



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
1 June 2010*
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Сорок третья сессия

Нью-Йорк, 21 июня – 9 июля 2010 года

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности: проект части третьей, касающийся режима предпринимательских групп при несостоятельности

Подборка замечаний правительств и международных
организаций**

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
II. Замечания международных организаций	1-30	2
A. Лондонское общество юристов	1-30	2

* Задержка с представлением настоящей записки обусловлена ее несвоевременным получением.

** Следует отметить, что настоящие замечания подготовлены на основе документа A/CN.9/WG.V/WP.90 и добавлений к нему. Нумерация рекомендаций в документе A/CN.9/WG.V/WP.90 несколько отличается от нумерации рекомендаций в последующем документе A/CN.9/WG.V/WP.92: рекомендации 226-239 в выпущенном ранее документе соответствуют рекомендациям 225-238 в его пересмотренном варианте.



II. Замечания международных организаций

A. Лондонское общество юристов

...

1. Цель сообщения

1. В настоящем сообщении представлены замечания по тем аспектам проектов комментария [см. в A/CN.9/WG.V/WP.92 и Add.1] ("комментарий") и рекомендаций части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности ("проект рекомендаций"), которые:

а) нарушают общепризнанные основные принципы защиты кредиторов; или

б) возможно, являются неприменимыми или неоправданно сложными/открытыми для злоупотреблений.

2. Мы сознаем, что законы о несостоятельности в правовых системах различных государств имеют значительные отличия. Правовые системы обычно описываются как ориентированные либо на должника, либо на кредитора, и поэтому при разработке типового законодательства о несостоятельности невозможно принять строго универсальный подход.

3. Вместе с тем определенные принципы должны соблюдаться всеми, и настоящее сообщение касается как раз таких принципов. Мы не комментировали общие процедуры/методы проведения исследований, принятые ЮНСИТРАЛ.

4. Во второй части изложены общие вопросы, которые касаются всех рекомендаций, а в третьей и последующей частях изложены конкретные вопросы.

2. Обзор

Характер и определение "предпринимательской группы"

5. Во многих правовых системах не признается такое понятие, как "предпринимательские группы", однако во многих странах существует конкретное законодательство, в котором групповые отношения определяются ссылкой на контроль или влияние, участие в капитале, право голоса, участие в определении финансовой политики и принятии решений, определение состава совета и т.д.

6. В проекте рекомендаций в разделе "Глоссарий" (пункт 4 комментария) содержится следующее определение "предпринимательской группы": "два или более предприятия, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности". Контроль определяется как "способность прямо или косвенно определять хозяйственную и финансовую стратегию предприятия".

7. Значение таких определений является не совсем ясным. Хотя проект рекомендаций и не должен содержать окончательного определения

"предпринимательской группы", по нашему мнению, было бы полезно предусмотреть исчерпывающий список факторов, без которых нельзя было бы говорить о существовании "предпринимательской группы", с тем чтобы ограничить сферу применения проекта рекомендаций.

8. Например, проект рекомендаций должен быть применим лишь при наличии одного или более из следующих факторов:

а) правовой контроль: способность одного субъекта прямо или косвенно контролировать или осуществлять влияние на другого субъекта через право голоса, участие в капитале, определении состава совета/руководящего органа, договорные механизмы и т.д.; или

б) фактический контроль: влияние одного субъекта на другого в отсутствие какого-либо формального договора.

3. Влияние производства по делу о несостоятельности на платежеспособного члена группы

Рекомендации 199-201 – Объединенное заявление об открытии производств по делам о несостоятельности (непроцедурная координация)

9. Мы считаем оправданным допускаемое включение члена группы, наступление несостоятельности которого является неизбежным, в заявление об открытии производства по делу о несостоятельности (в соответствии с рекомендацией 15, часть вторая, Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов¹), однако мы не поддерживаем законодательство о несостоятельности, которое бы допускало включение в заявление об открытии производства по делу о несостоятельности группы членов, которые не удовлетворяют стандарту открытия производства, о котором говорится в рекомендации 15 (пункт 12 комментария).

10. По нашему мнению, это будет противоречить основополагающему постулату о том, что законодательство о несостоятельности, целью которого является защита имущественной массы неплатежеспособного должника и управление ею, применимо только к находящимся в трудном положении должникам, а не к совершенно платежеспособным должникам.

Рекомендация 39/48 – Применение моратория в отношении платежеспособного члена группы?

11. Мы не поддерживаем толкования рекомендаций 39 и 48 как допускающего применение моратория в отношении платежеспособного члена группы (даже с исключением для обеспеченных кредиторов) (пункт 40 комментария). Это было бы неправомерным вмешательством в права кредиторов в отношении этого юридического лица.

¹ Рекомендация 15: "В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто по заявлению должника, если должник сможет доказать, что:

- i) он в целом не может или не сможет оплатить свои долги по наступлении сроков их погашения; или
- ii) его обязательства превышают стоимость его активов".

12. Мы не поддерживаем также мнения о том, что может быть целесообразно включать активы платежеспособного члена группы в производство по делу о несостоятельности другого члена группы (пункт 54 комментария).

4. Финансирование после открытия производства

Рекомендации 211-216

13. Рекомендация 211 составлена в широких формулировках, с тем чтобы позволить члену предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, i) предоставлять финансирование после открытия производства другим членам группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, и ii) предоставлять обеспечительный интерес в своих активах (или предоставлять гарантию) для финансирования после открытия производства, предоставляемого другому члену предпринимательской группы. Таким образом, широкие формулировки допускают как внутригрупповое финансирование, так и внешнее финансирование, предоставляемое одному члену группы и обеспеченное активами другого члена группы.

14. Мы считаем, что финансирование после открытия производства теоретически является оправданным. В Соединенном Королевстве этот вопрос является предметом широких обсуждений. Твердую поддержку, однако, получило мнение о том, что, согласно опыту Соединенного Королевства, нет никакой практической необходимости ни в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности конкретно предусматривать финансирование (либо отдельного должника, либо предпринимательской группы) после подачи заявления об открытии производства или после открытия производства, ни в законодательстве о несостоятельности, допускающем, чтобы финансирование после открытия производства получало приоритет перед другой задолженностью.

15. По опыту Соединенного Королевства, если предприятие компании/группы по существу функционирует хорошо, то кредиторы предоставляют необходимые ликвидные средства, чтобы компания/группа компаний могла продолжать свою деятельность в качестве хозяйствующей единицы.

16. Мы полагаем, что если кредиторы не готовы обеспечить необходимое финансирование без получения приоритета (см. рекомендацию 64) или получения более высокой очередности на обеспечение по отношению к другой задолженности, то это, вероятно, отражает понимание ими состояния, в котором находится предприятие; кроме того, такое финансирование может привести к искусственному продлению существования компании, что в конечном итоге приведет к убыткам.

17. Мы не поддерживаем мнения о том, что неплатежеспособный член группы должен иметь возможность предоставить обеспечение или квазиобеспечение для финансирования после открытия производства, предоставляемого другому неплатежеспособному члену группы (пункт 72). Член группы, предоставляющий обеспечение, тем самым будет сокращать объем активов, имеющихся в распоряжении его необеспеченных кредиторов,

и тем более трудно увидеть какие-либо реальные выгоды для его кредиторов, которые могут быть получены в результате предоставления обеспечения.

18. Мы отмечаем также, что недавно в Соединенных Штатах была поставлена под вопрос законность механизмов финансирования должника, сохраняющего владение (ДСВ) (*Clyde Bergemann, Inc. v Babcock & Wilcox Co. (In re Babcock & Wilcox Co., 250 F.3d 955 (5th Circuit 2001))*). В этом деле банк обеспечил финансирование ДСВ различных членов группы (должников), обеспеченное правом преимущественного удержания и сверхприоритетным требованием в отношении имущественной массы должника, причем не только в отношении всех занятых каждым должником сумм в период после подачи заявления, но и в отношении *всех сумм, занятых всеми другими должниками в рамках соглашения*. Это означает, что имело место перекрестное залоговое обеспечение обязательств друг друга всеми должниками ДСВ. Кредитор возразил против этого, поскольку, по его мнению, перекрестное залоговое обеспечение группой должников привело фактически к материальной консолидации должников, хотя условия, необходимые для материальной консолидации, не были удовлетворены. Суд пятого апелляционного округа отклонил этот довод. Тем не менее существует веский довод², состоящий в том, что имела место *частичная* материальная консолидация имущественной базы должников ДСВ, а банк, финансирующий ДСВ, по сути кредитовал одну крупную нерасчлененную корпоративную группу при наличии полного права на регрессное требование в отношении всех активов группы независимо от того, кто именно из должников в рамках этой группы фактически заимствовал средства. Таким образом, может быть доказано, что такая фактическая материальная консолидация подрывает базовые принципы отдельной правосубъектности.

5. Материальная консолидация

Рекомендации 219-231

19. Мы признаем, что в весьма ограниченном круге определенных обстоятельств материальная консолидация может быть полезным средством, однако мы будем настаивать на том, чтобы в проекте рекомендаций условия, в которых возможна материальная консолидация, были сведены к весьма ограниченному кругу обстоятельств.

20. Бытует неверное мнение, что механизм материальной консолидации широко используется в Соединенных Штатах. В действительности же применение материальной консолидации является узкоограниченным, а право американских судов по делам о банкротстве выносить приказы о материальной консолидации было подвергнуто сомнению в *Re NM Holdings Company LLC*³. Современное изложение этой американской доктрины содержится в ряде мнений, сформулированных апелляционными судами третьего⁴ и второго⁵ округов и федерального округа Колумбия⁶. Мнения судов различных округов

² Bankruptcy Law Letter, 1 August 2001.

³ 407 B.R. 232.

⁴ *Owens Corning*, 419 F.3d 195, 205-09 (3d Cir.2005).

⁵ *In Re Augie/Restivo Baking Co. Ltd.*, 860 F.2d 515, 518 (2d Circ. 1988).

⁶ *In re Auto-Train Corp., Inc* 810 F.2d 270, 276 (D.C. Cir. 1987).

несколько отличаются по формулировкам, однако сходятся в двух важных компонентах: i) активы и пассивы субъектов являются настолько "смешанными" и "спутанными" или между субъектами существуют столь "существенные отличия", что применение к ним отдельного подхода будет в ущерб кредиторам; и ii) кредиторы воспринимают или рассматривают субъектов в качестве одного предприятия/единой экономической единицы, при этом кредиторы *не основываются на их самостоятельной правосубъектности или основываются на их совместной правосубъектности* (следует отметить, что те суды, которые руководствуются порядком подчиненности, установленном в деле о корпорации *Auto-Train*, будут издавать приказ о консолидации лишь в том случае, когда кредитор не исходит из обособленности субъектов). Там, где нет органа, контролирующего апелляционные суды, суды обычно опираются на перечень факторов/элементов для принятия решения о материальной консолидации.

21. Кроме того, в Соединенных Штатах возможность материальной консолидации обусловлена применением судами по делам о банкротстве права справедливости, а также свободой вынесения решений по вопросам в зависимости от конкретного случая. Мы считаем, что в странах с правовыми системами, основанными на римском праве, в которых отсутствует концепция судов права справедливости, а суды не привыкли применять такой дискреционный подход, существует возможность неправомерного использования материальной консолидации, если только в проекте рекомендаций не будет четко указано на весьма ограниченный круг обстоятельств, при которых она возможна.

22. Мы считаем весьма важным, чтобы материальная консолидация не затрагивала вещных прав кредиторов. Широко признано, что вещные права/права собственности являются нерушимыми правами, которые правовая система должна стараться поддерживать. По нашему мнению, следует более узко определить исключения, которые в настоящее время предусмотрены в рекомендации 225. Существующую в этой рекомендации формулировку "должны, насколько это возможно, соблюдаться" следует заменить формулировкой, согласно которой материальная консолидация никогда не должна затрагивать вещные права, за исключением случаев, указанных в подпунктах (a)-(c), которые представляются разумно необходимыми исключениями.

23. Поэтому мы предпочитаем, чтобы материальная консолидация могла использоваться лишь в ограниченном круге обстоятельств, в которых она является единственным средством, позволяющим эффективно решать вопрос о несостоятельности групп. Однако мы считаем, что она не должна проводиться по инициативе кредиторов или отдельных членов группы. Материальная консолидация имеет столь далеко идущие последствия, что, по нашему мнению, лишь должные лица, занимающиеся делами о несостоятельности, которые способны оценить последствия производства по делу о несостоятельности для компании и других членов группы, должны иметь право подавать заявления о процедуре материальной консолидации, и что это должно сочетаться с правом кредиторов на возражение. В определенных обстоятельствах, возможно, целесообразно также, чтобы у большинства кредиторов было право подавать заявление о материальной консолидации.

24. Хотим также отметить, что в существующем проекте рекомендаций не учитываются некоторые другие возможные негативные последствия материальной консолидации. Так, материальная консолидация не должна использоваться для того, чтобы обойти возражения или права, имевшиеся у должника до материальной консолидации. Этот вопрос был затронут в суде по делам о несостоятельности северного судебного округа штата Миссисипи США в деле *Re England Motor Company, Happy day Motors, Inc. and England Holdings, Inc., Debtors*⁷, в рамках которого кредитор материнской компании заявил о том, что ее долги (возникающие в связи с вкладами) дочерним компаниям следует зачитывать в счет его кредита материнской компании. Если бы не было материальной консолидации, кредитор не мог бы заявлять о зачете, поскольку компания должника не являлась компанией, которой он обязан своими пассивами, и, следовательно, не было требуемой взаимности. В качестве довода кредитор указал на то, что долги стали общими, когда в результате материальной консолидации произошло объединение активов и пассивов отдельных субъектов. Однако суд отклонил этот аргумент на том основании, что это означало бы, что материальная консолидация имела обратное действие, лишив юридической силы возражения и права, которые существовали до приказа о материальной консолидации.

25. Таким образом, в проекте рекомендаций следует уделить особое внимание целенаправленному толкованию материальной консолидации и обеспечению того, чтобы она не приводила к получению некоторыми кредиторами несправедливых преимуществ над остальными. Примером, поясняющим этот довод, служит следующее описание материальной консолидации в рамках дела *First National Bank of Barnesville v Rafoth*⁸, которое рассматривалось в суде шестого апелляционного округа:

"Материальная консолидация применяется в тех случаях, когда *взаимоотношения должников безнадежно запутаны*, а затраты времени и средств, необходимые для их распутывания, настолько существенны, что ставят под угрозу реализацию любых чистых активов всеми кредиторами в случае любой консолидации; решение суда о консолидации предполагает заключение о том, что практическая необходимость консолидации для защиты возможной реализации любых возвращенных активов для большинства необеспеченных кредиторов *намного превышает предвиденный ущерб любому конкретному кредитору*".

26. Нам известно, что применяемый в некоторых правовых системах принцип материальной консолидации предусматривает, что суд по делам о банкротстве, если установлено наличие соответствующих обстоятельств, может консолидировать активы и пассивы различных субъектов, объединив их активы и пассивы и рассматривая их как консолидированную группу для целей производства по делам о банкротстве.

27. В английском законодательстве о несостоятельности не существует общего принципа, который наделял бы английских судей полномочием, основанным или не основанным на применении принципов справедливости,

⁷ 2010 WL 220152 (Bkrcty.N.D.Miss.).

⁸ 974 F.2d 712, 720 (6th Cir. 1992).

рассматривать активы и пассивы одного субъекта, как если бы они были активами и пассивами другого субъекта, для целей ликвидации или производства по делу одного из этих субъектов.

28. Согласно приложению 4 к закону о несостоятельности у ликвидатора компании имеются общие полномочия на достижение компромисса или соглашения с кредиторами этой компании с санкции суда. Существует прецедент выдачи судом санкции на достижение компромисса или соглашения между компаниями одной группы (каждая из которых открыла производство по делу о несостоятельности), а соответствующие кредиторы этих двух компаний фактически объединили их дела, а также объединили активы и пассивы с целью ликвидации. Однако этот случай не служит прецедентом для объединения дел ликвидируемой компании и дел не ликвидируемой компании. По нашему мнению, в любом случае маловероятно, что суд санкционирует достижения какого-либо такого компромисса или соглашения, если только дела соответствующих компаний не переплетены и запутаны настолько, что суд не может определить, какие активы и пассивы и к каким компаниям или кредиторам должны быть отнесены, и при этом такое соглашение, очевидно, отвечает интересам кредиторов обеих компаний.

6. Вопросы трансграничной несостоятельности

29. Что касается режима производства по делу о трансграничной несостоятельности предпринимательской группы, то дискуссия ведется вокруг процедурной координации, и мы поддерживаем такую дискуссию. Примеры недавних производств по делам о несостоятельности глобальных компаний свидетельствуют о том, что процедурная координация является не только полезным, но и необходимым аспектом законодательства о несостоятельности. Для обеспечения процедурной координации на практике назначаются одни и те же администраторы для различных компаний, являющихся объектом производств по делам о несостоятельности (например, в случае компаний MG Rover, Eurotunnel и т.д.).

30. Мы отмечаем, что не был определен центр основных интересов группы, однако мы не считаем это необходимым, поскольку процедурная координация связана с производством по делам о несостоятельности отдельных субъектов в индивидуальном порядке.