

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited

5 March 2007

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций**по праву международной торговли**

Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)

Тридцать вторая сессия

Нью-Йорк, 14-18 мая 2007 года

Режим корпоративных групп при несостоятельности**Записка Секретариата****Содержание**

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
III. Наступление несостоятельности: внутренние вопросы	1-49	2
B. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности (продолжение)	1-17	2
5. Расторжение сделок	1-8	2
6. Субординация	9-17	5
C. Средства правовой защиты	18-39	8
1. Введение	18-20	8
2. Приказы о долевом участии	21-22	9
3. Материальная консолидация или объединение	23-39	9
D. Реорганизация	40-48	16
E. Прочие вопросы	49	19



III. Наступление несостоятельности: внутренние вопросы

В. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности (продолжение)

5. Расторжение сделок

[Ссылка: Руководство для законодательных органов, часть вторая, глава II, пункты 148-203 и рекомендации 87-99]

1. Рекомендации Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности¹, касающиеся расторжения сделок, в целом применимы к расторжению сделок в контексте корпоративной группы, хотя в отношении сделок между членами группы может быть необходим учет дополнительных соображений. Для того чтобы разобраться в многослойном хитросплетении внутригрупповых сделок и определить, подлежат ли расторжению какие-либо из них и какие именно, порой требуются большие временные и финансовые затраты. Некоторые сделки, кажущиеся преференциальными или совершенными по заниженной стоимости исходя из интересов их непосредственных участников, иногда выглядят иначе при более широком взгляде на них в контексте тесно интегрированной группы, в рамках которой выгода и ущерб от сделок могут распределяться более широко. Аналогичным образом, некоторые внутригрупповые сделки, совершаемые с законной целью, были бы невозможны между сторонами, не входящими в соответствующую группу и анализирующими выгоды и издержки этих сделок, исходя из обычных коммерческих соображений.

2. Внутригрупповые сделки могут представлять собой торговые операции между членами группы; перераспределение прибыли, полученной дочерними предприятиями, в пользу материнской компании; кредитование одним членом группы другого ее члена в целях поддержки продолжающихся коммерческих операций последнего; передачу активов и предоставление гарантий одними членами группы другим; платежи, производимые компанией в пользу кредитора родственной компании; поручительство или залладную, выдаваемую одной компанией группы в обеспечение кредита, привлеченного другой компанией группы из внешнего источника; а также целый ряд иных транзакций. В группе может существовать практика оптимального коммерческого использования всех имеющихся денежных средств и активов в интересах всей группы в целом, а не только в интересах тех ее членов, которым они принадлежат. Это может предполагать изъятие денежных сумм из дочерних предприятий и их сосредоточение в структуре, являющейся финансовым центром группы. Хотя это не всегда отвечает интересам самих дочерних предприятий, законы некоторых стран разрешают подобные действия, например, директорам таких предприятий, находящихся в стопроцентной собственности материнской компании, если последняя в этом заинтересована.

3. Некоторые операции, совершаемые в контексте группы, можно однозначно отнести к категориям сделок, подлежащих расторжению согласно

¹ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, рекомендации 87-99.

рекомендации 87² Руководства для законодательных органов. Другие сделки не столь явно подпадают под действие рекомендации 87, и в связи с ними могут возникать вопросы о том, в какой степени можно считать, что группа функционировала как единое предприятие, и насколько тесно были переплетены между собой активы и обязательства различных ее членов, так как это могло повлиять на характер их сделок между собой и с внешними кредиторами. Могут существовать и такие сделки, на которые положения о расторжении не распространяются. Например, в некоторых законах о несостоятельности предусмотрено аннулирование преференциальных выплат собственным кредиторам должника, но не кредиторам другого связанного с ним члена группы, если только речь не идет, например, о выплатах согласно гарантийному обязательству.

4. Сделки между членами корпоративной группы могут подпадать под действие положений законодательства о несостоятельности, касающихся сделок между связанными друг с другом лицами. Согласно определению, содержащемуся в Руководстве для законодательных органов, понятие "лицо, связанное с должником", включает таких членов корпоративной группы, как материнская или дочерняя компания, партнер или филиал несостоятельного члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, либо лицо, в том числе юридическое, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника. Применительно к таким сделкам в законодательстве о несостоятельности нередко предусматриваются более жесткие нормы, особенно в отношении продолжительности подозрительных периодов, а также устанавливаются презумпции либо предусматривается перенос бремени доказывания в целях облегчения процедур расторжения сделок³ и снятия условия о несостоятельности должника в момент

² Рекомендация 87 гласит:

Сделки, подлежащие расторжению

87. В законодательство о несостоятельности следует включать положения, действующие ретроактивно и предназначенные для расторжения сделок с должником или активами имущественной массы, приводящих к снижению стоимости имущественной массы или нарушению принципа равного режима в отношении кредиторов. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что расторжению подлежат следующие виды сделок:

а) сделки, направленные на затруднение, задержку или воспрепятствование действиям кредиторов по взысканию требований, если результатом сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора или потенциальных кредиторов или нанесение иного ущерба интересам кредиторов;

б) сделки, в рамках которых передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательств осуществляется на безвозмездной основе или в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную или ненадлежащую стоимость и которые совершаются в момент, когда должник уже является несостоятельным, либо приводят к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); и

с) сделки с участием кредиторов, по которым кредитор получает долю в активах должника либо долю выгоды от таких активов, превышающую его пропорциональную долю, и которые совершаются в момент, когда должник уже является несостоятельным (преференциальные сделки).

³ См. рекомендацию 97 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, которая гласит:

Элементы критериев для расторжения сделок и возражения

97. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить элементы, подлежащие доказыванию для расторжения той или иной конкретной сделки, стороны, которым надлежит

совершения сделки или наступлении его несостоятельности в результате совершения такой сделки. Установление более жесткого режима может быть оправдано на том основании, что вероятность предпочтительного отношения к этим лицам является более высокой и что они имеют больше возможностей первыми узнать о том, когда должник начинает действительно испытывать финансовые трудности.

5. Согласно одному из возможных подходов к вопросу о бремени доказывания при сделках связанных между собой лиц, искомый умысел или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда определенные виды сделок совершаются в течение подозрительного периода; бремя доказывания обратного ложится в этих случаях на контрагента сделки. Применительно к корпоративным группам в ряде законодательных актов устанавливается опровержимая презумпция того, что сделки между членами корпоративной группы и между этими членами и акционерами данной корпоративной группы наносят ущерб интересам кредиторов и в силу этого подлежат расторжению. Кроме того, для требований связанного с должником члена группы может существовать особый режим, а права связанных с должником членов группы, основанные на внутригрупповых долговых отношениях, могут иметь более низкую очередность или субординированный статус по отношению к правам внешних кредиторов несостоятельных членов (о субординации см. ниже).

6. Что касается возбуждения действий по расторжению сделок, то в случаях, когда согласно законодательству о несостоятельности кредиторы имеют право возбуждать процедуры расторжения, степень интегрированности группы также может существенно повлиять на их способность выявить того члена группы, с которым они вели дела.

Рекомендации

Расторжение сделок

20) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что при решении вопроса о том, подлежит ли расторжению сделка одного из видов, упоминаемых в пунктах а), b) и с) рекомендации 87 Руководства для законодательных органов, заключенная связанными между собой лицами в контексте корпоративной группы, суд может принять во внимание обстоятельства, касающиеся группы, в которой была заключена сделка. Эти обстоятельства могут включать: степень интегрированности между участвующими в сделке членами группы; цель сделки; а также то, получили ли члены группы в результате этой сделки преимущества, которые в обычных условиях невозможно было бы получить при сделке не связанных между собой сторон.

21) В законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть, что в связи с элементами, о которых говорится в рекомендации 97 Руководства для

доказать наличие этих элементов, а также конкретные возражения против расторжения. Эти возражения могут включать указание на то, что сделка была заключена в рамках обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности. В законодательстве в целях облегчения применения процедур расторжения сделок могут быть также установлены презумпции и может быть разрешен перенос бремени доказывания.

законодательных органов, и их применением в контексте корпоративной группы действуют особые положения, касающиеся возражений и презумпций.

Примечания к рекомендациям

7. В рекомендации 20 отмечается тот факт, что в связи со сделками, совершаемыми внутри корпоративной группы, возникают дополнительные соображения помимо тех, которые вообще касаются сделок между связанными друг с другом сторонами. Хотя в целом к этим сделкам должны применяться положения Руководства для законодательных органов, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, не следует ли отразить в рекомендациях упомянутые дополнительные соображения.

8. На своей тридцать первой сессии Рабочая группа отметила широкое применение опровержимых презумпций относительно того, что сделки между членами корпоративной группы и между этими членами и акционерами данной корпоративной группы могут наносить ущерб интересам кредиторов и должны подлежать расторжению⁴. В рекомендации 21 без упоминания конкретных деталей отмечается необходимость особого рассмотрения вопросов, связанных с применением положений о бремени доказывания и использованием презумпций в контексте корпоративных групп.

6. Субординация

[Ссылка: Руководство для законодательных органов, часть вторая, глава V, пункты 55-61]

9. В Руководстве для законодательных органов отмечается⁵, что субординация подразумевает изменение системы приоритетов кредиторов в делах о несостоятельности и не связана с юридической действительностью или правоммерностью какого-либо требования. Даже будучи юридически действительным, требование может тем не менее быть субординировано в силу добровольного соглашения или по предписанию суда. Двумя категориями требований, которые, как правило, могут субординироваться при несостоятельности, являются требования лиц, связанных с должником, и требования собственников и держателей обыкновенных акций должника.

а) Требования лиц, связанных с должником

10. В контексте корпоративной 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.

11. Как отмечалось выше, понятие "лица, связанные с должником", используемое в Руководстве для законодательных органов, включает членов корпоративной группы. Одного лишь факта существования особых отношений с должником – в том числе, применительно к корпоративным группам, когда он

⁴ Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее тридцать первой сессии, A/CN.9/618, пункт 44.

⁵ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, часть вторая, глава V, пункт 56.

является членом той же группы, – может быть недостаточно во всех случаях для обоснования специального режима в отношении требования кредитора. В некоторых случаях такие требования являются абсолютно прозрачными и должны рассматриваться в том же порядке, что и аналогичные требования, представленные кредиторами, которые не являются лицами, связанными с должником; в других случаях они могут давать основания для подозрений и заслуживать особого внимания. В законодательстве о несостоятельности, возможно, следует предусмотреть механизм для идентификации таких видов поведения или ситуаций, при которых требования будут заслуживать дополнительного внимания. Как отмечалось выше, аналогичные соображения относятся и к расторжению сделок, заключенных между членами корпоративной группы.

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

13. В некоторых законодательных актах предусматривается возможность иных подходов к внутригрупповым сделкам, в частности дающих возможность принудительно субординировать долги, причитающиеся с члена группы по внутригрупповому соглашению о кредитовании, по отношению к правам внешних кредиторов этого члена группы; позволяющих суду провести обзор внутригрупповых финансовых механизмов в целях определения того, следует ли рассматривать те или иные средства, переданные одному из членов группы, не в качестве ссуды, а в качестве вклада в акционерный капитал, если вклады в акционерный капитал субординируются по отношению к требованиям кредиторов (о режиме в отношении акционерного капитала см. ниже); а также разрешающих добровольную субординацию внутригрупповых требований по отношению к требованиям внешних кредиторов.

14. Практическим результатом приказа о субординации в контексте корпоративной группы может стать сокращение или фактическое сведение к нулю любых выплат, причитающихся тем членам группы, чьи требования были субординированы, если размеры требований обеспеченных и необеспеченных внешних кредиторов значительны по сравнению с суммами, имеющимися для распределения. В некоторых случаях это может поставить под угрозу

жизнеспособность субординированного члена группы и причинить ущерб не только его собственным кредиторам, но и его акционерам.

b) Режим в отношении акционерного капитала

15. В Руководстве для законодательных органов отмечается⁶, что многие законы о несостоятельности проводят различие между требованиями собственников и держателей обыкновенных акций, возникающими из кредитов, предоставленных должнику, и требованиями, связанными с их долей в собственности должника. В отношении требований, связанных с участием в акционерном капитале, во многих законах о несостоятельности содержится общее правило, согласно которому собственники и держатели акций коммерческого предприятия не имеют права на распределение поступлений от активов, пока не будут полностью погашены все другие требования, стоящие выше по порядку очередности (включая требования по процентам, причитающимся с момента открытия производства). Соответственно, эти стороны редко участвуют в каком-либо распределении в связи с их имущественными правами в предприятии-должнике. Когда распределение в их пользу проводится, оно осуществляется, как правило, в соответствии со статусом акций, как он указан в законодательстве, регулирующем деятельность компаний, и в уставе самой компании. Вместе с тем долговые требования, например те, которые относятся к кредитам, субординируются не всегда.

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

17. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность выработки рекомендаций относительно субординации в контексте корпоративной группы и того, при каких обстоятельствах субординация может быть оправданной.

⁶ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, часть вторая, глава V, пункт 76.

С. Средства правовой защиты

1. Введение

18. Как отмечается выше, характер корпоративных групп и порядок организации их деятельности способствуют формированию сложной сети финансовых операций между членами группы, и кредиторы могут вести дела не с индивидуальными, а с различными ее членами или даже с группой, действующей в качестве единого экономического субъекта. Выяснение вопроса о правах собственности на активы и пассивы и выявление кредиторов каждого члена группы может быть сопряжено со сложным и дорогостоящим юридическим расследованием. Между тем использование подхода, предполагающего существование самостоятельных юридических лиц, как правило, обязывает кредиторов каждого члена группы обращаться за погашением задолженности именно к этому члену группы, и поэтому в случае, когда открывается производство по делу о несостоятельности в отношении одного или более членов группы, обычно возникает необходимость разобраться в вопросе о правах собственности на их активы и пассивы.

19. Если в этом вопросе можно разобраться, то способность кредитора вернуть долг ограничивается, в соответствии с принципом самостоятельности юридических лиц, только активами несостоятельного члена группы. Для случаев, когда вычленив активы и пассивы не удастся или когда существуют другие конкретные причины для применения к группе режима единого предприятия, в законодательстве ряда стран предусмотрены средства правовой защиты, позволяющие отказаться от подхода, предполагающего существование самостоятельных юридических лиц. Исторически такие средства правовой защиты создавались в целях преодоления в конкретных случаях неэффективности и несправедливости, которые, предположительно, были бы обусловлены применением традиционного принципа самостоятельных юридических лиц. Помимо расторжения внутригрупповых сделок или субординации кредитов, выданных внутри группы, к таким средствам относятся, например, распространение ответственности по внешним долгам на других, платежеспособных членов группы, а также на должностных лиц и акционеров предприятия; вынесение приказов о долевом участии; издание приказов об объединении или (материальной) консолидации. Некоторые из этих средств правовой защиты требуют установления вины, тогда как другие основываются на установлении определенных фактов в отношении операций корпоративной группы. В ряде случаев, особенно когда речь идет о неправомерных действиях руководства, могут быть более уместными иные средства правовой защиты, такие как отстранение от должности замешанных в подобных действиях директоров и ограничение участия руководства компании в ее реорганизации.

20. Ввиду потенциальной несправедливости, которая может возникнуть в случае, когда одна группа кредиторов вынуждена делить активы и пассивы с другими кредиторами другого члена группы, который может оказаться менее платежеспособным, такие средства правовой защиты приняты не везде, а также, как правило, не являются всесторонними и применяются только при особых обстоятельствах. Средства правовой защиты, связанные с распространением ответственности, могут предусматривать "пирсинг" или "раскрытие корпоративной информации", в результате чего на акционеров, которые, как

правило, защищены от ответственности за деятельность компании, может возлагаться ответственность за некоторые ее операции. Другие рассматриваемые в настоящем документе средства правовой защиты не влекут за собой подобных последствий, хотя при определенных обстоятельствах и могут привести к аналогичным результатам.

2. Приказы о долевом участии

21. Приказ о долевом участии – это приказ, при помощи которого суд может обязать платежеспособного члена корпоративной группы выделить конкретно указанные средства в целях полного или частичного покрытия долгов других членов группы при ликвидации. Хотя приказы о долевом участии сравнительно редко предусматриваются законодательством о несостоятельности, в нескольких правовых системах такие меры введены или вопрос об их введении обсуждается. Там, где приказы о долевом участии допускаются законом, полномочия издавать такие приказы, как правило, используются нечасто в силу упомянутых выше затруднений, связанных с согласованием интересов двух групп необеспеченных кредиторов, которые вели дела с двумя отдельными компаниями корпоративной группы. Кроме того, суды придерживаются того мнения, что издание приказа о полном погашении едва ли целесообразно в случаях, когда это поставило бы под угрозу платежеспособность родственной компании, которая пока еще не ликвидируется, хотя приказ о внесении доли, ограниченной размерами определенной части активов – например, средств, остающихся после исполнения добросовестно принятых обязательств, – вынесен быть может.

22. В соответствии с одним из законов, допускающих приказы о долевом участии, при рассмотрении вопроса об издании такого приказа суд должен учитывать определенные оговоренные обстоятельства. К ним относятся следующие: степень участия родственной компании в управлении ликвидируемой компанией; поведение родственной компании по отношению к кредиторам ликвидируемой компании, хотя утверждения кредитора о том, что в своих действиях он исходил из существования связи между компаниями, не являются достаточным основанием для вынесения приказа; степень, в которой обстоятельства, приведшие к ликвидации, могут быть признаны следствием действий родственной компании; поведение платежеспособной компании после открытия ликвидационного производства в отношении ее родственной компании, особенно если оно косвенно или напрямую затрагивает интересы кредиторов родственной компании, в частности в связи с неисполнением договоров; а также другие вопросы, которые суд сочтет уместными в данной ситуации⁷.

3. Материальная консолидация или объединение

а) Введение

23. Еще одним средством правовой защиты является материальная консолидация или объединение (далее используется термин "консолидация"). Как отмечалось выше, при совместном управлении активы и пассивы должников остаются отдельными и отличными друг от друга; материальные права истцов при этом не затрагиваются. В то же время в ходе производства по делам о

⁷ Новая Зеландия, Закон о компаниях 1993 года, разделы 271(1)(а) и 272(1).

несостоятельности с участием двух или более членов одной и той же корпоративной группы консолидация позволяет суду при соответствующих обстоятельствах не соблюдать статус самостоятельного юридического лица применительно к каждому члену группы, а консолидировать их активы и пассивы и применять к ним режим, предусмотренный для активов и пассивов единого субъекта. В результате этого образуется единая имущественная масса, что отвечает общим интересам всех кредиторов всех консолидированных членов группы. Как правило, консолидация охватывает тех членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, но в некоторых случаях может распространяться и на платежеспособного члена группы, если его деятельность настолько переплетена с деятельностью других членов, что вовлечение такого члена группы в процесс консолидации было бы полезным. Консолидация может распространяться даже на физические лица, в частности на акционера, обладающего контрольным пакетом акций. Хотя для консолидации, как правило, необходим судебный приказ, она также может допускаться по общему согласию соответствующих заинтересованных сторон или в рамках утвержденного плана реорганизации.

24. Лишь в немногих правовых системах полномочия по вынесению приказов о консолидации закреплены законодательно⁸, а там, где эта мера предусмотрена, она, как правило, широко не используется. Несмотря на отсутствие прямых законодательных положений или установленного стандарта применительно к обстоятельствам, в которых такие приказы могут быть вынесены, в некоторых правовых системах суды сыграли непосредственную роль в разработке практики вынесения подобных приказов и в ограничении обстоятельств, при которых это допускается. Такая практика отражает все более общее признание судебными органами весьма широкого использования взаимосвязанных корпоративных структур для целей уплаты налогов и ведения коммерческой деятельности. Как и в случае с приказами о долевом участии, число ситуаций, дающих основания для вынесения приказа о консолидации, весьма ограничено; чаще всего речь идет о случаях, когда из-за тесной интегрированности членов корпоративной группы, будь то объединенных отношениями контроля или собственности, разобраться в том, кому из членов этой группы принадлежат те или иные активы и пассивы, и управлять имущественной массой каждого должника по отдельности было бы трудно или вовсе невозможно.

25. О консолидации, как правило, заходит речь в связи с ликвидационным производством, и в тех законах, где приказы о консолидации предусмотрены, их вынесение допускается лишь в этом контексте. Существуют, однако, законопроекты, согласно которым консолидация была бы возможной в связи с различными типами реорганизации. В правовых системах, не имеющих конкретных законодательных положений на этот счет, приказы о консолидации могут допускаться как при ликвидации, так и при реорганизации, если, например, вынесение такого приказа будет способствовать реорганизации группы.

26. Консолидация может быть уместной в случаях, когда она ведет к увеличению стоимости, возвращаемой кредиторам, будь то в силу структурных отношений между членами группы и порядка, в котором они осуществляют

⁸ Там же, раздел 272.

коммерческие и финансовые операции между собой, или в силу стоимости активов, являющихся общими для всей группы, таких как интеллектуальная собственность в производственном процессе, в котором участвуют многочисленные члены группы, и в продукте этого процесса. Еще одна подобная ситуация возможна в том случае, когда члены группы на самом деле никак не разделены между собой, а групповая структура сохраняется исключительно в нечестных или мошеннических целях. Поскольку внутригрупповые коммерческие операции все чаще становятся нормой, консолидация может позволить управляющему в деле о несостоятельности сконцентрировать внимание на внешних долгах группы, если внутригрупповая задолженность в результате консолидации исчезнет (далее об этом см. ниже).

27. Основные проблемы, вызывающие обеспокоенность в связи с возможным вынесением таких приказов, помимо тех, которые касаются принципиального вопроса об отказе от принципа самостоятельного юридического лица, включают, как уже отмечалось, потенциальную несправедливость, возникающую в отношении одной группы кредиторов, когда они вынуждены участвовать в распределении на основе принципа *pari passu* вместе с кредиторами другого – возможно, менее платежеспособного – члена группы, а также вопрос о том, будут ли экономия и преимущества для категории кредиторов в целом перевешивать ущерб, который может быть при этом причинен отдельным кредиторам. Кредиторы, выступающие против консолидации, могут выдвинуть тот аргумент, что, поскольку они в своих сделках с тем или иным конкретным членом группы полагались на его активы, взятые в отдельности, наличие связей между их контрагентом и другим членом той же группы не является основанием для отказа в полном удовлетворении их требований. Аргумент кредиторов, выступающих за консолидацию, может заключаться в том, что они полагались на активы всей группы в целом и что несправедливо ограничивать возможность возвращения причитающегося им долга активами лишь одного ее члена.

28. Поскольку консолидация предполагает объединение активов разных членов группы, ее результатом может быть не увеличение сумм, возвращаемых каждому из кредиторов, а уравнивание их между собой, при котором суммы, выплачиваемые одним кредиторам, увеличиваются за счет сокращения тех, которые достаются другим. Кроме того, возможность консолидации дает более сильным и крупным кредиторам шанс воспользоваться активами, которые для них не предназначены и предназначаться не должны; побуждает кредиторов, не согласных с приказом о консолидации, добиваться его обжалования, затягивая этим производство по делу о несостоятельности; а также снижает определенность и предсказуемость обеспечительных интересов (если в результате консолидации взаимные требования компаний внутри группы аннулируются, то кредиторы, имеющие обеспечительные интересы в таких требованиях, утрачивают свои права).

b) Обстоятельства, дающие основания для консолидации

29. В законодательных актах, допускающих проведение консолидации, и в тех правовых системах, где практика вынесения приказов о консолидации разрабатывалась при участии судов, определен ряд элементов, считающихся важными для определения того, имеются ли основания для материальной консолидации. В каждом случае задача состоит в обеспечении

сбалансированности различных элементов, при том что ни один элемент не является решающим при любых обстоятельствах, а наличие всех элементов не обязательно ни в одном конкретном случае. К упомянутым элементам относятся следующие: наличие или отсутствие у группы консолидированных финансовых ведомостей; использование всеми членами группы единого банковского счета; единство интересов и собственности между членами 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 корпоративной группе как к единому субъекту, затрудняющая кредиторам понимание того, с каким из членов группы они поддерживают отношения, и иным образом затуманивающая юридические границы между компаниями группы; а также вопрос о том, будет ли консолидация способствовать реорганизации и отвечает ли она интересам кредиторов. Консолидация также может быть целесообразной в случаях, когда единственным способом определить статус различных внутригрупповых долгов в отсутствие приказа о консолидации было бы открытие отдельного производства по каждому делу. Последнее неизбежно привело бы к удорожанию и затягиванию процедур ликвидации и к истощению средств, которые в ином случае могли бы быть предоставлены кредиторам.

30. Хотя многие такие факторы сохраняют свою актуальность, некоторые суды начали уделять особое внимание двум конкретным факторам, а именно тому, вели ли кредиторы дела с группой как с единым экономическим субъектом, не рассматривая ее членов как отдельные юридические лица при предоставлении кредитов, и тому, являются ли дела членов группы настолько переплетенными, что консолидация была бы выгодна всем кредиторам.

с) Конкурирующие интересы при консолидации

31. Наряду с конкурирующими интересами кредиторов различных членов корпоративной группы в связи с консолидацией заслуживают рассмотрения также конкурирующие интересы разных категорий кредиторов; кредиторов и акционеров; держателей акций различных компаний группы, и в частности тех из них, которые являются акционерами только части, но не всех этих компаний; а также интересы обеспеченных и приоритетных кредиторов различных членов консолидируемой группы.

і) Собственники и держатели обыкновенных акций

32. Во многих законах о несостоятельности содержится общее правило, согласно которому права кредиторов перевешивают права собственников и держателей обыкновенных акций, и по порядку очередности при распределении средств требования собственников и держателей обыкновенных акций

удовлетворяются после всех других требований⁹. Как правило, это приводит к тому, что собственники и держатели обыкновенных акций в распределении не участвуют. В контексте корпоративной группы акционеры некоторых ее членов, имеющих большое количество активов и немногочисленные пассивы, могут получить возмещение, в то время как кредиторы других членов группы, у которых активов меньше, а пассивов больше, его не получают. Если при консолидации на всю группу в целом распространяется общий подход, при котором требования акционеров имеют более низкий статус очередности, чем требования необеспеченных кредиторов, то все кредиторы могут получить причитающиеся им средства до того, как будут произведены выплаты акционерам любого члена группы.

ii) Обеспеченные кредиторы

33. В отношении обеспеченных кредиторов, как являющихся членами группы, так и не входящих в нее, возникает вопрос о том, каким должен быть подход к их правам при консолидации. В Руководстве для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности¹⁰ рассматривается положение обеспеченных кредиторов в производстве по делам о несостоятельности и используется подход, предполагающий соблюдение общего принципа, в соответствии с которым следует обеспечить признание силы и приоритета обеспечительных интересов и сохранение экономической стоимости обремененных активов в ходе производства по делу о несостоятельности, при том что положения законодательства о несостоятельности могут изменять права обеспеченных кредиторов в целях осуществления коммерческой и экономической программы при условии принятия соответствующих защитных мер.

34. 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 при вынесении приказа о консолидации на активы другого члена группы, или же этот обеспечительный интерес должен быть ограничен конкретной совокупностью активов, на которую изначально рассчитывал обеспеченный кредитор; могут ли обеспеченные кредиторы, не обладающие обеспечением на всю сумму долга, требовать погашения его остальной части за счет общей массы активов уже как необеспеченные кредиторы; и должен ли к внутренним обеспеченным кредиторам (т.е. кредиторам, которые сами являются членами той же группы) применяться иной режим, чем к внешним обеспеченным кредиторам. Одним из возможных решений вопроса о внешних обеспеченных кредиторах является их исключение из процесса консолидации, результатом чего могла бы становиться частичная консолидация. Интересы отдельных обеспеченных кредиторов, воспринимавших членов группы как самостоятельные юридические лица – т.е., например, принимавших в расчет внутригрупповые гарантии – могут требовать особого рассмотрения. Если обремененные активы необходимы для реорганизации, то возможно иное решение, например предоставление суду права

⁹ Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, часть вторая, глава V, пункт 76.

¹⁰ В приложении I к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов указаны разделы Руководства, в которых говорится о режиме обеспеченных кредиторов при производстве по делам о несостоятельности.

вносить в приказ о консолидации изменения, специально учитывающие эти активы. Необходимо принимать во внимание также интересы внутренних обеспеченных кредиторов; к ним возможны разные подходы, включая аннулирование внутренних обеспечительных интересов, при котором требования этих кредиторов переходили бы в разряд необеспеченных, а также модификацию или субординацию этих интересов.

iii) Приоритетные кредиторы

35. Аналогичные вопросы возникают и в связи с режимом приоритетных кредиторов. На практике они могут выиграть или проиграть от объединения активов группы таким же образом, как другие необеспеченные кредиторы. Когда приоритеты установлены исходя из принципа самостоятельных юридических лиц, как в случае с выплатой пособий работникам или уплатой налогов, возникает вопрос о подходе к ним в масштабах группы, особенно когда они вступают во взаимодействие друг с другом. Например, работники одного из членов группы, имеющего многочисленные активы и небольшое число пассивов, в случае консолидации потенциально будут конкурировать с работниками другого ее члена, находящегося в противоположной ситуации, то есть обладающего лишь немногими активами при большом числе пассивов. Хотя общий результат для приоритетных кредиторов может быть лучшим, чем для необеспеченных кредиторов, не имеющих приоритетного статуса, различные группы этих приоритетных кредиторов могут быть вынуждены скорректировать свои ожидания по сравнению с тем, на что они могли бы претендовать исходя из принципа самостоятельных юридических лиц.

d) Включение в процесс консолидации платежеспособных членов группы

36. Как отмечалось выше, консолидация может быть распространена на платежеспособных членов корпоративной группы – либо в силу того, что соответствующий член группы включен в производство по делу о несостоятельности, либо потому, что его дела настолько переплетены с делами других членов группы, что вовлечение этого члена группы в процесс консолидации было бы полезным. В подобных случаях у кредиторов такого платежеспособного члена группы могут иметься особые основания для озабоченности; здесь возможно применение ограниченного подхода, при котором для защиты прав этих кредиторов приказ о консолидации распространяется только на фактическую чистую стоимость имущества платежеспособного члена группы.

e) Уведомление кредиторов

37. Ввиду потенциальных последствий консолидации для прав кредиторов представляется, что при подаче заявления о консолидации затронутые ею кредиторы должны иметь право на уведомление об этом и право заявить свои возражения. Интересы отдельных кредиторов, которые в своих взаимоотношениях с группой рассматривали каждого ее члена как самостоятельное юридическое лицо, должны при этом сопоставляться с общими выгодами, которые будут получены от консолидации. Следует, в частности, рассмотреть вопрос о том, будет ли возражение одного кредитора достаточным для недопущения консолидации, или же приказ о консолидации может быть

вынесен несмотря на такое возражение. Так, потенциально можно было бы предусмотреть для не согласных с консолидацией кредиторов, чьи интересы в результате этой консолидации пострадают значительно сильнее других, существенно больший объем выплат, чем для других необеспеченных кредиторов, отступив тем самым от принципа строгого равенства при распределении. Можно также предусмотреть исключения для конкретных групп кредиторов, с которыми заключены соглашения определенных типов, например договоры о проектом финансировании с ограниченным правом регресса, подписанные на стандартных коммерческих условиях.

f) Прочие вопросы: сроки и последующее вовлечение в консолидацию других членов группы.

38. К числу дополнительных вопросов, подлежащих рассмотрению в связи с приказами о консолидации, относится вопрос о сроках вынесения такого приказа (может ли он выноситься лишь на раннем этапе производства или также впоследствии, когда выяснится, что подобный порядок действий увеличит стоимость, которая будет распределена среди кредиторов) и вопрос о том, может ли быть дополнительно подключен к уже проведенной консолидации еще один член группы. Если приказ о консолидации выносится с согласия кредиторов или если кредиторам предоставляется возможность заявить возражения против готовящегося приказа, то включение в производство на более позднем этапе еще одного члена группы может привести к изменению той совокупности активов, которая была изначально согласована с кредиторами или о которой они были поставлены в известность. В подобной ситуации желательно предоставить кредиторам новую возможность заявить о своем согласии или несогласии с включением в консолидацию еще одного члена группы.

Рекомендации

Консолидация

21) Законодательство о несостоятельности может предоставлять суду право при соответствующих обстоятельствах вынести приказ о совместном ведении производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов корпоративной группы, как если бы они представляли собой единое юридическое лицо. В процессе принятия решения о наличии соответствующих обстоятельств суд может рассмотреть следующие вопросы:

- a) настолько ли переплетены между собой активы членов группы, чтобы это не позволяло разобраться в том, кому принадлежат те или иные из них;
- b) вели ли кредиторы дела с членами корпоративной группы как с единым экономическим субъектом, не рассматривая их как отдельные юридические лица при предоставлении кредитов;
- c) будет ли консолидация отвечать интересам всех кредиторов; и
- d) [...].

Примечания к рекомендациям

39. На своей тридцать первой сессии Рабочая группа пришла к согласию относительно того, что консолидация может быть уместной в ограниченном

круге обстоятельств и что необходимы четкие критерии, на основании которых судьи смогут оценивать соответствующие вопросы¹¹. В рекомендации 21 признается, что суд может при соответствующих обстоятельствах вынести приказ о консолидации и указываются некоторые из критериев, которые могут применяться при определении того, существуют ли упомянутые обстоятельства в том или ином конкретном случае. В пункте 29 выше приведен ряд дополнительных примеров того, какими могут быть соответствующие обстоятельства.

D. Реорганизация

[Ссылка: Руководство для законодательных органов, часть вторая, глава IV и рекомендации 139-159]

40. В Руководстве для законодательных органов подробно анализируются вопросы, связанные с реорганизацией и с согласованием, одобрением и осуществлением плана реорганизации¹². Многие из этих вопросов, а также соответствующие рекомендации актуальны применительно к реорганизации двух или более членов корпоративной группы. Один из вопросов, которые в Руководстве не рассматриваются, касается того, может ли для двух или более членов группы быть предложен единый план реорганизации.

41. В случаях, когда реорганизационное производство открывается в отношении двух или более членов группы, независимо от того, может ли осуществляться совместное управление таким производством, возникает вопрос о возможности проведения реорганизации должников по единому плану, потенциально позволяющему обеспечить экономию в производстве по всем делам о несостоятельности группы, скоординированный подход к преодолению ее финансовых затруднений и максимальную ценность активов, имеющихся для удовлетворения требований кредиторов. Согласование единого плана реорганизации допускается законами о несостоятельности нескольких стран. В соответствии с некоторыми из них этот подход возможен лишь в случае совместного управления производством или его консолидации. Там, где это не разрешено, объединенный план реорганизации, как правило, может существовать только при наличии практической возможности координации производств.

42. Если законодательство о несостоятельности допускает составление объединенного плана реорганизации, то необходимо проанализировать вопрос о применении к корпоративной группе ряда положений Руководства для законодательных органов, посвященных реорганизации одного должника. В частности, речь может идти о положениях, касающихся того, какие стороны компетентны предлагать такой план или участвовать в его представлении¹³; характера и содержания плана¹⁴; защитительных мер в связи с планом¹⁵; созыва

¹¹ Доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее тридцать первой сессии, A/CN.9/618, пункты 37 и 42.

¹² Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, часть вторая, глава IV.

¹³ Там же, пункты 8-14.

¹⁴ Там же, пункты 3-5 и 17-25.

¹⁵ Там же, пункты 54-63.

и проведения собраний кредиторов в связи с таким планом; классификации требований и различных категорий кредиторов¹⁶; голосования кредиторов и утверждения плана¹⁷; возражений против одобрения плана (или утверждения в случаях, когда оно требуется)¹⁸; и реализации плана¹⁹.

43. В едином плане реорганизации необходимо будет учесть разные интересы различных групп кредиторов, включая потенциальную необходимость предусмотреть неодинаковые нормы возмещения для кредиторов различных членов группы. Потребуется также обеспечить надлежащий баланс прав этих различных групп кредиторов в связи с одобрением плана, включая соответствующие требования в отношении большинства при принятии решений как между кредиторами отдельно взятого члена группы, так и между кредиторами разных ее членов. Например, может ли отклонение плана кредиторами одного из нескольких членов группы воспрепятствовать его осуществлению? Один из возможных здесь подходов основан на положениях, применимых при одобрении плана реорганизации одного должника. Другой подход может состоять в выработке различных требований в отношении большинства, специально рассчитанных на то, чтобы облегчить одобрение плана применительно к группе. Можно предусмотреть также защитительные положения, аналогичные тем, которые содержатся в рекомендации 152 Руководства для законодательных органов, дополнив их требованием о том, чтобы план был справедливым по отношению к кредиторам разных членов группы.

44. Рекомендация 152 Руководства для законодательных органов гласит:

"Утверждение одобренного плана

152. Если законодательство о несостоятельности требует утверждения одобренного плана судом, в нем следует предусмотреть требование к суду утвердить план, если выполнены следующие условия:

а) было получено необходимое одобрение плана категориями, и процедуры одобрения были проведены должным образом;

б) кредиторы получают по плану по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если только они не дали прямого согласия на ухудшение режима;

с) план не содержит положений, противоречащих законодательству;

д) административные требования и расходы будут оплачены в полном объеме, кроме как в той мере, в которой держатель такого требования или лицо, которому причитается возмещение таких расходов, соглашается на другой режим; и

е) кроме как в той мере, в которой затронутые категории кредиторов согласятся на иное, если какая-либо категория кредиторов

¹⁶ Там же, пункты 27, 36-37, 41-43.

¹⁷ Там же, пункты 27-51.

¹⁸ Там же, пункты 53-63.

¹⁹ Там же, пункты 69-71.

проголосовала против плана, очередь этой категории, предусматриваемая законодательством о несостоятельности, должна в полной мере признаваться планом и распределение для этой категории согласно плану должно соответствовать этой очереди".

45. Законодательство о несостоятельности может также включать положения о последствиях, наступающих в случае, если план реорганизации не одобряется, о чем говорится в рекомендации 158 – особенно если в этот план могут быть включены платежеспособные члены группы. Так, согласно одному из законов, отсутствие одобрения плана влечет за собой ликвидацию всех несостоятельных членов группы.

46. Рекомендация 158 Руководства для законодательных органов гласит:

"Преобразование в ликвидацию

158. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что суд может преобразовать реорганизационное производство в ликвидационное, когда:

- a) план не предложен в любой установленный законодательством срок и суд не продлевает этот срок;
- b) предложенный план не одобрен;
- c) одобренный план не утвержден (если законодательство о несостоятельности требует утверждения);
- d) удовлетворено ходатайство об оспаривании одобренного или утвержденного плана; или
- e) должником существенно нарушены условия плана или план не может быть осуществлен по другим причинам".

Рекомендации

Объединенный план реорганизации

22) Законодательство о несостоятельности может допускать предложение объединенного плана реорганизации для двух или более членов корпоративной группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности.

23) Законодательство о несостоятельности может предусматривать включение в объединенный план реорганизации платежеспособного члена группы, на которого не распространяется производство по делу о несостоятельности, если суд определит, что такое включение отвечает интересам корпоративной группы.

Примечания к рекомендациям

47. В рекомендациях 22 и 23 обозначены основные принципы, согласно которым законодательство о несостоятельности может допускать предложение объединенных планов реорганизации двух или более членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, а платежеспособный член группы, на которого производство по делу о

несостоятельности не распространяется, тем не менее может быть включен в такой план, если это отвечает интересам группы.

48. Принимая во внимание дискуссию, отраженную в пунктах 42-44 выше, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о включении дополнительных рекомендаций относительно содержания соответствующих положений, и в частности относительно возможности и необходимости предусмотреть неодинаковые нормы возмещения для разных групп кредиторов; одобрения плана; средств защиты; невыполнения; а также других вопросов, упоминаемых в рекомендациях 139-159 Руководства для законодательных органов.

Е. Прочие вопросы

49. Помимо вопросов, о которых идет речь выше, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы, которые до сих пор не обсуждались:

а) применение рекомендаций 69-86 Руководства для законодательных органов, в которых говорится о режиме контрактов, в случае несостоятельности двух или более членов корпоративной группы, особенно если эти контракты заключены между членами группы;

б) отдельные соображения, касающиеся участия кредиторов в производстве по делам о несостоятельности в контексте корпоративных групп, когда один или несколько кредиторов потенциально могут быть членами той же группы и могут подпадать либо не подпадать под то же самое производство по делу о несостоятельности;

с) возможность формирования единого комитета кредиторов для кредиторов каждого члена группы или для кредиторов каждой категории в масштабах группы;

д) в отношении представительства интересов кредиторов – особые соображения, которые могут касаться выполнения рекомендаций 126-136 Руководства для законодательных органов, где говорится об участии кредиторов. Следует исходить из того, что члены группы, являющиеся кредиторами других ее членов, будут для целей рекомендации 131 рассматриваться как связанные с должником лица и, соответственно, будут лишены права участвовать в работе комитетов кредиторов;

е) применение рекомендаций 137-138 Руководства для законодательных органов, касающихся права заинтересованной стороны быть заслушанной и ее права на апелляционную/кассационную жалобу, к члену корпоративной группы: понятие "заинтересованной стороны", как поясняется в Руководстве для законодательных органов, может распространяться на члена корпоративной группы в ряде различных вариантов, будь то как на одного из должников в рамках объединенного производства, как на кредитора, держателя обыкновенных акций, или просто другого члена той же группы;

f) особые соображения, которые могут касаться представления требований другими членами той же группы, – например, предусматривающие их особо тщательное изучение как требований связанных с должником лиц согласно рекомендации 184 Руководства для законодательных органов.
