогичным образом некоторые разрешенные законом сделки, совершаемые внутри предпринимательской группы, могут быть лишены коммерческого смысла вне группы, если анализировать выгоды и издержки этих сделок исходя из обычных коммерческих соображений.

³⁰ Внутригрупповое ценообразование означает ценообразование на товары и услуги в организации, состоящей из многих подразделений. Товары из производственного отдела могут продаваться в отдел сбыта или товары из материнской компании могут продаваться иностранному филиалу. Выбор внутригруппового ценообразования затрагивает распределение всей прибыли между частями компании. Выбор такого ценообразования может быть выгодным с точки зрения бухгалтерии, поскольку большая часть прибыли образуется в стране с низкими налогами.

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

b) Критерии расторжения сделок в контексте предпринимательской группы

116. В контексте группы, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о том, заключается ли цель положений о расторжении сделок в защите внутригрупповых сделок в интересах группы в целом, исходя из того, что эти сделки являются "обычными коммерческими" операциями, или в осуществлении особого контроля за их проведением, предполагающего более высокую вероятность их расторжения, учитывая отношения между оперирующими сторонами как членами группы и положения законодательства о несостоятельности, применимые к сделкам с участием лиц, связанных с должником. Определение "лицо, связанное с должником" включает таких членов предпринимательской группы, как материнская или дочерняя компания, партнер или филиал несостоятельного члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, либо лицо, в том числе юридическое, которое контролирует или контролировало должника (см. термины и определения, пункт (jj)). Хотя в некоторых случаях 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, само существование предпринимательской группы отнюдь не всегда может являться достаточным основанием для рассмотрения всех внутригрупповых сделок как сделок между лицами, связанными с должником, которые подлежат расторжению, о чем говорилось выше (часть вторая, глава V, пункт 48).

117. Некоторые сделки, совершаемые в контексте группы, можно однозначно отнести к категориям сделок, подлежащих расторжению согласно рекомендации 87. Другие сделки не столь явно подпадают под действие этой рекомендации, и в связи с ними могут возникать вопросы о том, в какой степени можно считать, что группа действовала как единое предприятие, или насколько тесно были переплетены между собой активы и пассивы ее различных членов, так как это потенциально влияет на их сделки между собой и с внешними

кредиторами. Возможны также сделки, которые являются внутригрупповыми сделками в силу того, что их нельзя проводить иным образом, или в силу того, что они вытекают из самой структуры группы. Например, в ряде случаев финансирование может быть получено только на внутригрупповой основе, поэтому нет никаких оснований распространять на такие сделки более жесткий режим, чем тот режим, который применяется к сделкам с участием внешнего кредитодателя. Кроме того, как отмечалось выше, группа может привлекать централизованные денежные потоки и трансферты, что было бы невозможно без создания группы.

118. 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 по гарантийному обязательству. В этой связи желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности эти вопросы были рассмотрены в контексте группы, включая связанные с группой факторы, которые следует учитывать при квалификации конкретной сделки между членами группы, как сделки, подлежащей расторжению в соответствии с рекомендацией 87.

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

120. В рекомендации 93 содержится ограниченное положение о праве кредитора начинать процедуру расторжения сделки с согласия управляющего в деле о несостоятельности или с санкции суда. В контексте группы уровень интеграции группы может иметь серьезные последствия для способности кредиторов идентифицировать члена группы, с которым они имеют дело, и, следовательно,

для получения информации, необходимой для начала процедур расторжения сделки.

Рекомендации 217-218

Цель законодательных положений

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

Содержание законодательных положений

Сделки, подлежащие расторжению

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

Элементы критериев для расторжения сделок и возражения

218. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить порядок применения элементов, упомянутых в рекомендации 97, к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы³¹.

5. Субординация

121. Как отмечалось выше, (см. часть вторая, глава V, пункт 56), субординация подразумевает изменение системы приоритетов кредиторов в делах о несостоятельности и не связана с действительностью или правомерностью какого-либо требования. Даже будучи действительным, требование может, тем не менее, быть субординировано на основании добровольного соглашения или по предписанию суда. Двумя категориями требований, которые, как правило, могут субординироваться при несостоятельности, являются требования лиц, связанных с должником, и требования собственников и акционеров должника.

³¹ То есть элементы, подлежащие доказыванию для расторжения той или иной сделки, бремя доказывания, конкретные возражения в отношении расторжения сделок и применение специальных презумпций.

a) Требования лиц, связанных с должником

122. 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.

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

124. В пункте 48 главы V части второй указан ряд ситуаций, при которых может быть уместным особый подход к требованию лица, связанного с должником (например, когда предприятие должника имеет чрезвычайно низкую капитализацию и когда имеются доказательства совершения сделок в корыстных целях). В контексте группы, применительно к отношениям между материнской компанией и контролируемым ею членом группы, могут учитываться, в частности следующие дополнительные соображения: участие материнской компании в управлении таким членом группы; вопрос о том, намеревалась ли материнская компания манипулировать внутригрупповыми сделками в интересах получения собственной выгоды за счет внешних кредиторов; или вопрос о том, было ли поведение материнской компании недобросовестным в иных отношениях в ущерб кредиторам и акционерам контролируемого члена группы. Согласно законам некоторых стран, в этих случаях требования материнской компании могут быть субординированы по отношению к требованиям необеспеченных кредиторов, не связанных с должником, или даже миноритарных акционеров контролируемого члена группы.

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

которые разрешают добровольную субординацию внутригрупповых требований по отношению к требованиям внешних кредиторов.

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

b) Режим акционерного капитала

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

128. Лишь немногие законы о несостоятельности содержат конкретные положения, касающиеся субординации требований акционеров в контексте предпринимательской группы. Например, один из таких законов разрешает судам проводить проверку внутригрупповых финансовых механизмов в целях определения того, следует ли конкретные средства, переданные члену группы, в отношении которого было открыто производство по делу о несостоятельности, рассматривать не в качестве внутригрупповой ссуды, а в качестве вклада в акционерный капитал, что позволяет придать ему более низкий приоритет по сравнению с требованиями кредиторов. Такие средства с большой вероятностью будут приравниваться к акционерному капиталу в тех случаях, когда до поступления этих средств соотношение заемного и собственного капитала компании было высоким, а после их поступления это соотношение уменьшилось; когда оплаченная часть акционерного капитала была недостаточна; когда мала вероятность того, что внешний кредитор предоставит ссуду в аналогичных обстоятельствах; а также когда условия предоставления этих средств были настолько необоснованными, что рассчитывать на их возвращение было бы неразумным.

129. Вопросы субординации в контексте режима требований и приоритетов рассматриваются выше, однако в самом Руководстве каких-либо рекомендаций в отношении субординации тех или иных конкретных видов требований согласно законодательству о несостоятельности не содержится, а лишь отмечается, что субординированные требования следуют в порядке очередности после требований обычных необеспеченных кредиторов (рекомендация 189)³².

D. Средства правовой защиты

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

131. Если принадлежность активов и пассивов удастся установить, то в соответствии с принципом самостоятельности членов группы размер возмещения, которое может получить кредитор, ограничивается стоимостью активов члена группы, кредитором которого он является. Для тех случаев, когда вычленив активы и пассивы не удастся или существуют другие причины для применения к группе режима единого предприятия, в законодательстве ряда стран предусмотрены средства правовой защиты, позволяющие отступать от принципа самостоятельности членов группы. Исторически такие средства правовой защиты создавались в противовес традиционному принципу самостоятельности членов группы, применение которого к предпринимательским группам в некоторых случаях считалось неэффективным и несправедливым. Помимо расторжения внутригрупповых сделок и субординации требований по внутригрупповым кредитам, к таким средствам правовой защиты относятся: распространение ответственности по внешним долгам на платежеспособных членов группы, а также на должностных лиц и акционеров предприятия; издание приказов о долевом участии и приказов об объединении активов или материальной консолидации. Некоторые из этих средств правовой защиты требуют установления вины, другие – установления определенных фактов о деятельности предпринимательской группы. В ряде случаев, особенно когда речь идет о неправомерных действиях руководства, более уместными могут оказаться иные средства правовой защиты, например отстранение от должности замешанных в подобных действиях директоров и ограничение участия руководства компании в ее реорганизации.

³² См. также Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

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

I. Распространение ответственности

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

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

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

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

- b) мошеннические действия доминирующего акционера, которые, в частности, могут заключаться в "выкачивании" активов члена группы, увеличении его обязательств или ведении дел этого члена группы с намерением ввести в заблуждение кредиторов;
- c) выполнение членом группы функций агента, доверенного лица или партнера материнской компании или контролирующего члена группы;
- d) ведение дел группы или члена группы в порядке, который может ущемлять интересы некоторых категорий кредиторов (например, принятие обязательств перед сотрудниками одного из членов группы);
- e) искусственное расчленение унитарного предприятия на несколько самостоятельных подразделений для защиты одного из них от потенциальной ответственности; невыполнение формальных требований, связанных с соблюдением самостоятельного юридического статуса членов группы, в том числе несоблюдение принципа ограниченной ответственности членов группы или смешение личных и корпоративных активов; или создание фиктивной предпринимательской группы в качестве прикрытия, например в тех случаях, когда корпоративная форма используется для уклонения от нормативных или договорных обязательств;
- f) недостаточная капитализация компании, вследствие которой компания не располагает достаточным капиталом для осуществления своей деятельности. Такая ситуация может сложиться как в момент учреждения компании, так и вследствие сокращения капитала в результате обратных выплат акционерам или выдачи им большего количества средств, чем подлежащий распределению объем прибыли;
- g) представление искаженной информации об истинном характере корпоративной группы с целью создания у кредиторов впечатления, что они имеют дело с самостоятельным предприятием, а не членом группы;
- h) злоупотребление должностными полномочиями, в случае которого любому лицу, в том числе другому члену группы, может быть предъявлено требование возместить любые убытки или ущерб, причиненные другому члену группы в результате мошенничества, нарушения должностных обязанностей или иных неправомерных действий, в частности наносящих значительный вред здоровью людей или окружающей среде;
- i) неправомерное ведение дел, когда руководство члена группы, в том числе теневое руководство, не выполняет требование, согласно которому оно обязано следить за способностью этого члена группы продолжать полноценную коммерческую деятельность с учетом его финансового состояния и должно подавать заявление о признании его несостоятельным в течение определенного срока с момента наступления несостоятельности. К этой категории относятся случаи, когда какому-либо из членов группы было дано разрешение или указание принимать новые долговые обязательства, несмотря на его фактическую или вероятную несостоятельность; и
- j) несоблюдение нормативных требований, в частности в отношении ведения регулярного бухгалтерского учета операций дочернего предприятия или контролируемого члена группы.

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

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

138. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что контролирующий член группы или материнские компании могут принимать на себя ответственность по долгам дочерних предприятий либо по договоренности, особенно если кредиторами являются банки, либо путем предоставления добровольных перекрестных гарантий. Согласно законам других стран, в которых предусматриваются различные формы объединения предпринимательских групп, головной член группы может нести солидарную и индивидуальную ответственность перед кредиторами объединенных членов группы по обязательствам, возникшим как до, так и после официального оформления их объединения.

2. Приказы о долевом участии

139. Приказ о долевом участии – это приказ, которым суд может обязать платежеспособного члена группы выделить определенные средства в целях полного или частичного покрытия долгов других членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности. Хотя приказы о долевом участии сравнительно редко предусматриваются законодательством о

несостоятельности, в нескольких правовых системах такие меры введены или вопрос об их введении обсуждается, однако их применение обычно ограничивается рамками ликвидационного производства.

140. Некоторые из вопросов, о которых будет идти речь ниже, возможно, не требуют отражения в законодательстве о несостоятельности, поскольку соответствующие меры правовой защиты могут быть уже предусмотрены другими законами, касающимися, например, вопросов ответственности и неправомерного ведения дел.

141. Там, где приказы о долевом участии допускаются законом, полномочия издавать такие приказы, как правило, используются нечасто в силу упомянутых выше проблем, связанных с согласованием интересов двух групп необеспеченных кредиторов, которые вели дела с двумя отдельными членами группы. Кроме того, суды нередко придерживаются мнения, что издание приказа о внесении доли, необходимой для полного погашения задолженности, является нецелесообразным, если такой приказ поставит под угрозу платежеспособность члена группы, пока еще не подлежащего ликвидации, тогда как приказ о внесении доли, ограниченной размерами определенной части активов, например, средств, оставшихся после исполнения добросовестно принятых обязательств, может быть вынесен.

142. Согласно одному из законов, в котором предусмотрены приказы о долевом участии, при рассмотрении вопроса об издании такого приказа суд должен учитывать определенные обстоятельства. К ним относятся: степень участия родственного члена группы в управлении ликвидируемого члена группы; поведение родственного члена группы по отношению к кредиторам ликвидируемого члена группы, хотя утверждения кредитора о том, что в своих действиях он исходил из существования связи между членами группы, не являются достаточным основанием для издания приказа; обусловленность обстоятельств, приведших к ликвидации, действиями родственного члена группы; поведение платежеспособного члена группы после открытия ликвидационного производства по отношению к его родственному члену группы, особенно если такое поведение косвенно или напрямую затрагивает интересы кредиторов члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, например отношении платежеспособного члена группы к неисполнению договора; а также другие вопросы, которые суд сочтет уместными в данной ситуации³³. Издание приказа о долевом участии возможно также в тех случаях, когда, например, на дочернее предприятие или контролируемого члена группы возлагается значительный объем ответственности за вред, причиненный личности физических лиц, или когда материнская компания или контролирующий член группы позволяют дочернему предприятию или контролируемому члену группы продолжать коммерческую деятельность в условиях его несостоятельности.

³³ Новая Зеландия, Закон о компаниях 1993 года, разделы 271(1)(а) и 272(1).

3. Материальная консолидация

а) Введение

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

144. Несмотря на отсутствие в законодательстве прямо предусмотренных полномочий, а также четкого перечня обстоятельств, при которых допускается издание приказов о материальной консолидации, в некоторых правовых системах непосредственную роль в развитии подобной практики и выработке соответствующих критериев играют судебные органы. Это свидетельствует о том, что суды все чаще признают широкое распространение практики использования взаимосвязанных корпоративных структур для целей уплаты налогов и ведения коммерческой деятельности. Однако число обстоятельств, при которых допускается издание приказа о консолидации, весьма ограничено и чаще всего сводится к случаям, когда из-за тесной интеграции членов группы, объединяемых отношениями контроля или собственности, было бы трудно или вовсе невозможно установить, не затратив большого количества времени и средств, кому из членов группы принадлежат те или иные активы и пассивы.

145. Вопрос о консолидации обычно рассматривается в контексте ликвидационного производства, и если законодательство той или иной страны допускает возможность консолидации, то только в этом контексте. Однако есть целый ряд законопроектов, в которых предлагается разрешить консолидацию и в рамках различных типов реорганизации. В правовых системах, не имеющих конкретных законодательных положений на этот счет, издание приказов о консолидации возможно как при ликвидации, так и при реорганизации, если, например, издание такого приказа облегчает реорганизацию группы. Хотя обычно для консолидации требуется соответствующее постановление суда, она может проводиться и с общего согласия заинтересованных сторон. Некоторые

комментаторы отмечают, что консолидация с общего согласия сторон довольно часто происходит на практике, когда дело касается предпринимательской группы, причем нередко в тех ситуациях, когда суд, в случае подачи ему официального заявления, скорее всего, поддержал бы протест кредиторов против консолидации. Консолидация может быть проведена и в рамках осуществления плана реорганизации. Согласно законодательству некоторых стран, в план реорганизации разрешается включать предложение о консолидации должника с другими членами группы, как несостоятельными, так и платежеспособными, которое может быть реализовано с согласия кредитора.

146. Консолидация может быть целесообразна в тех случаях, когда она позволяет увеличить стоимость, возвращаемую кредиторам, будь то в силу структурных отношений между членами группы и специфики их хозяйственных и финансовых связей, или за счет стоимости активов, находящихся в общем пользовании всей группы, например интеллектуальной собственности, используемой как в процессе производства, в котором могут участвовать несколько членов группы, так и в продукте такого производства. Консолидация будет оправдана также в том случае, когда члены группы фактически никак не обособлены друг от друга, а групповая структура сохраняется исключительно в обманных или мошеннических целях.

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

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

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

b) Обстоятельства, дающие основания для консолидации

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

151. Хотя все эти многочисленные факторы имеют значение, некоторые суды уделяют особое внимание лишь нескольким факторам, в частности тому, являются ли дела членов группы настолько взаимосвязанными, что разделение их активов и пассивов было бы возможно лишь ценой чрезвычайно больших финансовых издержек и затрат времени, и участвуют ли члены группы в мошеннических схемах или противозаконной хозяйственной деятельности.

Что касается первого основания, то требуемая степень смешения активов и пассивов трудно поддается количественной оценке и разные суды квалифицируют ее по-разному как степень смешения, разделение которой бессмысленно или практически невозможно; которое потребует столько времени и столько расходов, что разделение взаимосвязанных операций членов группы и собственности на активы было бы несоразмерно результату, или эти расходы будут настолько значительными, что это поставило бы под угрозу реализацию кредиторами любых чистых активов; или которое делает произвольным и лишенным экономического смысла распределение активов и пассивов между соответствующими членами группы. При принятии решения о том, что степень смешения активов и пассивов в конкретном случае оправдывает проведение материальной консолидации, суды принимали во внимание различные факторы, в том числе характер взаимных операций и связей между членами группы, включая вопросы управления и финансовые вопросы; достаточность бухгалтерского учета отдельных членов группы; соблюдение надлежащих корпоративных формальностей; порядок перевода средств и активов между различными членами группы; и прочие аналогичные факторы, касающиеся деятельности группы.

152. Под мошенничеством в данном случае понимаются не столько конкретные мошеннические действия, совершаемые в ходе повседневной коммерческой деятельности компании, сколько полное отсутствие законной коммерческой цели, которая могла бы служить оправданием создания компании, а после ее создания – осуществляемой ею деятельности (см. пункт 135 (е) выше). Примером такого мошенничества могут служить передача должником практически всех своих активов вновь созданному предприятию или отдельным принадлежащим ему предприятиям, с тем чтобы сохранить такие активы для собственной выгоды или воспрепятствовать действиям кредиторов, вызвать задержку и ввести в заблуждение кредиторов, фальсификация³⁴, создание финансовых пирамид³⁵ и другие мошеннические схемы.

с) *Заявления о материальной консолидации*

i) *Лица, которым разрешается подавать заявления*

153. В законодательстве о несостоятельности следует указать лиц, наделенных правом подавать заявления о материальной консолидации, и сроки подачи таких заявлений. При определении круга лиц, которым разрешается подавать заявления, целесообразно придерживаться подхода, принятого в рекомендации 14, касающейся лиц, которым разрешается подавать заявления об открытии производства по делу о несостоятельности. В контексте в число таких лиц должны входить все члены группы, а также кредиторы любого из членов группы. Кроме того, целесообразно разрешить подачу заявления управляющим в деле о несостоятельности любого из членов группы, поскольку зачастую именно

³⁴ К мошенничеству относится также участие в фальсификации, например заключение фиктивных договоров, которые не отражают истинных намерений сторон, либо не имеют силы между сторонами, либо имеют иное действие, чем указано в договоре, т.е. заключение фальшивых договоров.

³⁵ Мошенническая инвестиционная операция, в рамках которой отдельные инвесторы получают доход за счет собственных средств или средств, вложенных последующими инвесторами, а не за счет какой-либо фактически полученной прибыли.

управляющий в деле о несостоятельности или управляющие, назначенные для управления делами членов группы, владеют наиболее полной информацией о членах группы и в силу этого могут лучше всего оценить обоснованность и целесообразность материальной консолидации.

154. Хотя в некоторых государствах судам разрешено издавать приказы о материальной консолидации по их собственной инициативе, с учетом серьезности последствий такого решения необходимо обеспечить соблюдение справедливой и равноправной процедуры и предоставить всем заинтересованным сторонам возможность высказать свое мнение и возражения в отношении такого приказа в соответствии с рекомендациями 137-138. В силу этого и поскольку в *Руководстве* для законодательных органов принят подход, в целом не предусматривающий право судов действовать по собственной инициативе в делах о несостоятельности, представляется целесообразным руководствоваться именно таким подходом при решении вопроса о материальной консолидации.

ii) Сроки подачи заявления

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

156. Этот же подход можно применять и при включении в ранее изданный приказ о материальной консолидации новых членов группы. По мере консолидации в отношении различных членов предпринимательской группы может выясниться, что ей целесообразно охватить и других членов группы, поскольку для этого имеются те же основания, которые послужили поводом для издания первоначального приказа. Если приказ о консолидации был издан с согласия кредиторов или они имели возможность возразить против приказа на стадии его подготовки, то в случае включения в производство на более позднем этапе еще одного члена группы совокупность активов, которая была изначально согласована с кредиторами или о которой они были поставлены в известность, может измениться. В подобной ситуации желательно предоставить кредиторам

новую возможность выразить свое согласие или несогласие с включением в рамки консолидации еще одного члена группы. На тот случай, когда приказ о материальной консолидации издается после частичного распределения активов между кредиторами, целесообразно предусмотреть положение об объединении имущественной массы, предназначенной к разделу. Это может способствовать обеспечению того, чтобы кредитор, ранее получивший часть активов в погашение своего требования к одному из членов группы, не мог получить выплаты по тому же требованию в рамках объединенного производства, если размер выплат, полагающихся другим кредиторам той же категории, в пропорциональном отношении меньше размера активов, уже полученных таким кредитором.

d) Конкурирующие интересы при консолидации

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

i) Собственники и держатели акций

158. Во многих законах о несостоятельности предусмотрено общее правило, согласно которому права кредиторов имеют приоритет перед правами собственников и держателей акций, и требования которых в отношении распределения средств удовлетворяются в последнюю очередь. Нередко это приводит к тому, что собственники и держатели акций не получают ничего (см. пункт 76 главы V части второй и рекомендацию 189). В контексте предпринимательской группы акционеры некоторых ее членов, имеющих большой объем активов и незначительные обязательства, могут получить возмещение, в то время как кредиторы других членов группы, у которых меньше активов и больше обязательств, его не получают. Если в результате консолидации на группу в целом будет распространен общий принцип, согласно которому требования акционеров имеют более низкую очередность, чем требования необеспеченных кредиторов, то выплаты акционерам любого члена группы будут произведены только после того, как будут удовлетворены требования всех кредиторов.

ii) Обеспеченные кредиторы

159. В *Руководстве для законодательных органов* подробно рассмотрен вопрос о положении обеспеченных кредиторов в рамках производства по делам о несостоятельности (соответствующие ссылки см. в приложении I) и рекомендован подход, согласно которому в рамках производства по делу о несостоятельности как общий принцип должны признаваться сила и приоритет действующих обеспечительных интересов и приниматься меры для сохранения экономической стоимости обремененных активов. Такой подход применим и к правам обеспеченных кредиторов в контексте предпринимательской группы.

Вместе с тем в *Руководстве для законодательных органов* также признается, что при условии соблюдения соответствующих гарантий законодательство о несостоятельности может затрагивать права обеспеченных кредиторов, если это необходимо для достижения определенных коммерческих и экономических целей (см. часть вторая, глава II, пункт 59).

160. В связи с консолидацией могут возникать, в частности, следующие вопросы: может ли обеспечительный интерес в некоторых или во всех активах одного из членов группы распространяться на активы другого члена группы при издании приказа о консолидации, или же такой обеспечительный интерес должен действовать только в отношении конкретной совокупности активов, на которую изначально рассчитывал обеспеченный кредитор; могут ли обеспеченные кредиторы, не обладающие достаточным обеспечением, выдвигать требования в отношении всех как необеспеченные кредиторы; и должен ли к внутренним обеспеченным кредиторам (т.е. кредиторам, которые являются членами той же группы) применяться иной режим, чем к внешним обеспеченным кредиторам. Обеспечительные интересы в отношении всей имущественной массы должника, как правило, конкретизируются в момент открытия производства по делу о несостоятельности, поэтому вопрос об их распространении на совокупные активы возникать не должен. Распространение любых обеспечительных интересов обеспеченного кредитора на все объединенные активы, или их расширение как результат приказа о материальной консолидации, может поставить такого кредитора в более выгодное положение за счет других кредиторов и быть равносильно получению несправедливой выгоды или случайных поступлений, что в целом нежелательно. Аналогичные соображения справедливы и для требований сотрудников.

161. Один из возможных вариантов режима внешних обеспеченных кредиторов может состоять в том, чтобы оставить их за рамками консолидации, проведя так называемую частичную или ограниченную консолидацию. Особого рассмотрения может потребовать вопрос о правах отдельных обеспеченных кредиторов, которые полагались на самостоятельный юридический статус членов группы, например когда принимали к сведению внутригрупповые гарантии. На тот случай, когда обремененные активы необходимы для проведения реорганизации, можно предложить иное решение, например, предоставить суду право включать в приказ о консолидации специальные положения о таких активах или установить требование о согласии обеспеченного кредитора, права которого затрагиваются. После завершения консолидации обеспеченный кредитор может уступить свое обеспечительное право, и тогда долг будет подлежать выплате всеми консолидированными субъектами.

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

iii) Приоритетные кредиторы

163. Аналогичные вопросы возникают и в связи с правами приоритетных кредиторов. На практике они могут как выиграть, так и проиграть от объединения активов группы таким же образом, как и другие необеспеченные

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

е) Уведомление кредиторов

164. Уведомление о подаче заявлений о материальной консолидации может производиться в том же порядке, который предусмотрен для заявлений об открытии производства³⁶. В соответствии с рекомендацией 19 при подаче заявления о материальной консолидации одновременно с заявлением об открытии производства уведомление о таком заявлении должников требуется в том случае, если подается кредиторами. Если заявление о консолидации одновременно с заявлением об открытии производства подают члены группы, то уведомлять об этом кредиторов не требуется, как это следует из рекомендаций 22 и 23, в которых не предусмотрено обязательное уведомление кредиторов соответствующего субъекта о подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности.

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

³⁶ См. выше пункты 64-71 главы I части второй и рекомендации 19 (а), 22-25.

правом регресса, подписанные на стандартных коммерческих условиях с конкретными членами группы.

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

f) Последствия приказа о материальной консолидации

167. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть последствия издания приказа о материальной консолидации. К этим последствиям могут относиться: рассмотрение активов и пассивов консолидированных членов группы, как если бы они являлись частью единой имущественной массы в деле о несостоятельности, аннулирование внутригрупповых требований, признание требований к отдельным членам группы, подлежащим консолидации, требованиями в отношении консолидированной имущественной массы, признание приоритетных требований к отдельным членам группы приоритетными в отношении консолидированной имущественной массы в целом (насколько это возможно, учитывая отмеченные выше трудности), и проведение общего собрания кредиторов всех консолидированных членов группы. Ликвидационной стоимостью для целей рекомендации 152 (b) в случае материальной консолидации будет считаться ликвидационная стоимость консолидированной имущественной массы, а не ликвидационная стоимость отдельных членов группы до материальной консолидации. Приказ о материальной консолидации может также объединять кредиторов для целей голосования по вопросам принятия любого плана реорганизации консолидированных членов группы. При консолидации внутригрупповые требования, как правило, перестают иметь место в связи с тем, что они фактически аннулируют друг друга, поскольку платежные требования и обязательства относятся к одной и той же имущественной массе в деле о несостоятельности.

168. Для случаев, когда приказ о материальной консолидации издается после открытия производства или когда материальная консолидация разных членов группы происходит в разное время, необходимо продумать, с какой даты начинать отчет подозрительного периода для целей расторжения сделок (см. рекомендацию 89) в интересах обеспечения определенности для кредитодателей и третьих сторон. Этот вопрос может становиться еще более важным по мере увеличения срока между моментом подачи заявления об открытии производства по отдельным делам о несостоятельности или моментом его открытия и моментом вынесения приказа о материальной консолидации. Если началом подозрительного периода для целей расторжения сделок считать дату вынесения приказа о консолидации, то могут возникнуть проблемы со сделками, заключенными в период с даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности отдельных членов группы или даты открытия производства по таким делам до даты материальной консолидации. Один из подходов может состоять в том, чтобы рассчитывать такую дату в соответствии с рекомендацией 89. В качестве другого подхода можно установить общую дату отсчета, приняв за нее наиболее раннюю дату подачи заявления об

открытия производства или открытия производства по делам о несостоятельности членов группы, подлежащих консолидации. В обоих случаях желательно, чтобы такая дата была оговорена в законодательстве о несостоятельности для обеспечения прозрачности и предсказуемости.

g) Внесение изменений в приказ о консолидации

169. Хотя с учетом материально-правовых последствий приказа о материальной консолидации его изменение может быть не всегда возможно или желательно, бывают случаи, когда в силу изменившихся обстоятельств или появления новых сведений первоначальный приказ о консолидации требуется изменить. Любые такие изменения должны вноситься с тем условием, что они не будут никоим образом затрагивать мер или решений, принятых на основе первоначального приказа. Такие меры и решения независимо от того, приняты ли они судом или управляющим в деле о несостоятельности, могут включать продажу активов и предоставление финансирования членам группы, при условии, что их принятие было добросовестным.

h) Исключения из приказа о материальной консолидации

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

171. Подобные исключения встречаются редко, поскольку в тех случаях, когда факт смешения активов имеет место, это предполагает проведение материальной консолидации. Консолидация может быть ограничена, например, необеспеченными кредиторами и тем самым исключать внешних обеспеченных кредиторов, имеющих право на принудительное исполнение своих обеспечительных интересов (если только эти обеспечительные интересы не зависят от отдельной правосубъектности членов группы, подлежащих консолидации), или только теми активами и пассивами, которые тесно переплетены между собой, и тем самым не затрагивать активы, принадлежность которых не вызывает сомнений. Требования, связанные с любыми такими исключаемыми активами, также исключаются. Согласно другому подходу, из материальной консолидации исключаются те активы, консолидация которых несправедливо ущемила бы права кредиторов, хотя такое основание вряд ли уместно в случае смешения активов или мошенничества.

i) Компетентный суд

172. Все, что было сказано выше в связи с вопросом о подаче объединенных заявлений и процедурной координации, относится к определению суда, компетентного издавать приказ о материальной консолидации (см. выше пункты 59-61 и рекомендацию 209).

Рекомендации 219-232

Цель законодательных положений

Цель положений о материальной консолидации заключается в следующем:

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

Содержание законодательных положений

Исключения из принципа отдельной правосубъектности

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

Обстоятельства, при которых возможна материальная консолидация

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

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

Исключения из материальной консолидации

221. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что суд может исключить из приказа о материальной консолидации конкретные активы или требования.

Заявление о материальной консолидации

- Сроки подачи заявления

222. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что заявление о материальной консолидации может быть подано одновременно с заявлением об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении членов

предпринимательской группы либо в любой более поздний срок³⁷ при соблюдении условий, предусмотренных в рекомендации 220.

- Лица, имеющие право подавать заявление

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

Последствия приказа о материальной консолидации

224. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что издание приказа о материальной консолидации влечет за собой следующие последствия³⁸:

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

225. [В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что кредитор, обладающий обеспечительным интересом в активах члена предпринимательской группы или выдвигающий требование из трудовых отношений в отношении этого члена предпринимательской группы, не может [повышать] [увеличивать] стоимость, порядок очередности или приоритет своего обеспечительного интереса в результате издания приказа о материальной консолидации, затрагивающего этого члена предпринимательской группы.]

Режим обеспечительных интересов при материальной консолидации

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

- а) обеспеченная задолженность причитается только в отношениях между членами предпринимательской группы и погашается приказом о материальной консолидации;
- б) установлено, что обеспечение было получено в результате мошеннических действий, в которых участвовал кредитор;

³⁷ О невозможности издания приказа о консолидации на продвинутом этапе производства по делу о несостоятельности сказано в комментарии, см. пункты 155-156 выше.

³⁸ Последствия для обеспечительных интересов рассматриваются в рекомендации 226.

с) сделка, в связи с которой предоставляется обеспечительный интерес, подлежит расторжению в соответствии с рекомендациями 87, 88 и 217.

Признание приоритета требований при материальной консолидации

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

Собрание кредиторов

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

Расчет подозрительного периода при материальной консолидации

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

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

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

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

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

Изменение приказа о материальной консолидации

230. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в приказ о материальной консолидации могут быть внесены изменения при условии, что

они не будут затрагивать мер или решений, уже принятых во исполнение приказа о консолидации³⁹.

Компетентный суд

231. Для целей рекомендации 13 формулировка "открытие и ведение производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства" охватывает также вопросы, связанные с подачей заявления и изданием приказа о материальной консолидации, включая изменение этого приказа⁴⁰.

Уведомление

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

Е. Участники

1. Назначение управляющего в деле о несостоятельности

а) Координация параллельных производств

173. При открытии производства по делу о несостоятельности в отношении нескольких членов предпринимательской группы может быть вынесен или не вынесен приказ о процедурной координации, однако в обоих случаях скоординировать производство по таким делам будет проще, если в законодательстве о несостоятельности будут предусмотрены специальные положения, в которых будет сказано о целесообразности координации и способах ее достижения в соответствии со статьей 27 Типового закона. Такой подход можно применять для координации действий разных судов, в которых ведется производство в отношении разных членов группы, и действий управляющих в деле о несостоятельности, назначенных в рамках такого производства. Порядок назначения управляющих в деле о несостоятельности рассматриваются выше (см. пункты 36-74 главы III части второй). Рассмотренные вопросы, а также рекомендации 115-125 в целом применимы и в контексте группы. В контексте группы на управляющих в деле о несостоятельности можно возложить следующие дополнительные обязанности, включающие различные аспекты координации, помимо тех обязанностей, которые уже предусмотрены в *Руководстве для законодательных органов* (в частности, в рекомендациях 111, 116, 117 и 120), в том числе: обмен информацией и раскрытие информации; одобрение или реализация договоренностей о раздельном осуществлении полномочий и распределении обязанностей между управляющими в деле о несостоятельности; сотрудничество в вопросах использования и реализации активов; разработка и

³⁹ "Изменение" не подразумевает отмены приказа о материальной консолидации.

⁴⁰ Критерии, которые могут учитываться при определении компетентного суда, рассматриваются в комментарии, см. пункты 59-61 выше и сноску 23.

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

174. В законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть, что, если в рамках разных производств по делам о несостоятельности членов группы было назначено несколько управляющих, то один из них может взять на себя руководящие функции по координации этих производств. Таким управляющим мог бы быть, например, управляющий в деле о несостоятельности материнской компании или контролирующего члена группы, в отношении которых открыто производство. Хотя такое руководство может быть оправдано экономической спецификой или структурой предпринимательской группы, необходимо обеспечить, чтобы при этом соблюдался закрепленный в законодательстве принцип равноправия всех управляющих в деле о несостоятельности. Координация производства под руководством одного управляющего в деле о несостоятельности может быть обеспечена и на добровольной основе, насколько это возможно в рамках применимого законодательства.

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

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

176. Упрощению координации нескольких производств может также способствовать назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства в отношении разных несостоятельных членов группы. В зависимости от процессуальных требований и числа участвующих судов на практике может быть достаточно назначить одного управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства по нескольким делам или может потребоваться назначать одного и того же управляющего в рамках каждого из дел, производство по которым необходимо координировать. Хотя производство по делу каждого члена будет по-прежнему вестись самостоятельно (как и в случае процедурной координации), такое назначение способствует обеспечению координации производств в отношении разных членов группы, сокращения связанных с ней расходов и задержек и сбора информации о группе в целом. Что касается сбора информации, то в этом деле следует соблюдать осторожность при обращении с такой информацией и, в частности, обеспечивать соблюдение требований о конфиденциальности в отношении отдельных членов группы. Хотя в законодательстве о

несостоятельности многих стран данный вопрос о назначении единого управляющего в деле о несостоятельности не рассматривается, в некоторых правовых системах такое назначение в контексте группы используется на практике. В отдельных случаях подобная мера применялась на практике и в ряде дел о трансграничной несостоятельности, в рамках которых управляющие в делах о несостоятельности из одной и той же международной фирмы назначались в разных юрисдикционных системах.

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

с) *Должник, сохраняющий владение*

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

Рекомендации 233-237

Цель законодательных положений

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

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

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

Содержание законодательных положений

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

233. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что если это будет сочтено необходимым для обеспечения наилучших интересов управления производством по делам о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы, то для ведения такого производства может назначаться единый или один и тот же управляющий в деле о несостоятельности⁴¹.

Коллизия интересов

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

Сотрудничество между двумя или более управляющими в делах о несостоятельности в контексте группы

235. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что в случае назначения разных управляющих в делах о несостоятельности для ведения производств по таким делам в отношении двух или более членов

⁴¹ Хотя в рекомендации 118 говорится о механизме отбора и назначении управляющих в делах о несостоятельности, в ней не затрагивается вопрос о каком-либо конкретном назначающем органе, поскольку этот вопрос регулируется законодательством о несостоятельности. Независимо от того, какой механизм используется в отношении внутреннего назначения, он будет применяться к рекомендации 233.

предпринимательской группы, такие управляющие должны в максимально возможной степени сотрудничать между собой⁴².

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

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

Формы сотрудничества [максимально возможная степень сотрудничества]

237. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что сотрудничество в максимально возможной степени между управляющими в делах о несостоятельности, указанными в рекомендациях 235 и 236, должно осуществляться любыми надлежащими способами, включая следующие:

- а) обмен информацией и раскрытие сведений;
- б) одобрение или реализация договоренностей о раздельном осуществлении полномочий и распределении обязанностей между управляющими в делах о несостоятельности, включая возложение на одного из них координирующих или руководящих функций;
- в) координация управления и надзора за делами членов группы, в отношении которых открыты производства по делам о несостоятельности, в том числе вопросов, касающихся продолжения обычной коммерческой деятельности предприятия, привлечения финансирования после открытия производства, обеспечения сохранности активов, использования и реализации активов, осуществления полномочий по расторжению сделок, представления и признания требований и распределения средств среди кредиторов; и
- г) координация разработки и согласования планов реорганизации, взаимодействие с кредиторами и проведение собраний кредиторов.

Г. Реорганизация двух или более членов группы

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

1. Скоординированные планы реорганизации

180. Связи с открытием реорганизационного производства в отношении двух или более членов предпринимательской группы, независимо от того, будет ли

⁴² В дополнение к положениям, предусмотренным в законодательстве о несостоятельности в отношении сотрудничества и координации, суд, как правило, может указать конкретные меры, которые надлежит принять в этой связи в ходе управления производством.

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

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

182. В таких плане или планах реорганизации необходимо учесть различные интересы разных групп кредиторов, при этом в определенных ситуациях может быть целесообразно предусмотреть разные нормы возмещения для кредиторов разных членов группы. Желательно также обеспечить надлежащий баланс прав разных групп кредиторов при утверждении плана, включая соответствующие требования в отношении большинства при принятии решений как кредиторами отдельно взятого члена группы, так и кредиторами разных ее членов. Необходимо также рассмотреть вопрос о классификации требований и категориях кредиторов, равно как и вопрос о порядке голосования кредиторов и утверждении плана, особенно если члены группы являются кредиторами друг у друга и, следовательно, "лицами, связанными с должником". При расчете необходимого большинства в контексте группы может потребоваться решить вопрос о том, как следует засчитывать голоса кредиторов, предъявляющих одни и те же требования разным членам группы, если эти требования имеют разный порядок очередности. Еще один вопрос, который следует рассмотреть, касается того, могут ли помешать утверждению плана возражения кредиторов одного или нескольких членов группы и каковы последствия таких возражений. Один из

возможных подходов может состоять в том, чтобы решать этот вопрос на основе положений о порядке утверждения плана реорганизации отдельного должника. Другой подход может заключаться в том, чтобы установить иные требования в отношении большинства, чтобы облегчить утверждение плана в контексте группы. Можно также предусмотреть защитные оговорки, подобные тем, которые содержатся в рекомендации 152, дополнив их требованием о справедливости планов в том, что касается отношений между кредиторами разных членов группы.

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

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

2. Включение платежеспособного члена группы в план реорганизации

185. В пунктах 53-57 выше рассматривается возможность включения в заявление об открытии производства платежеспособного члена группы. В этих пунктах отмечается, что, на первый взгляд, платежеспособный член может при более подробном рассмотрении отвечать стандарту открытия производства в связи с неизбежной несостоятельностью и, следовательно, подпадать под действие рекомендации 15 для целей открытия производства. Однако, если вопрос о неизбежной несостоятельности не стоит, то платежеспособный член группы, как правило, не может участвовать в плане реорганизации других членов группы в рамках производства по делу о несостоятельности согласно законодательству о несостоятельности. Однако при некоторых обстоятельствах то или иное добровольное участие платежеспособного члена в плане реорганизации может быть уместным и целесообразным. Такое участие платежеспособного члена группы нередко происходит на практике. Платежеспособный член группы может помочь реорганизации других членов предпринимательской группы и будет нести договорные обязательства по плану после его одобрения и утверждения, если необходимо. Решение

платежеспособного члена группы об участии в плане реорганизации принимается в рамках обычной коммерческой деятельности и не требует согласия кредиторов, если только такое согласие не предусмотрено применимым законодательством, регулирующим деятельность компаний. В случае включения в план реорганизации платежеспособного члена группы необходимо проявлять осмотрительность при раскрытии информации о таком члене в прилагаемом к плану заявлении о раскрытии информации.

Рекомендации 238-239

Цель законодательных положений

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

а) облегчить скоординированную санацию коммерческих предприятий членов предпринимательской группы в соответствии с законодательством о несостоятельности, с тем чтобы сохранить рабочие места и, если это уместно, защитить инвестиции; и

б) способствовать согласованию и выдвижению предложений о скоординированных планах реорганизации в рамках производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы.

Содержание законодательных положений

План реорганизации

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

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