

# Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть третья:  
Режим предпринимательских групп  
при несостоятельности



*Дополнительная информация может быть получена по адресу:*

UNCITRAL Secretariat, Vienna International Centre  
P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

Телефон: (+43-1) 26060-4060  
Интернет: [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)

Телефакс: (+43-1) 26060-5813  
Эл. почта: [uncitral@uncitral.org](mailto:uncitral@uncitral.org)

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ  
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ

Руководство ЮНСИТРАЛ  
для законодательных органов  
по вопросам законодательства  
о несостоятельности

Часть третья:  
Режим предпринимательских групп  
при несостоятельности



ОРГАНИЗАЦИЯ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ  
Нью-Йорк, 2012 год

## Примечание

Условные обозначения документов Организации Объединенных Наций состоят из букв и цифр. Когда такое обозначение встречается в тексте, оно служит указанием на соответствующий документ Организации Объединенных Наций.

© Организация Объединенных Наций, август 2012 года. Все права защищены.

Употребляемые обозначения и изложение материала в настоящем издании не означают выражения со стороны Секретариата Организации Объединенных Наций какого бы то ни было мнения относительно правового статуса какой-либо страны, территории, города или района, или их властей, или относительно делимитации их границ.

Подготовка к изданию: Секция английского языка и издательских и библиотечных услуг, Отделение Организации Объединенных Наций в Вене.

## Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение к части третьей .....	1–2	1
Цель части третьей .....	3	2
Глоссарий .....	4–5	2
I. Общие особенности предпринимательских групп .....	1–39	5
А. Введение .....	1–5	5
В. Природа предпринимательских групп .....	6–16	7
С. Причины осуществления хозяйственной деятельности через предпринимательские группы ..	17–25	12
Д. Определение “предпринимательская группа”: собственность и контроль .....	26–30	15
Е. Регулирование деятельности предпринимательских групп .....	31–39	17
II. Рассмотрение проблемы несостоятельности предпринимательских групп: внутренние вопросы .....	1–152	21
А. Введение .....	1–4	21
В. Подача заявления и открытие производства .....	5–37	22
С. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности .....	38–91	37
Д. Средства правовой защиты .....	92–137	58
Е. Участники .....	138–145	78
Ф. Реорганизация двух или более членов предпринимательской группы .....	146–152	83
III. Урегулирование несостоятельности предпринимательских групп: международные вопросы .....	1–54	87
А. Введение .....	1–6	87
В. Развитие трансграничного сотрудничества в делах о несостоятельности предпринимательских групп ..	7–13	90
С. Формы сотрудничества с участием судов .....	14–40	93
Д. Формы сотрудничества с участием управляющих в делах о несостоятельности .....	41–47	108
Е. Использование соглашений о трансграничной несостоятельности .....	48–54	112

Приложение IV. Решение Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли относительно части третьей и резолюция 65/24 Генеральной Ассамблеи . . . . .	117
--	-----

## *Часть третья*

# **Режим предпринимательских групп при несостоятельности**

### **Введение к части третьей**

1. Основное внимание в части третьей уделяется режиму предпринимательских групп при несостоятельности. В настоящей части рассматриваются конкретные вопросы, касающиеся предпринимательских групп, для решения которых могут потребоваться иные подходы по сравнению с теми, которые обсуждаются в части второй, или дополнительные вопросы режима предпринимательских групп при несостоятельности помимо тех, которые рассматриваются в части второй. Когда в контексте предпринимательских групп возникают вопросы, решения которых не отличаются от режима, уже обсужденного в *Руководстве* выше, они повторно не рассматриваются. Таким образом, содержание части второй в полной мере применимо к предпринимательским группам, если только в настоящей части не предусматривается 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 данной предпринимательской группы. В главе III рассматриваются вопросы трансграничной несостоятельности предпринимательских групп на основе *Типового закона Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о трансграничной несостоятельности* (Типовой закон ЮНСИТРАЛ)<sup>1</sup>, который имеет отношение к производству по делу о трансграничной несостоятельности отдельного члена группы, но не затрагивает вопросов, касающихся несостоятельности разных членов группы в разных государствах, а также на основе *Практического руководства Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности* (Практическое руководство ЮНСИТРАЛ)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>*Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10), приложение III, часть первая. Размещено по адресу [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), раздел “Тексты ЮНСИТРАЛ и их статус”.

<sup>2</sup>Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.10.V.6. Размещено по адресу [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org), раздел “Тексты ЮНСИТРАЛ и их статус”.

## Цель части третьей

3. Цель настоящей части заключается в том, чтобы предусмотреть, как во внутреннем, так и в трансграничном контексте, такой режим производства по делу о несостоятельности одного или более членов предпринимательской группы в контексте предпринимательской группы, который позволял бы решать особые вопросы, относящиеся к производству по делу о несостоятельности, затрагивающему такие группы, и достигать более оптимального, более эффективного результата для предпринимательской группы в целом и ее кредиторов и, в частности, в интересах:

a) содействия достижению ключевых целей, изложенных в рекомендации 1; и

b) более эффективного урегулирования в контексте рекомендации 5 случаев производства по делам о трансграничной несостоятельности, затрагивающим членов предпринимательских групп.

## Глоссарий

4. Приведенные ниже дополнительные термины имеют особое отношение к предпринимательским группам и должны читаться в сочетании с терминами и пояснениями, включенными в основной глоссарий, выше:

a) “предпринимательская группа”: два или более предприятия, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности;

b) “предприятие”: любой субъект, независимо от его юридической формы, который занимается экономической деятельностью и на который может распространяться действие законодательства о несостоятельности<sup>3</sup>;

c) “контроль”: способность прямо или косвенно определять оперативную и финансовую стратегию предприятия;

d) “процедурная координация”: координация управления производством по двум или более делам о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы. Все члены, включая их активы и пассивы, остаются отдельными и отличными друг от друга субъектами<sup>4</sup>;

---

<sup>3</sup>В соответствии с подходом, использованным в отношении индивидуальных должников, основной акцент в настоящей части сделан на осуществлении субъектом такой экономической деятельности, которой обычно занимаются субъекты, подпадающие под определение “предприятие”. Сюда не относятся потребители и другие субъекты особого характера (например, банки и страховые компании), на которых, согласно рекомендациям 8 и 9 (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10), часть вторая, глава I, сноска 6 к рекомендации 9), законодательство о несостоятельности не распространяется. Особые соображения, связанные с несостоятельностью таких должников, конкретно в *Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* не рассматриваются (см. часть вторая, глава I, пункты 1–11).

<sup>4</sup>Понятие “процедурная координация” подробно разъясняется в главе II, пункты 22–25.



е) “материальная консолидация”: режим, при котором активы и пассивы двух или более членов предпринимательской группы рассматриваются как часть единой имущественной массы в деле о несостоятельности<sup>5</sup>.

5. В целях упрощения терминологии в части третьей термин “материнская корпорация” используется для обозначения субъекта, осуществляющего контроль над членами предпринимательской группы, а термин “контролируемый член группы” – для обозначения тех членов, которые контролируются материнской корпорацией независимо от их правовой структуры. Термин “член группы” относится в целом как к материнским корпорациям, так и к контролируемым членам группы, если не указано иное.

---

<sup>5</sup>О последствиях материальной консолидации и режиме обеспечительных интересов см. рекомендации 224 и 225, ниже, и главу II, пункты 129–133.



# **I. Общие особенности предпринимательских групп**

## **A. Введение**

1. 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 обладать правоспособностью 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 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 корпорации, права и обязанности ее участников и пределы, в которых участники могут нести ответственность за ее долги. 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.

2. 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 юридического лица. В качестве общего рабочего определения

предпринимательскую группу можно описать как два или более юридических лица (члены группы), которые связаны между собой отношениями контроля (прямого или косвенного) или собственности (см. пункты 26–30, ниже). Размеры и структурная сложность предпринимательских групп не всегда очевидны, поскольку публично многие из них воспринимаются как унитарная организация, действующая как единый корпоративный субъект.

3. Существование предпринимательских групп уже имеет определенную историю: по некоторым оценкам, в ряде стран они появились еще в конце XIX – начале XX века в результате внутреннего роста, в процессе которого корпорации 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 одном и 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 первоначально запрещалось в системах как общего, так и гражданского права.

4. В процессе такого внешнего роста корпорации сохраняли и сохраняют отдельную 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 характерны 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 многочисленные транснациональные предпринимательские группы. В глобальном плане, крупнейшие транснациональные группы нередко производят значительную часть валового национального продукта, а по годовым темпам роста и годовому обороту опережают многие государства.

5. Несмотря на факт существования предпринимательских групп, во многих законодательных актах, касающихся корпораций и, в частности, их режима при несостоятельности, рассматриваются лишь отдельные корпоративные субъекты. Несмотря на отсутствие соответствующего законодательства, судьи и управляющие в делах о несостоятельности во многих странах, сталкиваясь с вопросами, которые целесообразнее решать применительно к единому предприятию, а не к отдельным корпоративным субъектам<sup>6</sup>, выработали подходы, которые позволяют достичь результатов, лучше соответствующих экономическим реалиям современной деловой жизни.

---

<sup>6</sup>Это различие подробнее рассматривается в пунктах 31–39, ниже.

## В. Природа предпринимательских групп

б. 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, механизмы долевой собственности и т. п. В структуру предпринимательской группы могут входить и другие субъекты, например специальные целевые предприятия (СЦП)<sup>7</sup>, совместные предприятия<sup>8</sup>, офшорные трасты<sup>9</sup>, доходные трастовые фонды<sup>10</sup> и товарищества.

---

<sup>7</sup>Специальные целевые предприятия (СЦП), также известные как “специальные целевые механизмы” или “предприятия с отдаленным риском 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 представляет собой корпорацию, практически полностью находящуюся в собственности материнской корпорации; в некоторых правовых системах требуется, чтобы по меньшей мере 3 процента капитала принадлежали 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 также использоваться в конкурентных целях для обеспечения того, чтобы права интеллектуальной собственности, например на новую технологию, принадлежали отдельному юридическому лицу, не связанному ранее заключенными лицензионными соглашениями.

<sup>8</sup>Совместное предприятие обычно представляет собой договорный 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.

<sup>9</sup>Офшорный траст представляет собой обычный траст, созданный согласно законодательству офшорной правовой системы. По своей природе и принципам деятельности офшорные трасты аналогичны внутренним трастам и предполагают перевод активов доверенной стороне, которая управляет ими в интересах какого-либо отдельного лица или группы лиц. 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.

<sup>10</sup>Доходным трастовым фондом принято называть инвестиционный трастовый фонд, владеющий доходными активами. Этот термин может также использоваться для обозначения юридических лиц, структуры капитала или механизма владения определенными активами или предприятиями. Акции или инвестиционные паи доходного трастового фонда обращаются на рынке ценных бумаг, а прибыль распределяется между инвесторами или пайщиками на ежемесячной или ежеквартальной основе.

7. Предпринимательские группы могут иметь иерархическую или вертикальную структуру, состоящую из нескольких уровней материнских корпораций и контролируемых членов группы, которыми могут являться дочерние или другие аффилированные или родственные предприятия, отвечающие за различные этапы процесса производства и распределения товаров. Вертикальная интеграция обычно наблюдается в пределах одной отрасли и может охватывать некоторые или все этапы хозяйственной деятельности – от добычи сырья до сбыта готовой продукции. Она может стать результатом целенаправленного приобретения предприятий-поставщиков и предприятий оптовой и розничной торговли для укрепления контроля и повышения надежности. Вертикальная интеграция может возникать и в тех случаях, когда какая-либо корпорация обычно благодаря использованию своего покупательного потенциала подчиняет своему влиянию поставщиков или оптовых торговцев. В качестве примера вертикальной интеграции часто приводят нефтяную отрасль, в которой преобладают крупные нефтяные компании, занимающиеся разведкой месторождений и добычей сырой нефти, ее транспортировкой и переработкой, а также распределением и сбытом готового топлива.

8. Предпринимательские группы могут иметь и горизонтальную структуру и включать в свой состав несколько родственных членов группы, которые нередко имеют общих владельцев и занимаются одинаковой деятельностью, например в книгоиздательской отрасли, где одно издательство может приобретать другие для расширения круга своих редакторов и авторов и повышения конкурентоспособности, или в сфере массовой информации, где одной группе может принадлежать сразу несколько СМИ, весьма близких или одинаковых по содержанию. Горизонтальная интеграция обычно связана с контролем над одним этапом производства или одной отраслью и позволяет предпринимательской группе добиваться экономии за счет эффекта масштаба, при том что горизонтально интегрированные группы могут осуществлять деятельность и в смежных, а то и 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. Кроме того, вертикальная интеграция более характерна для производственной сферы, а горизонтальная – для сбытовой.

9. В научно-исследовательской литературе, посвященной предпринимательским группам, наглядно показано, что их могут объединять самые разные связи: банковские отношения, пересекающийся состав советов директоров, договоренности между собственниками, совместное использование информации, участие в совместных предприятиях и картелях, – и что структура предпринимательских групп различается 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, когда в состав таких групп может входить материнская корпорация или торговая компания, а также различные члены группы, занимающиеся производством, а иногда и банк. В некоторых случаях материнские функции может выполнять субъект, не имеющий статуса корпорации, например фонд или какая-либо некоммерческая организация в другой форме. 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 могут иметь тесные связи с государством, а не с конкретными семьями. Степень диверсификации также весьма неодинакова, и при этом в одних группах ведутся интенсивные внутренние операции, а в других нет<sup>11</sup>.

10. Степень финансовой и управленческой самостоятельности в рамках предпринимательской группы может существенно различаться. В некоторых группах отдельные члены могут осуществлять активные коммерческие операции и сами определять свои деловые цели и отвечать 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 корпорация может осуществлять тесный контроль, распределяя акционерный и кредитный капитал между членами группы 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 корпорации или в руках нижестоящего члена группы, если материнская корпорация 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 корпорацией и другими членами группы, при этом материнская корпорация может как предоставлять, так и брать кредиты, а члены группы могут предоставлять перекрестные гарантии<sup>12</sup>. Внутригрупповые кредиты могут предоставляться в

---

<sup>11</sup>В некоторых исследованиях отмечается, что, например, группы в Чили более диверсифицированы, чем группы в Республике Корея, что группы на Филиппинах более вертикально интегрированы, чем группы в Индии, и что они 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. 45 (June 2007), pp. 331–372.

<sup>12</sup>Во многих странах важным методом мобилизации капитала предпринимательской группы является перекрестное гарантирование, при котором каждый член группы гарантирует исполнение обязательств другими членами. 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 наличие такого соглашения будет расцениваться как факт, 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 корпорации.

форме пополнения оборотного капитала или непогашенных краткосрочных долговых обязательств, например невыплаченных дивидендов или невозвращенных кредитов в рамках внутригрупповых деловых операций. Они могут предоставляться как под проценты, так и без процентов.

11. В ряде государств важным объединяющим фактором в рамках предпринимательских групп являются семейные связи. Нередко наиболее авторитетные члены семьи и их близкие входят в состав совета директоров материнской корпорации группы и одновременно – в состав руководства других 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 корпорации занимают руководящие должности и в других 45 членах группы<sup>13</sup>.

12. 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 воздействие на развитие групп. Однако можно привести не меньше примеров, когда деятельность предпринимательских групп оказывается в центре внимания правительства, которое принимает меры для лишения их ряда преимуществ, связанных, например, с доступом к капиталу.

13. 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<sup>14</sup>, причем группы в ряде случаев состоят из сотен, а то и тысяч разных компаний.

14. 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 входили 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

---

<sup>13</sup>Khanna and Yafeh, “Business groups in emerging markets” (см. сноску 11, выше).

<sup>14</sup>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 находились в полной собственности материнской корпорации; 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 (Australia, Companies and Securities Advisory Committee, *Corporate Groups Final Report* (Sydney, 2000), para. 1.2).



из обследованных групп не имелось своей полной организационной схемы<sup>15</sup>. Аналогичным образом, организационные схемы ряда гонконгских предпринимательских групп, специализировавшихся на сделках с недвижимостью, например группы Carrian, разорившейся более 20 лет 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 можно было различить названия всех дочерних предприятий, займет целую стену в небольшом офисе. Организационная схема группы Collins&Aikman, также действующей в автомобильном секторе, занимает целый буклет, причем структура некоторых субподгрупп по сложности сопоставима со структурой многих национальных предпринимательских групп.

15. 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 члены группы от предпринимательской группы в целом в вопросах финансирования или кредитных гарантий, решаются ли централизованно кадровые вопросы, насколько активно материнская корпорация участвует в выработке решений по вопросам политики, операций и бюджета или в какой степени коммерческие операции группы интегрированы по вертикали или горизонтали); маркетинговая политика группы (например, важность внутригрупповых продаж и закупок, использование общих товарных знаков и логотипов, проведение общих рекламных кампаний и предоставление гарантий на продукцию); и публичный имидж группы (например, в какой мере позиционирует себя группа как единое предприятие и в какой степени характеризуется деятельность отдельных членов, входящих в состав группы, как деятельность группы в целом во внешней отчетности, предназначенной для акционеров, регулирующих органов или инвесторов).

16. 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 направления производственной деятельности, и члены группы могут проводить свою производственную деятельность по одному или нескольким направлениям, в результате чего управление ими могут осуществлять сразу несколько подразделений. В некоторых случаях управление членами группы, находящимися в полной собственности материнской корпорации, осуществляется в таком же порядке, как если бы они были одним из отделений этой корпорации.

---

<sup>15</sup>Tom Hadden, "Inside corporate groups", *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 12, 1984, p. 273.

## **С. Причины осуществления хозяйственной деятельности через предпринимательские группы**

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

18. 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 отдельный член группы. В процессе роста и для увеличения рыночного влияния могут приобретаться другие компании, которые будут сохранены и управление которыми будет продолжено как отдельными предприятиями, чтобы иметь возможность использовать их названия, репутацию и публичный имидж. Целью расширения может быть также приобретение новых технических или управленческих навыков. После своего формирования группы могут продолжать существовать и развиваться благодаря сокращению административных расходов путем рационализации управления и ликвидации избыточных членов.

19. 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 отдельного члена группы 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 привлекаемых кредитов или проектного финансирования предпринимательская группа может выделить специальные активы в отдельную компанию, созданную для этой цели, и предоставить кредитору преимущественное право на все или большую часть имущества такого нового члена группы. Отдельный член группы может быть также создан для осуществления конкретного проекта или привлечения дополнительного финансирования за счет залога его собственных материальных и коммерческих активов, или же его создание может потребоваться для получения правительственной 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 одного из 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 корпорацией по отношению к ряду членов другой группы.

20. Использование групповой структуры может упростить соблюдение нормативных требований, поскольку обязанности по их соблюдению могут быть возложены на каждого члена группы в отдельности. 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 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 члена группы, учрежденного 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 – приобретают соображения, связанные с особенностями местного законодательства, определяющими в первую очередь стоимость и порядок учреждения юридических лиц, обязательства учрежденных юридических лиц и режим предпринимательских групп при несостоятельности. Различия в законодательстве, действующем в разных правовых системах, могут значительно затруднить решение этих вопросов.

21. 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 группы<sup>16</sup>. К числу мер, учитывающих связи между материнской

---

<sup>16</sup>Organization for Economic Cooperation and Development, *International Investment and Multinational Enterprises: Responsibility of Parent Companies and Their Subsidiaries* (Paris, 1979).

корпорацией и контролируруемыми членами группы, относятся 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 членом группы своим акционерам-резидентам, а также внутригрупповые дивиденды в тех случаях, когда члены группы тесно связаны отношениями собственности. При исчислении суммы налога может допускаться зачет налогов, уплаченных в иностранном государстве с основной прибыли контролируемого члена группы или с дивидендов. Упрощенный порядок налогообложения групп может предусматривать, что члены группы рассматриваются как один субъект налогообложения и представляют сводную налоговую отчетность. Может быть разрешено вычитать потери одного из членов группы из доходов другого или же равномерно распределять прибыли и убытки между всеми членами группы.

22. Ввиду важности налоговых соображений распределение активов и пассивов внутри предпринимательской группы часто напрямую зависит от внутригрупповой политики ценообразования и национальной политики и ставок налогообложения. Различные ставки налогообложения юридических лиц, действующие в разных государствах, а также определенные налоговые льготы (например, пониженная ставка налога на прибыль от производственной деятельности или доход от финансовых услуг), предоставляемые в некоторых государствах, могут повысить их привлекательность по сравнению с другими странами, 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.

23. На выбор корпоративной формы, например на выбор между созданием отделения или дочернего предприятия, могут также влиять особенности налогового регулирования, например в вопросах о том, разрешается ли переводить прибыль иностранного члена группы за рубеж без уплаты налогов, если такая прибыль идет на возврат кредита материнской корпорации или если материнской корпорации принадлежит определенная доля (от 5 до 20 процентов) акционерного капитала иностранного члена группы; можно ли вычитать проценты на средства, заимствованные в целях приобретения члена группы, из прибылей этого члена; и, как уже упоминалось выше, можно ли сальдировать доходы и убытки разных членов группы в сводной налоговой декларации. Иногда для ведения той или иной хозяйственной деятельности создается сразу несколько членов группы 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.

24. Влияние на структуру корпоративной группы оказывают и требования к бухгалтерской отчетности. В некоторых правовых системах разрешается создавать определенные механизмы – например, членов группы, выполняющих только агентские функции, – для управления некоторыми аспектами коммерческой деятельности, при этом создание такого предприятия избавляет материнскую корпорацию от необходимости представлять подробные торговые счета такого члена, являющегося лишь агентом материнской корпорации, которой принадлежат все активы.

25. Многие из этих преимуществ осуществления коммерческой деятельности через предпринимательские группы могут носить иллюзорный характер. Защита от разорительных убытков может оказаться неэффективной в результате соглашений о внутригрупповом финансировании, внутригрупповых коммерческих операций, перекрестного гарантирования, ручательств<sup>17</sup>, данных аудиторам группы, а также стремления крупных кредиторов, особенно банков, заручиться гарантией возмещения убытков за счет головной компании группы. 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 специфику отчетности предпринимательских групп часто недопонимают.

#### **Д. Определение “предпринимательская группа”: собственность и контроль**

26. Несмотря на то что 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. Кроме того, при анализе того законодательства, которое все же касается тех или иных

---

<sup>17</sup>Ручательство обычно дает материнская корпорация с целью убедить какое-либо предприятие заключить сделку с членом группы. Оно может содержать различные обязательства, ни одно из которых не будет иметь силу гарантии, например обязательство сохранять свое акционерное или иное финансовое участие в этом члене группы или использовать свое влияние для обеспечения выполнения им обязательств по соответствующему контракту; кроме того, оно может носить форму подтверждения осведомленности о заключаемом с членом группы контракте без какого-либо прямого указания на то, что материнская корпорация берет на себя какую-либо ответственность за исполнение обязательств по этому контракту.

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 различные критерии, хотя некоторые из них могут частично совпадать, а если в число таких критериев входит какое-либо конкретное понятие, например понятие “контроль”, его толкование может быть более широким или более узким в зависимости от целей законодательства, о чем уже говорилось выше.

27. Хотя в законодательстве большинства стран нет четкого определения термина “предпринимательская группа”, есть несколько понятий, которые обычно используют для определения того, какие отношения между субъектами 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 концепции встречаются как в законодательстве разных 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 учитываются только прямая собственность, контроль или влияние. Выбор между этими двумя концепциями нередко отражает попытку найти компромисс между определенностью, достичь которой можно, установив обязательную долю собственности, и гибкостью, для достижения которой удобнее пользоваться понятием контроля или влияния и учитывать различные экономические особенности предпринимательских групп.

28. В некоторых случаях наличие отношений собственности определяется на основе формальных взаимоотношений между членами группы. Для определения таких взаимоотношений может использоваться стандартный критерий, например 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 или влияния дополнительные факторы, о которых будет сказано ниже. В ряде случаев владение определенной долей капитала или количеством голосов создает опровержимую презумпцию собственности, а владение более крупной долей – неопровержимую презумпцию собственности.

29. В других случаях при решении вопроса о том, что следует считать корпоративной группой, применяется более функциональный подход и основное внимание уделяется различным аспектам контроля, под которым понимается наличие контролирующего или решающего влияния, 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 субъектами, например отношения между материнской корпорацией и контролируемым членом группы, сколько суть таких отношений.

30. О контроле одного субъекта над другим могут свидетельствовать следующие факторы: возможность занимать преобладающее число мест в составе совета директоров или руководящего органа другого субъекта; возможность назначать или снимать с должности всех или большинство директоров или членов правления другого субъекта; возможность контролировать большинство голосов при голосовании в совете директоров или руководящем органе другого субъекта; возможность обеспечить большинство голосов или предопределить подачу большинства голосов на общих собраниях акционеров другого субъекта, независимо от того, обусловлена ли такая способность наличием акций или опционов. При рассмотрении этих факторов может оказаться полезной также следующая информация: учредительные документы членов группы; данные о структуре акционерного капитала членов группы; информация об основных стратегических решениях членов группы; соглашения о внутреннем и внешнем управлении; данные о банковских счетах, порядке их ведения и лицах, имеющих право подписи; и информация о сотрудниках.

## **Е. Регулирование деятельности предпринимательских групп**

31. 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.

32. Раздельный подход основан на нескольких базовых принципах, главным из которых является самостоятельная правосубъектность каждого члена группы. Он также предполагает ограниченную ответственность акционеров каждого члена группы и ограничение обязанностей директоров каждого отдельного члена группы рамками собственно этого члена.

33. Под самостоятельной правосубъектностью корпорации обычно понимается то, 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 предпринимательской группы. Долговые обязательства, которые берет на себя такая корпорация, являются ее обязательствами, и для их погашения, как правило, не могут использоваться активы других членов группы<sup>18</sup>. Договоры, которые она заключает с внешними контрагентами, авто-

<sup>18</sup> Рассмотрение вопроса о материальной консолидации см. глава II, пункты 105–137, ниже.

матически не распространяются на материнскую корпорацию или других членов группы. Материнская корпорация не может учитывать нераспределенную прибыль других членов группы при расчете собственной прибыли. Ограниченная ответственность корпорации означает, что, в отличие от товарищества или предприятия, находящегося в собственности одного владельца, члены предпринимательской группы, как правило, 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.

34. В отличие от этого, единый подход исходит из понятия экономической интеграции членов предпринимательской группы, когда группа рассматривается как одна хозяйственная единица, которая функционирует в интересах всей группы в целом или ее головной корпорации, а не отдельных членов. Заимствование средств может осуществляться на групповой основе путем использования общих финансовых механизмов для сальдирования кредитовых и дебетовых остатков на счетах каждого члена группы; 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 группы; и внутригрупповое кредитование, предоставление гарантий и участие в других финансовых механизмах могут осуществляться, по сути, на преференциальных условиях.

35. Хотя во многих странах принят отдельный 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.

36. Отступления от строгого применения отдельного подхода могут быть вызваны следующими обстоятельствами: составление сводной отчетности предпринимательской группы в отношении материнской корпорации и любого контролируемого члена группы; сделки между связанными с должником лицами (когда члену группы иначе запрещено предоставлять родственному члену группы 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 членам группы запрещается в целом приобретать или принимать в обеспечение акции любой материнской корпорации или выдавать или передавать свои акции любому контролируемому члену группы); и коммерческие операции в условиях несостоятельности (когда материнская корпорация, которая не могла не подозревать о неплатежеспособности контролируемого члена группы, может быть привлечена к ответственности по долговым обязательствам этого члена, принятым в условиях несостоятельности).

37. 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 стран<sup>19</sup> корпоративные группы с участием публичных акционерных компаний разделены на три категории: *a)* интегрированные группы, *b)* договорные группы и *c)* фактические группы, – к которым в рамках единого подхода применяется ряд общих принципов, регулирующих вопросы корпоративного управления и ответственности:

*a)* интегрированные группы создаются на основании решения о полной интеграции члена группы, за которое должна проголосовать определенная доля акционеров материнской корпорации, владеющей соответствующей долей контролируемого члена группы. Материнская корпорация имеет неограниченные полномочия на управление контролируемым членом группы и при этом несет солидарную ответственность за его долги и обязательства;

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

*c)* 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 корпорация должна принимать систематическое участие в делах контролируемой фирмы.

38. В одной из стран<sup>20</sup>, в которой принципы единого подхода к предпринимательским группам закреплены в законодательстве, регламентирующем деятельность юридических лиц, руководителям членов группы, находящихся в полной или частичной собственности материнской корпорации, разрешается руководствоваться не столько интересами их собственного предприятия, сколько интересами материнской корпорации; кроме того, предусмотрен упрощенный порядок слияний внутри группы и допускается вынесение приказов о долевом участии, материальной консолидации или объединении активов.

39. В нормах другой страны<sup>21</sup>, 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

---

<sup>19</sup>Германия.

<sup>20</sup>Новая Зеландия.

<sup>21</sup>Соединенные Штаты Америки.

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, полученные этим членом, 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 проблемы несостоятельности предпринимательских групп: внутренние вопросы**

### **A. Введение**

1. Предпринимательские группы могут обладать такой структурой, благодаря которой угроза наступления несостоятельности для одного или нескольких членов группы сводится к минимуму благодаря предоставлению перекрестных гарантий, гарантиям возмещения или созданию аналогичных механизмов. В случае возникновения трудностей материнская корпорация 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 обеспечения дополнительного финансирования и согласия на субординацию внутригрупповых требований по отношению к внешним обязательствам.
2. Однако если в рамках этой сложной структуры предпринимательских групп один или несколько либо 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 признан самостоятельным юридическим лицом и обладает собственной правосубъектностью. Поскольку, как отмечалось выше, во внутреннем законодательстве подавляющего большинства стран, регулирующем вопросы, связанные с несостоятельностью и юридическими лицами, тема несостоятельности предпринимательских групп не рассматривается – хотя вопросы, касающиеся таких групп, могут затрагиваться, вне сферы несостоятельности, применительно к финансовой отчетности и режимам регулирования и налогообложения, – то в отсутствие юридических оснований для обратного или права судов по своему усмотрению вмешиваться в дела о несостоятельности дело о несостоятельности каждого субъекта должно будет рассматриваться отдельно и, если это необходимо, управление им также должно будет осуществляться отдельно. В определенных ситуациях, например когда коммерческая деятельность членов группы тесно взаимосвязана, такой подход не всегда приносит наилучшие результаты для отдельного должника или для коммерческих интересов группы в целом, если не существует возможности обеспечить тесную координацию параллельных производств по делам о несостоятельности, затрагивающих всех членов группы.
3. В большинстве действующих положений внутреннего права, касающихся несостоятельности предпринимательских групп, основное внимание уделяется

обстоятельствам, при которых консолидация имущественной массы в деле о несостоятельности может оказаться целесообразной. При этом отсутствуют руководящие указания в отношении того, каким образом несостоятельность предпринимательских групп следовало бы рассматривать на более комплексной основе и, в частности, следует ли – и при каких обстоятельствах – устанавливать в отношении предпринимательских групп особый режим по сравнению с режимом единого корпоративного субъекта.

4. Второй ключевой вопрос, связанный с режимом предпринимательских групп при несостоятельности, заключается в том, в какой степени соответствующая группа интегрирована в экономическом и организационном отношении и каким образом такой уровень интеграции может повлиять на режим в отношении этой группы при несостоятельности и, в частности, в какой степени режим, применяемый в отношении высокоинтегрированной группы, должен отличаться от режима для 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 повлиять на других членов или на всю группу в целом и управление несостоятельными членами может осуществляться отдельно. Тем не менее в других случаях несостоятельность одного из членов группы может вызвать финансовые трудности у других членов или всей группы в целом из-за интегрированной структуры такой группы, для которой характерна высокая степень взаимозависимости и связанности активов и пассивов ее различных частей. В таких случаях нередко возникает ситуация, когда несостоятельность одного или нескольких членов группы неизбежно приводит к несостоятельности всех членов (“эффект домино”), и здесь, возможно, целесообразно оценивать неизбежность несостоятельности с учетом положения группы в целом или же координировать рассмотрение этого вопроса в отношении нескольких членов группы.

## **В. Подача заявления и открытие производства**

5. 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, касающимися только предпринимательских групп в целом.

### *1. Объединенное заявление об открытии производства*

#### *а) Справочная информация*

6. Законодательство о несостоятельности, как правило, признает отдельный правовой статус каждого члена предпринимательской группы и предусматривает подачу отдельных заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении каждого из таких членов. Кроме того, каждый из

членов группы должен подпадать под действие законодательства о несостоятельности (см. рекомендацию 10) и удовлетворять условиям для открытия производства по делу о несостоятельности (см. рекомендации 15 и 16). В законодательстве некоторых стран предусмотрены ограниченные исключения, допускающие распространение охвата отдельного заявления на других членов группы, например в следующих случаях: все заинтересованные стороны согласны с включением в такое заявление более чем одного члена группы; несостоятельность одного члена группы может затронуть других ее членов; в заявлении идет речь о сторонах, между которыми существует тесная экономическая интеграция, например вследствие переплетения активов или наличия оговоренной степени контроля или владения; или рассмотрение группы в качестве единого субъекта имеет конкретное юридическое значение, особенно в контексте планов реорганизации.

7. Приведенные выше рекомендации, касающиеся подачи заявлений и открытия производства по делу о несостоятельности, применимы к должникам, являющимся членами предпринимательской группы, так же как и к должникам, представляющим собой отдельные коммерческие предприятия. В рекомендациях 15 и 16 устанавливаются стандарты в отношении заявлений должников и кредиторов об открытии производства по делу о несостоятельности и определяются основания для подачи заявлений в отношении каждого члена группы, удовлетворяющего этим стандартам<sup>22</sup>. В контексте предпринимательской группы несостоятельность материнской корпорации может отразиться на финансовой стабильности контролируемого члена группы или же несостоятельность нескольких членов группы может негативно сказаться на платежеспособности других членов группы, в результате чего несостоятельность группы в целом становится неизбежной. Эта ситуация охватывается положениями рекомендации 15, если на момент подачи заявления несостоятельными членами группы можно утверждать, что остальные члены группы в основном не могут или не смогут оплатить свои долги по мере наступления сроков погашения.

#### *b) Цель объединенного заявления*

8. Положения, разрешающие членам группы, которые удовлетворяют стандарту открытия производства, подавать объединенное заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, позволяют повысить эффективность и сократить издержки благодаря скоординированному рассмотрению таких заявлений судом, причем статус каждого из членов группы как самостоятельного юридического лица не затрагивается и не устраняется необходимость удостоверения в том, что каждый из них по отдельности удовлетворяет применимому стандарту открытия производства. Такое заявление позволяет также обратить внимание суда на существование группы, особенно когда оно сопровождается информацией, подтверждающей существование группы и наличие связей между ее членами, и если на его основании впоследствии открывается производство, то оно позволяет установить единую дату открытия

---

<sup>22</sup>В случае подачи заявления должником рекомендация 15 предусматривает неизбежное наступление несостоятельности.

производства для всех несостоятельных членов группы. Такая единая дата упрощает соблюдение сроков и расчет подозрительного периода для целей расторжения сделок.

9. Такое объединенное заявление, если это допускается законодательством и целесообразно в сложившихся обстоятельствах, может представляться как одно заявление, которое охватывает всех членов группы, удовлетворяющих стандарту открытия производства, или как параллельные заявления, подаваемые одновременно в отношении каждого из таких членов. Последний из упомянутых подходов может быть целесообразным, если члены группы находятся в разных системах внутреннего права и компетенцией обладают разные суды (рассмотрение этого вопроса см. в пунктах 17–20, ниже) или если другие обстоятельства дела, например необходимость координации производства по значительному числу дел, указывают на нецелесообразность подачи единого заявления. В обоих случаях желательно, чтобы законодательство о несостоятельности способствовало проведению судами скоординированного рассмотрения вопроса о том, удовлетворяются ли стандарты открытия производства в отношении отдельных членов группы с учетом, в соответствующих случаях, группового контекста.

*c) Различия между объединенным заявлением и процедурной координацией*

10. Подачу объединенного заявления об открытии производства по делу о несостоятельности следует отличать от подачи заявления о процедурной координации. Подача объединенных заявлений разрешается для того, чтобы способствовать скоординированному рассмотрению вопроса об открытии производства и, по возможности, сокращению связанных с этим расходов. Открытие нескольких производств на основании объединенного заявления также должно способствовать координации 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 в случае его открытия, и в частности решение вопроса о том, будет ли производство подлежать процедурной координации. Поэтому в законодательство о несостоятельности желательно не включать требование о подаче объединенного заявления в качестве предварительного условия процедурной координации. Тем не менее объединенное заявление об открытии производства может содержать ходатайство о процедурной координации, как это отмечается ниже, и может содействовать принятию судом решения о процедурной координации.

*d) Включение в объединенное заявление платежеспособного члена группы*

11. В контексте предпринимательской группы нередко обсуждается вопрос о том, можно ли включать платежеспособного члена группы в заявление об

открытию производства по делу о несостоятельности в отношении неплатежеспособных членов группы, а если можно, то при каких обстоятельствах. Если один из членов группы является, как представляется, платежеспособным, но в ходе дальнейшего расследования устанавливается, что несостоятельность неизбежна, включение такого члена в заявление, как отмечалось выше, будет охватываться рекомендацией 15.

12. Если же речь о неизбежной несостоятельности не идет и член группы является платежеспособным, то могут быть использованы другие 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 было бы желательно включить таких членов в производство. К факторам, которые необходимо учитывать при определении наличия необходимой степени интеграции, могут относиться следующие: существование между членами группы определенных отношений, которые могут определяться по-разному, но предполагают, например, значительную степень взаимозависимости или контроля; переплетение активов; единая идентификация, опора на управленческую и финансовую поддержку или другие аналогичные факторы, не обязательно вытекающие из правовых отношений между членами группы (например, между материнской корпорацией и контролируемым членом группы). Еще одной ситуацией, в которой включение платежеспособного члена группы в объединенное заявление может быть уместным, является ситуация, когда “группа” существует фиктивно. Таковую ситуацию можно наблюдать, например, в тех случаях, когда группа действует как единый субъект, а групповая структура является лишь фасадом, за которым скрывается единое предприятие. Сюда также относятся случаи, когда члены группы столь тесно связаны между собой, что их активы фактически составляют единое целое, а четкого формального разделения между членами группы не проводится, в результате чего руководство и кредиторы рассматривают различных членов группы как один и тот же субъект хозяйственной деятельности.

13. Включение в заявление платежеспособного члена группы может облегчить решение проблемы несостоятельности для всей группы и позволяет избежать раздробленного по времени открытия производства, если открытое в отношении первоначально неплатежеспособных членов группы производство о несостоятельности затронет и других членов группы. Это также могло бы упростить подготовку плана реорганизации, охватывающего активы как платежеспособных, так и неплатежеспособных членов группы.

14. Вместе с тем одна из проблем, связанных с включением платежеспособного члена группы, состоит 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 совет директоров или руководство этого члена группы (в соответствии с применимым законодательством)

примет коммерческое решение о том, что ему следует принять участие в этом плане (см. пункт 152, ниже).

15. Согласно некоторым законам о несостоятельности, 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 неплатежеспособными, или когда с этим согласны все заинтересованные стороны, включая кредиторов. Однако в большинстве случаев получение согласия всех кредиторов в подобных обстоятельствах оказывается весьма трудным делом и требует больших затрат времени. 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 негативными последствиями этого производства или будет установлено, что его включение отвечает интересам группы в целом.

*e) Лица, которым разрешается подавать объединенное заявление*

16. Согласно подходу, использованному в рекомендации 14, законодательство о несостоятельности может допускать подачу объединенного заявления двумя или более членами предпринимательской группы, которые удовлетворяют стандарту открытия производства, предусмотренному в законодательстве о несостоятельности (см. часть вторая, глава I, пункты 32–53). 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*

17. 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, под юрисдикцию которых подпадают разные члены группы. 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 территориальных судов 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, который в этом случае получает юрисдикцию над всеми включенными в заявление членами группы.

18. 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), находящихся под юрисдикцией



разных судов. В некоторых государствах разрешается объединять дела о несостоятельности, открытые в разных судах, в одно производство или передавать их на рассмотрение одному суду. В этих случаях для определения суда, компетентного рассматривать такое заявление, могут применяться различные критерии. Таким судом, например, может быть суд, компетентный управлять производством в отношении материнской корпорации группы, когда такая корпорация включена в заявление. Для определения основной компетенции суда в рамках внутренней правовой системы могут также использоваться и другие критерии, например размер задолженности различных членов группы или местонахождение центра контроля группы. В то же время кредиторы разных членов группы могут также находиться в разных местах, в связи с чем возникают вопросы представительства и места, где будет учреждаться и проводить свои заседания комитет кредиторов.

19. Хотя решение вопроса о том, какой суд обладает компетенцией для рассмотрения объединенного заявления об открытии производства в тех случаях, когда соответствующие члены группы находятся под юрисдикцией разных внутренних судов, может регулироваться другими нормами права, нежели законодательство о несостоятельности, желательно следовать подходу, использованному в рекомендации 13. Для этого в законодательстве о несостоятельности потребуется четко указать или включить ссылку на соответствующие нормы права, определяющие тот суд, который обладает юрисдикцией в отношении подобного заявления. Благодаря использованию такого подхода всем соответствующим сторонам будет ясно, в каких случаях и в каком порядке можно подавать такое заявление. Это особенно актуально в тех случаях, когда различные члены группы подпадают под юрисдикцию нескольких судов.

20. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает подачу объединенных заявлений, имеется возможность для сокращения издержек, в частности за счет того, что один и тот же суд одновременно рассматривает критерии для открытия производства в отношении сразу нескольких членов одной и той же предпринимательской группы. По этой причине имеет смысл пересмотреть порядок оплаты соответствующих издержек и другие административные вопросы, связанные с подачей заявлений и открытием производства по делам о несостоятельности, применительно к случаям подачи объединенных заявлений (см. часть вторая, глава I, пункты 76–78).

*г) Уведомление о подаче заявления*

21. В отношении объединенного заявления будут применяться вышеизложенные рекомендации, касающиеся уведомления о подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности (см. часть вторая, глава I, пункты 64–67). О подаче объединенного заявления кредитором следует уведомлять всех членов группы, которые охвачены таким заявлением в соответствии с рекомендацией 19 а). В соответствии с рекомендацией 22, если объединенное заявление подают члены группы, уведомлять кредиторов и другие заинтересованные стороны требуется только после открытия производства на основании такого заявления.

### **Рекомендации 199–201**

#### **Цели законодательных положений**

Цели положений об объединенном заявлении<sup>23</sup> об открытии производства по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы заключаются в следующем:

- a) содействовать скоординированному рассмотрению заявлений об открытии производства по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы;
  - b) создать условия, позволяющие судам получать такую информацию о предпринимательской группе, которая облегчила бы принятие решения о целесообразности открытия производства по делам о несостоятельности в отношении ее членов;
  - c) содействовать повышению эффективности и снижению расходов;
- и
- d) создать механизм<sup>24</sup>, 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 (пункты 8 и 9)*

199. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что в отношении двух или более членов предпринимательской группы, каждый из которых удовлетворяет применимому стандарту открытия производства<sup>25</sup>, может подаваться объединенное заявление об открытии производства по делам о несостоятельности.

*Лица, которым разрешается подавать заявления (пункт 16)*

200. Если в законодательстве о несостоятельности предусмотрена возможность подачи объединенных заявлений в соответствии с рекомендацией 199, в законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что объединенное заявление могут подавать:

<sup>23</sup>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.

<sup>24</sup>Объединенное заявление не является необходимым условием процедурной координации, но оно может помочь суду вынести решение о целесообразности процедурной координации.

<sup>25</sup>См. рекомендацию 15 об открытии производства по заявлению должника и рекомендацию 16 об открытии производства по заявлению кредитора (*Руководство ЮНСИТРАЛ по законодательным вопросам*, часть вторая, глава I).

- a) два или более члена предпринимательской группы, каждый из которых удовлетворяет применимому стандарту открытия производства, о котором говорится в рекомендации 15; или
- b) кредитор, при условии что
  - i) он является кредитором каждого из членов группы, охваченных заявлением; и
  - ii) каждый из этих членов группы удовлетворяет стандарту, предусмотренному в рекомендации 16.

*Компетентные суды (пункты 17–20)*

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 производства по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы<sup>26</sup>.

## 2. *Процедурная координация*

### a) *Цель процедурной координации*

22. Процедурная координация направлена на процессуальное облегчение производства и экономию затрат и может не только способствовать получению всеобъемлющей информации о деловых операциях членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, но и облегчать оценку активов и идентификацию кредиторов и других заинтересованных сторон, а также предотвращать дублирование усилий. Под процедурной координацией на практике понимается координация, в различной степени, ведения нескольких производств по делам о несостоятельности, открытых в отношении двух или более членов предпринимательской группы, и управления такими производствами при возможном участии одного и нескольких судов. Активы и пассивы каждого члена группы, охваченного процедурной координацией, хотя они и управляются на скоординированной основе, остаются отдельными и отличными друг от друга, что позволяет сохранить целостность и самостоятельную правосубъектность отдельных членов группы и оградить материальные права истцов. Соответственно, последствия процедурной координации

<sup>26</sup>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” (*Руководство ЮНСИТРАЛ по законодательным вопросам*, часть вторая, глава I). Критерии, которые могут учитываться при определении компетентного суда, рассматриваются в пункте 18, выше.

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.

23. Упорядочение нескольких производств может достигаться различными способами, например посредством следующего: вынесение решения о процедурной координации, облегчающего обмен информацией с целью получения более полного представления о положении различных должников; объединение слушаний и заседаний; составление единого списка кредиторов и других заинтересованных сторон, которым должно быть направлено уведомление, и координация направления уведомления; установление общих предельных сроков; согласование общей процедуры предъявления требований и скоординированной продажи активов; координация порядка расторжения сделок; и проведение совместных заседаний кредиторов или координация действий нескольких комитетов кредиторов. Оптимизации процесса может также способствовать назначение единого управляющего для управления производством по делам о несостоятельности или обеспечение координации действий двух или нескольких назначенных управляющих (см. пункты 139–144, ниже). 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.

24. Если в производстве участвуют два или более судов, то сотрудничество между ними может включать, например, координацию проведения слушаний, а также обмен информацией и ее раскрытие. Как отмечается ниже в отношении трансграничного сотрудничества (см. глава III, пункты 38–40), проведение 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 будут, как правило, предполагать одновременное их проведение двумя или более судами при обеспечении прямой связи, с тем чтобы стороны могли услышать, а лучше и увидеть происходящее в каждом суде. 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, как это может 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.

25. 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 связей между членами группы, включая позицию

каждого члена группы, охватываемого заявлением, особенно в тех случаях, когда один из них является материнской корпорацией. Хотя требование о предоставлении подобных сведений может оказаться трудновыполнимым в тех случаях, когда о процедурной координации ходатайствуют кредиторы, суть подачи заявления заключается в том, чтобы доказать, что должники являются членами одной группы и что процедурная координация облегчит ведение производства по делу об их несостоятельности. Поэтому суду необходимо убедиться в наличии связей между членами группы, прежде чем выносить постановление об открытии производства и процедурной координации.

*b) Участие кредиторов*

26. В части второй (глава III, пункты 99–114) рассматриваются вопросы участия кредиторов в производстве по делам о несостоятельности и, в частности, создание комитета кредиторов. Обсуждаемые соображения применимы и к контексту производства по делам о несостоятельности, затрагивающим членов предпринимательских групп. В случае таковых существует возможность того, что интересы кредиторов различных членов группы будут расходиться, а это делает маловероятным обеспечение представленности всех таких интересов в рамках одного комитета кредиторов. В то же время могут иметь место и случаи, когда предписана процедурная координация по делам, затрагивающим многих членов группы, а создание отдельных комитетов кредиторов по каждому должнику может оказаться чрезвычайно дорогостоящим и малоэффективным с точки зрения управления производством. По этой причине в некоторых государствах судам предоставлена свобода усмотрения в вопросе о том, создавать ли, с учетом существующих обстоятельств, отдельный комитет кредиторов для каждого члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности. Такие обстоятельства могут включать ситуацию, когда интересы кредиторов различных членов группы не расходятся между собой и могут быть представлены и должным образом защищены в рамках единого комитета, а также ситуацию, когда кредиторы являются одними и теми же для затронутых членов группы. Целесообразность образования единого комитета может также зависеть от того, в каком объеме кредиторы могут участвовать в производстве по делам о несостоятельности согласно законодательству, применимому в этой области (см. часть вторая, глава III, пункты 75–87), и от того, может ли такому участию способствовать создание комитета кредиторов (см. часть вторая, глава III, пункты 99–114). Там, где создание единого комитета является нецелесообразным, будет желательно наладить координацию в отношениях между различными комитетами, образованными в рамках производства по различным делам.

*c) Сроки подачи заявления*

27. Преимущества процедурной координации могут быть очевидны уже в момент подачи заявления об открытии производства либо проявиться после его открытия. Поэтому 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 подачи заявления на более позднем этапе производства будет иметь ограниченный характер в силу его сомнительной пользы. Иначе говоря, не следует ждать больших преимуществ от стремления обеспечить координацию производства по делам, которые уже почти завершены. Аналогичным образом, при включении дополнительных членов группы в ранее принятое решение о процедурной координации необходимо учитывать, с какого момента они утратили платежеспособность.

28. 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 срока должны сопоставляться с потенциальными недостатками, связанными с отсутствием гибкости и необходимостью обеспечения его надлежащего соблюдения (см. часть вторая, глава I, пункт 60).

#### *d) Лица, которым разрешается подавать заявление*

29. 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 постановления 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 постановление о процедурной координации по заявлению таких уполномоченных сторон, как любой член группы, в отношении которого ведется производство по делу 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.

30. Что касается кредитора, то ограничение права на подачу заявления, распространяющееся на объединенное заявление об открытии производства по делам о несостоятельности (рекомендация 200 b) i)), может в данном случае и не применяться. Если заявление о процедурной координации подается в момент подачи заявления об открытии производства, вопрос об открытии производства следует рассматривать отдельно от вопроса о процедурной координации, поскольку решение по каждому из них выносится на основании разных критериев. После открытия производства нет никаких оснований ограничивать право подавать заявления о процедурной координации для кредиторов, являющихся кредиторами членов группы, производство в отношении которых

предполагается координировать, если такая координация может облегчить ведение производства. Заявление о процедурной координации могут подавать и кредиторы других членов группы, при этом вынесение постановления о процедурной координации не должно быть обусловлено статусом кредитора, подающего заявление.

*е) Компетентные суды*

31. В связи с процедурной координацией могут также возникать проблемы юрисдикции, упоминавшиеся применительно к объединенным заявлениям об открытии производства (см. пункты 17 и 18, выше), в случаях, когда компетенцией в отношении различных членов группы, охваченных производством по делам 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 производства, открытые в разных судах, могут быть объединены или переданы в один суд, например суд, компетентный вести производство по делу о несостоятельности в отношении материнской корпорации группы. Для принятия решения о преимущественной компетенции отдельного суда на внутригосударственном уровне могут также использоваться различные другие критерии, например очередность подачи заявлений, сумма задолженности или местонахождение центра 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. В тех случаях, когда производство по различным делам не может быть объединено или передано в один суд, для обеспечения достижения цели процедурной координации потребуются наладить координацию в отношениях между компетентными судами.

32. Хотя эти вопросы могут регулироваться иными нормами права, нежели законодательство о несостоятельности, желательно (см. пункт 19, выше) 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.

*ф) Уведомление в отношении процедурной координации*

33. На заявление о процедурной координации могут распространяться те же требования, что и на направление уведомления о подаче заявления об открытии производства (см. рекомендации 19 и 22–24 и часть вторую, глава I, пункты 64–68). Если заявление о процедурной координации подается одновременно с заявлением об открытии производства, то в соответствии с рекомендацией 19 уведомлять соответствующих должников потребуется лишь относительно заявления о процедурной координации, поданного кредиторами.

34. В отношении заявления, поданного в этот момент членами группы, уведомлять кредиторов согласно рекомендациям 23 и 24 не потребуется, однако информация, например о содержании и последствиях вынесенного постановления, может включаться в уведомление об открытии производства.

35. В тех случаях, когда заявление о процедурной координации подается после открытия производства, то, несмотря на то, что процедурная координация не затрагивает материальных прав кредиторов, направление им уведомления может быть уместным. Направление уведомления может иметь особое значение в случаях, когда в законодательстве, как это отмечено выше, предусмотрено, что дела, открытые в разных судах, 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.

36. 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 (см. часть вторая, глава I, пункты 69 и 70). В дополнение к информации, требуемой согласно упомянутым выше рекомендациям в отношении направления уведомления об открытии производства (рекомендация 25 и часть вторая, глава I, пункт 71), уведомление, касающееся постановления о процедурной координации, может включать положения такого постановления и информацию, касающуюся, например, координации слушаний и заседаний, а также договоренностей, которые должны быть достигнуты в отношении финансирования после открытия производства.

*g) Изменение или прекращение действия постановления о процедурной координации*

37. Поскольку цель процедурной координации заключается в том, чтобы содействовать облегчению управления производством и обеспечению эффективности затрат, в законодательство о несостоятельности могут быть включены положения об изменении или прекращении действия постановления о процедурной координации 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 прекращение действия постановления потребуется лишь в редких случаях, оно должно быть возможным, поскольку первоначальное постановление не имеет своей целью затронуть материальные права. В качестве защитительной меры в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что прекращение действия или изменение может допускаться при том условии, что при этом не будут ущемлены права и интересы, обусловленные первоначальным постановлением.



### **Рекомендации 202–210**

#### **Цели законодательных положений**

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

a) обеспечить скоординированное управление производством по таким делам о несостоятельности при одновременном сохранении раздельной правосубъектности каждого члена группы; и

b) повысить эффективность затрат и увеличить объем возмещения кредиторам.

#### **Содержание законодательных положений**

*Процедурная координация двух или более производств по делам о несостоятельности (пункты 22–25)*

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

203. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что по ходатайству лица, имеющего право на подачу заявления согласно рекомендации 206, или по собственной инициативе суд<sup>27</sup> может вынести постановление о процедурной координации.

204. Процедурная координация может включать, в частности, назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности; создание единого комитета кредиторов; сотрудничество между судами, включая координацию в проведении слушаний; сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности, включая обмен информацией и координацию переговоров; совместное направление уведомлений; координацию в отношениях между комитетами кредиторов; согласование процедур предъявления и проверки требований; и согласование процедур расторжения сделок. Сфера охвата и степень процедурной координации определяются судом.

*Заявление о процедурной координации*

– *Срок подачи заявления (пункты 27 и 28)*

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 момент<sup>28</sup>.

<sup>27</sup>Координация может охватывать разные суды, обладающие компетенцией в отношении разных членов группы, или осуществляться одним судом, обладающим компетенцией в отношении ряда разных производств по делам о несостоятельности, касающихся членов одной и той же группы. Соответственно, постановление о процедурной координации может потребовать действий со стороны одного или более чем одного суда.

<sup>28</sup>Возможность вынесения постановления о процедурной координации на конечном этапе производства по делу о несостоятельности рассматривается в пункте 27, выше.

**Рекомендации 202–210 (продолжение)**

– Лица, которым разрешается подавать заявление (пункты 29 и 30)

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

a) членом предпринимательской группы, в отношении которого подано заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открыто производство по делу о несостоятельности;

b) управляющим в деле о несостоятельности члена предпринимательской группы; или

c) кредитором<sup>29</sup> 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 (пункт 31)*

207. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что суд<sup>30</sup> 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 предпринимательской группы. Такие меры могут включать, например, координацию производств, координацию слушаний, а также обмен информацией и раскрытие информации.

*Изменение или прекращение действия постановления о процедурной координации (пункт 37)*

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 постановлением о процедурной координации, не будут затрагиваться изменением или прекращением действия. Если в принятии постановления 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 (пункты 31 и 32)*

209. Для целей рекомендации 13 слова “открытие и ведение производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства” охватывают заявления и постановления о процедурной координации производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы<sup>31</sup>.

*Уведомление о процедурной координации (пункты 33–36)*

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

<sup>29</sup>Для подачи заявления о процедурной координации кредитору необязательно быть кредитором всех членов группы, о координации производств по делам о несостоятельности которых он ходатайствует.

<sup>30</sup>См. сноску к рекомендации 203.

<sup>31</sup>Критерии, использование которых может быть уместным для определения компетентного суда, рассматриваются в пункте 18, выше.

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

38. Возможные последствия, которые повлечет за собой открытие производства по делу о несостоятельности для должника и его активов, подробно рассматриваются выше, в главе II части второй. 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 подачи заявления об открытии производства; использованию активов и распоряжению ими; финансированию после открытия производства; расторжению сделок; субординации; а также средствам правовой защиты, включая постановления о материальной консолидации.

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

#### *а) Применение моратория в отношении платежеспособного члена группы*

39. Как отмечалось в пункте 26 главы II части второй, 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”, относятся в целом и к производству по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы (см. рекомендации 39–51).

40. 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). Данный 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, финансовые средства, предоставляемые одному члену группы, могут обусловить последствие для обязательств другого члена или действия, затрагивающие активы членов группы, не охваченных производством по делам о несостоятельности, могут отразиться также на активах и пассивах или способности 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.

41. Расширение действия моратория за счет его распространения на платежеспособного члена группы может быть обусловлено рядом соображений и принято, например, для защиты внутригрупповых гарантий, обеспеченных активами выдавшего их 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 взыскания обеспечения за счет активов платежеспособного члена группы, которые играют важнейшую роль для всех коммерческих операций 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 коммерческих операциях 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.

42. 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 соображениям защиты 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.

43. На такие меры может распространяться рекомендация 48, согласно которой суд может вынести решение о других мерах судебной 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.

44. 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”.

45. Меры для защиты интересов как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов платежеспособного члена группы также изложены в соответствующих рекомендациях в главе II части второй. Так, например, в рекомендациях 50 и 51 непосредственно рассматривается вопрос о защите обеспеченных кредиторов и основаниях для защиты от моратория, вводимого 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.

46. 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 84–88, ниже).

#### *b) Финансирование после подачи заявления*

47. В главе II части второй в разделе, посвященном финансированию после открытия производства, признается, что продолжение коммерческой деятельности должником после открытия производства по делу о несостоятельности имеет решающее значение при реорганизации и в меньшей степени при 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.

48. Аналогичная потребность в финансировании может также возникнуть в период между моментом подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и моментом открытия этого производства (финансирование после подачи заявления). Если какой-либо член предпринимательской группы становится неплатежеспособным и подает заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, то это заявление нередко представляет собой событие неисполнения 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 свои повседневные операции. Наличие или отсутствие финансирования в течение этого промежуточного периода позволяет или в существенной степени помогает ответить на вопрос о целесообразности проведения в конечном счете реорганизации или необходимости ликвидации предприятия. Если несостоятельный член группы имеет тесные деловые связи с другими членами, от того, сможет ли он продолжать свою деятельность, нередко зависит платежеспособность других членов группы, а то и группы в целом – в зависимости от того, какое положение внутри группы занимает несостоятельный член.

49. Как было отмечено в пункте 96 главы II части второй, 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.

50. 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.

51. Как это отмечено в пункте 44, выше, рекомендация 39 разрешает суду выносить решения о мерах временного характера для сохранения активов должника до открытия производства по делу о несостоятельности. 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*

52. В пункте 74 главы II части второй отмечалось, 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.

53. В случаях, когда производство по делу о несостоятельности касается двух или более членов предпринимательской группы, могут возникать вопросы относительно использования активов члена той же группы, не являющегося объектом производства, для поддержки продолжающихся операций несостоятельных членов до завершения производства. В случаях, когда эти активы находятся во владении одного из членов группы, в отношении которого производство открыто, может быть достаточной рекомендация 54, в которой говорится об использовании активов, принадлежащих третьим сторонам и находящимся во владении должника.

54. Когда такие активы не находятся во владении кого-либо из членов группы, охваченных производством по делу о несостоятельности, рекомендация 54 будет, как правило, неприменима. 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 (рассмотрение вопроса о включении платежеспособного члена группы в план реорганизации см. пункт 152, ниже). 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*

55. В главе II части второй (см., в частности, пункты 94 и 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 возврата полученных средств 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.

56. 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 всей 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 корпорацией группы); режим сделок между членами группы, которые, по сути, являются лицами, связанными с должником (см. основной глоссарий, пункт 12 *jj*); предоставление финансирования членами группы, затронутыми производством 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.

57. Рассматривая вопрос о предоставлении финансирования в рамках предпринимательской группы после открытия производства, необходимо учитывать целесообразность и последствия такого финансирования не только для члена группы, получающего финансовые средства, но и для члена, выделяющего такие средства или способствующего их выделению за счет предоставления обеспечения или гарантий. Если решение этого вопроса зависит от нескольких управляющих в деле о несостоятельности, необходимо, чтобы они пришли к общему мнению и действовали согласованно. Если для управления несколькими членами группы назначен один и тот же управляющий, следует учесть возможность возникновения коллизии интересов в случае предоставления финансирования после открытия производства и принять меры для ее предотвращения.

*b) Источники финансирования после открытия производства в условиях группы*

58. Как отмечалось в пункте 99 главы II части второй, финансирование после открытия производства, по всей видимости, имеет ограниченное число источни-



ков. 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 в некоторой степени 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.

*г) Финансирование после открытия производства, предоставленное платежеспособным членом группы*

59. Как отмечалось выше, один из вопросов, касающихся финансирования после открытия производства в условиях предпринимательской группы, состоит в возможности использования активов платежеспособного члена группы, например в качестве основы для 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 корпорации, 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. Подобная ситуация обычно наблюдается в рамках промышленных групп с вертикальной структурой. В решении вопросов несостоятельности других членов группы разные виды платежеспособных 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.

60. 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, а не в соответствии с законодательством о несостоятельности, последствия предоставления такого финансирования в конечном счете 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 несостоятельному члену группы; будет ли на требование, возникающее в связи со сделкой, распространяться особый режим в силу того, что сделка заключена между лицами, связанными с должником, в соответствии с рекомендацией 184; и можно ли рассматривать такую сделку согласно рекомендации 87 в качестве преференциальной сделки, которая может быть расторг-

нута в рамках любого последующего производства 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 несостоятельному субъекту в ущерб интересам кредиторов и акционеров платежеспособного субъекта.

61. 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, потребность в финансировании после открытия производства на любой ранней стадии производства по делу о несостоятельности дает основания полагать, что его применение будет иметь ограниченный характер. Например, в случае реорганизации предприятия подобное финансирование обычно требуется еще до того, как будет согласован и утвержден план реорганизации. Если же предприятие планируется продать как функционирующую хозяйственную единицу, то план реорганизации вообще не будет составляться, а финансирование все равно потребуется для поддержания предприятия на плаву до момента продажи.

*ii) Финансирование после открытия производства, предоставленное несостоятельным членом группы*

62. Предоставление финансирования после открытия производства одним из членов группы, затронутым производством по делу о несостоятельности, другому такому члену группы прямо в *Руководстве* не рассматривается. Для облегчения предоставления финансирования после открытия производства в такой ситуации, возможно, потребуется дополнительно изучить некоторые общие запреты, предусмотренные существующим законодательством в отношении несостоятельных субъектов, которые берут и предоставляют кредиты. Принципиальное обоснование этих запретов становится 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 управляющих в делах о несостоятельности, когда управляющий одного несостоятельного члена группы стремится оказать содействие в предоставлении финансирования после открытия производства другому несостоятельному члену группы, а управляющий в деле о несостоятельности второго члена группы – получить такое финансирование. Для урегулирования подобных ситуаций в законодательстве о несостоятельности желательно предусмотреть порядок как предоставления, так и получения финансирования после открытия производства.

63. Хотя в целом можно ожидать, что член группы, затронутый производством по делу о несостоятельности, не будет способен предоставить финансирование после открытия производства другому такому члену или оказать 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, его желательно рассматривать с учетом того, что сохранение стоимости функционирующей хозяйственной единицы благодаря продолжению коммерческой деятельности в конечном счете окажется выгодным для этих кредиторов. Желательно также тщательно взвесить все преимущества и недостатки, связанные с принесением интересов одного члена группы в жертву интересам других членов группы и достижением лучшего общего результата для всех членов группы. Несмотря на свою потенциальную труддостижимость, 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.

*с) Порядок предоставления и получения финансирования после открытия производства в условиях группы*

64. Рекомендации 63–68 призваны содействовать созданию возможностей для получения финансирования в целях продолжения работы или выживания предприятия-должника и обеспечению соответствующей защиты лиц, которые представляют финансирование после открытия производства, а также других сторон, права которых могут быть затронуты вследствие предоставления такого финансирования. В контексте предпринимательской группы эти рекомендации относятся к предоставлению финансирования членам группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, со стороны как внешних кредиторов, так и платежеспособных членов той же группы.

65. Рекомендация 63 устанавливает основу для привлечения финансирования после открытия производства (в случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности считает это 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 затронутому производством по делу о несостоятельности члену группы, который получает финансирование после открытия производства либо от внешнего кредитора, либо от платежеспособного члена той же группы. В то же время в рекомендации 63 не рассматривается ситуация, когда один член группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, предоставляет финансирование другому члену группы, в отношении которого также открыто производство, или содействует привлечению финансирования путем предоставления обеспечения или гарантий, а также не рассматривается порядок получения такого финансирования несостоятельным членом группы.

66. Для обеспечения соответствия требованиям рекомендации 63 и определения порядка предоставления финансирования членом группы 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 после открытия производства, должен компенсироваться выгодой, вытекающей из предоставления такого финансирования.

67. В соответствии с рекомендацией 63 в законодательстве о несостоятельности можно также предусмотреть требование о том, чтобы финансирование после открытия производства предоставлялось с разрешения суда или кредиторов члена группы, предоставляющего финансирование. Учитывая тот факт, что новое финансирование может потребоваться в достаточно срочном порядке для обеспечения непрерывности коммерческой деятельности, желательно, чтобы число требуемых разрешений было сведено к минимуму. Преимущества и недостатки различных соображений в отношении разрешения, которые также применены в контексте группы, рассматриваются в пунктах 105 и 106 главы II части второй). 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 делах о несостоятельности соответствующих членов группы будут, по всей вероятности, находиться в наилучшем положении для оценки последствий предлагаемого механизма финансирования, почти так же, как это предусматривается в соответствии с рекомендацией 63 применительно к определению потребности в новом финансировании. 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 когда суд не в состоянии вынести решение оперативно.

#### *d) Коллизия интересов*

68. Предоставление финансирования в контексте группы поднимает вопросы возможного ущерба и коллизии интересов, которые не возникают в случае наличия одного должника. Коллизия интересов может, например, возникнуть при определении баланса между интересами группы в целом и потенциально противоречащими им интересами кредитора и получателя финансирования после открытия производства. Особые сложности могут возникать в тех случаях, когда для ведения производства по делам о несостоятельности в отношении нескольких членов группы назначен единый или один и тот же управляющий. Управляющий в деле о несостоятельности члена группы, предоставляющего финансирование, может быть также управляющим в деле о несостоятельности члена группы, получающего финансирование, и в этом случае он обязан учесть интересы каждого члена группы, а также интересы группы в целом. Эта ситуация может регулироваться в законодательстве о несостоятельно-

сти несколькими способами, например путем установления требования об утверждении финансирования после открытия производства судом или кредиторами, как предложено в рекомендации 63, или путем назначения одного или нескольких дополнительных управляющих в делах о несостоятельности для обеспечения защиты интересов кредиторов разных членов группы (см. пункт 144, ниже). Дополнительных управляющих можно назначать на время, необходимое для урегулирования конкретной коллизии, или, в более общем порядке, на весь срок производства.

69. Возникает также вопрос о возможности требовать от несостоятельного члена группы гарантировать в рамках механизмов финансирования всей предпринимательской группы в целом финансирование, предоставляемое платежеспособному члену группы. Поскольку предоставление такой гарантии, по всей видимости, будет представлять собой распоряжение активами несостоятельного члена группы, оно, вероятно, будет подпадать под действие рекомендаций, касающихся этого вопроса (см. рекомендации 52–62).

*е) Приоритет финансирования после открытия производства*

70. В рекомендации 64 указывается на необходимость установления приоритета, который будет предоставляться финансированию после открытия производства, и определения уровня такого приоритета, а именно его первоочередности по отношению к обычным необеспеченным кредиторам, включая кредиторов, имеющих административный приоритет; в контексте предпринимательской группы эта рекомендация относится к случаям, когда финансирование одному из членов группы предоставляет внешний кредитор. В подобных ситуациях предоставление приоритета является важным стимулом для выделения такого финансирования. В то же время побудительные мотивы для предоставления финансирования после открытия производства одному из членов группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другим членом той же группы несколько отличаются.

71. 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, особенно если предприятия членов группы тесно взаимосвязаны или взаимозависимы. С учетом этих обстоятельств представляется целесообразным рассмотреть уместность установления такого уровня приоритета, который предлагается в рекомендации 64. Согласно одному возможному мнению, такой уровень приоритета обеспечивает должный стимул для предоставления финансирования и достаточную защиту для кредиторов субъекта, предоставляющего финансирование, независимо от того, является ли он членом группы или нет. Согласно другому возможному мнению, поскольку в сделке участвуют стороны, связанные с должником и входящие с ним в одну группу, им целесообразно предоставить более низкий приоритет для защиты интересов кредиторов в более общем плане и достижения равновесия между интересами кредиторов субъекта, 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 был оговорен его надлежащий уровень.

*f) Обеспечение под получение финансирования после открытия производства*

72. В рекомендациях 65–67 рассматриваются вопросы, касающиеся предоставления обеспечения под получение 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, как обеспечение под финансирование после открытия производства, полученное им для собственных нужд. Этот случай явно 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, как обеспечение возмещения финансовых средств, получаемых после открытия производства другим членом группы, затронутым производством по делу о несостоятельности. В последнем случае член группы предоставляет обеспечение в своих необремененных активах, но не получает прямой выгоды от финансирования после открытия производства и потенциально сокращает объем активов, на которые могут рассчитывать его кредиторы. Тем не менее он может получать косвенную выгоду, если предоставление финансирования способствует более оптимальному урегулированию вопросов несостоятельности группы в целом и, как это отмечено выше, любой краткосрочный ущерб будет компенсирован 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.

73. Если считается желательным придать обеспечительному интересу, предоставленному в порядке обеспечения нового финансирования, более высокий приоритет по сравнению с существующим обеспечительным интересом в тех же активах, как это предусмотрено в рекомендации 66, то защитительные оговорки, содержащиеся в этой рекомендации и рекомендации 67, будут применимы и к контексту группы.

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

74. Предоставление гарантии одним из членов группы в отношении возвращения вновь полученных финансовых средств другим членом не является тем случаем, который возникает в связи с отдельным должником, и поэтому не рассматривается где-либо в *Руководстве*. Однако, поскольку возникающие соображения аналогичны тем, которые рассматривались выше в отношении предоставления и получения обеспечительного интереса, возможно, уместно

принять тот же подход в связи с определениями, выносимыми управляющими в делах о несостоятельности обоих членов группы, как предоставляющего гарантию, так и ее получающего, и возможным требованием о получении разрешения суда или согласия кредиторов.

### **Рекомендации 211–216**

#### **Цели законодательных положений**

В контексте предпринимательской группы цели положений, касающихся финансирования после открытия производства, заключаются 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 положений**

*Финансирование после открытия производства, предоставленное членом группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, другому члену группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности (пункты 62–67 и 74)*

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

- a)* предоставлять финансирование после открытия производства другим членам предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности;
- b)* предоставлять обеспечительный интерес в своих активах в целях финансирования после открытия производства, предоставляемого другому члену предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности; и
- c)* предоставлять гарантию или другое заверение в отношении возвращения финансовых средств, предоставленных после открытия производства другому члену предпринимательской группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности.

**Рекомендации 211–216 (продолжение)**

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

*a)* сочтет это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия этого члена предпринимательской группы или для сохранения или увеличения стоимости его имущественной массы;

*b)* сочтет, что любой возможный ущерб кредиторам этого члена группы 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 предоставление финансирования, обеспечительного интереса, гарантии или другого заверения 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 (пункты 64–67)*

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

*Приоритет финансирования после открытия производства (пункты 70 и 71)*

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 под получение 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

75. Рекомендации 87–99, касающиеся расторжения сделок, в целом применимы к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы, хотя в отношении сделок между членами группы могут возникать дополнительные соображения в силу структуры группы и 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 затраты времени и денежных средств. Как уже отмечалось в пункте 155 главы II части второй, затраты, связанные с процедурами расторжения сделок, необходимо сопоставить с тем, насколько вероятно возвращение активов и какую выгоду такое расторжение принесет для имущественной массы в целом с учетом обстоятельств конкретного дела. 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 ценообразования<sup>32</sup>, 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.

76. Внутригрупповые сделки могут носить самый разный характер и могут включать следующее: торговые операции между членами группы; вертикальное распределение прибыли от одного члена группы до материнской корпорации; 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 другого члена группы; гарантию или залоговую, предоставляемую одним членом группы в обеспечение займа, выданного внешним кредитором другому члену группы. 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

---

<sup>32</sup> 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 корпорации 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.

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 сто-процентной полной собственности материнской корпорации, при условии что это отвечает наилучшим интересам последней.

*b) Критерии расторжения сделок в контексте предпринимательской группы*

77. В контексте группы, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о цели положений о расторжении сделок. Она может заключаться 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 контрагентами 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 корпорация, 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. основной глоссарий, пункт 12 *jj*)).

78. В некоторых случаях сделки между лицами, связанными с должником, целесообразно подвергать более строгому контролю, поскольку такие лица нередко оказываются в более благоприятном положении, так как обычно первыми узнают о финансовых затруднениях того или иного члена группы и имеют больше возможностей воспользоваться сложившейся ситуацией. Случается, что член группы, оказавшийся в затруднительном финансовом положении, передает свои активы другим членам группы, чтобы обеспечить возможность их дальнейшего использования в рамках группы и не допустить того, чтобы они оказались предметом конкурсного производства. Кроме того, члены группы могут иметь общих акционеров и общее руководство, которые контролируют сделки между членами группы или могут влиять на их хозяйственную и финансовую политику. В силу этих обстоятельств вероятность расторжения внутригрупповых сделок обычно выше, чем сделок со сторонами, не связанными с должником. Тем не менее простой факт существования предпринимательской группы отнюдь не всегда может являться достаточным основанием для рассмотрения всех внутригрупповых сделок как сделок с лицами, связанными с должником, которые подлежат расторжению, о чем говорилось выше (часть вторая, глава V, пункт 48).

79. Таким образом, если некоторые сделки, совершаемые в контексте группы, можно однозначно отнести к категориям сделок, которые могут быть расторгнуты согласно рекомендации 87, то другие сделки не столь явно подпадают под действие этой рекомендации и вопрос о выгоде и ущербе от таких сделок требует тщательного изучения. В связи с подобными сделками могут возникать вопросы о том, в какой степени можно считать, что группа действовала как

единое предприятие, или насколько тесно были переплетены между собой активы, пассивы и деловые операции ее различных членов, так как это потенциально влияет на характер их сделок между собой и между членами группы и 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, и 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, функционирование группы может предполагать централизованные денежные потоки и трансферты, которые не осуществлялись бы в отсутствие групповой структуры. В случае предоставления внутригрупповых гарантий, о которых говорилось выше в связи с вопросом о финансировании после открытия производства, гарант может извлекать из предоставленного финансирования не столько прямую, сколько косвенную выгоду, так как он зависит от предприятия, занимающего средства, в рамках общей деятельности предпринимательской группы (например, как от поставщика комплектующих или разработчика интеллектуальной собственности) или по иным причинам, обусловленным существованием группы. Поэтому желательно, чтобы при рассмотрении подобных внутригрупповых сделок суд мог принимать во внимание групповой контекст и учитывать вышеупомянутые факторы.

80. В рамках предпринимательской группы могут также совершаться сделки, на которые не распространяются положения о расторжении. Например, в некоторых законах о несостоятельности предусмотрено аннулирование преференциальных выплат должника своим собственным кредиторам, но не кредиторам другого 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 существованием группы факторы, которые следует учитывать при определении того, следует ли расторгнуть ту или иную сделку между членами группы на основании рекомендации 87.

81. 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 с лицами, связанными 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 акционерами этой группы совершаются в ущерб интересам кредиторов 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 примененного законодательства и в рамках обычных коммерческих операций соответствующих членов группы. Тем не менее такие сделки могут подвергаться особому контролю примерно в том же порядке, который предусмотрен 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, связанных с должником членов группы, которые возникают в рамках внутригрупповых механизмов урегулирования задолженности, по отношению к правам внешних кредиторов несостоятельных членов.

82. 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 целесообразно придерживаться того же подхода, хотя его применение на практике и может оказаться сложным. Уровень интеграции группы может иметь серьезные последствия для способности кредиторов идентифицировать члена группы, с которым они имеют дело, и, следовательно, представить информацию, необходимую для начала процедуры расторжения сделки.

### ***Рекомендации 217 и 218***

#### **Цели законодательных положений**

Цели положений о расторжении сделок между членами предпринимательской группы заключаются в том, чтобы в дополнение к соображениям, изложенным в рекомендациях 87–99, предусмотреть в законодательстве о несостоятельности положения:

- a)* разрешающие суду принимать во внимание факт совершения сделки в контексте предпринимательской группы; и
- b)* определяющие обстоятельства, которые могут быть учтены судом.

#### **Содержание законодательных положений**

*Сделки, подлежащие расторжению (пункты 79 и 80)*

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 (пункт 81)*

218. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить порядок применения элементов, упомянутых в рекомендации 97, к расторжению сделок в контексте предпринимательской группы<sup>33</sup>.

## 5. Субординация

83. Как отмечалось в пункте 56 главы V части второй, под субординацией понимается изменение очередности приоритетов кредиторов в делах о несостоятельности и это понятие связано с действительностью или законностью каких-либо требований. Даже будучи действительным, требование может, тем не менее, быть субординировано на основании добровольного соглашения между кредиторами (когда один кредитор соглашается субординировать требования по отношению к требованиям другого кредитора) или по распоряжению суда (например, когда из-за недобросовестного поведения кредитора или лица, связанного с должником, их требования могут быть субординированы по отношению к требованиям всех остальных кредиторов). Двумя категориями требований, которые, как правило, могут субординироваться при несостоятельности, в том числе в контексте предпринимательской группы, являются требования лиц, связанных с должником, и требования собственников и акционеров должника.

### *а) Требования лиц, связанных с должником*

84. 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.

85. Как было разъяснено, термин “лицо, связанное с должником” будет охватывать членов предпринимательской группы. Вместе с тем одного лишь факта существования особых отношений с должником, в том числе – в контексте группы – факта членства в одной и той же предпринимательской группе, не может быть достаточно во всех случаях для обоснования специального режима в отношении требования кредитора, тем более что такой режим может поставить в невыгодное положение кредиторов этого кредитора. В одних случаях такие требования являются абсолютно прозрачными и должны рассматриваться в том же порядке, что и аналогичные требования, представленные кредито-

<sup>33</sup>То есть элементы, подлежащие доказыванию для расторжения той или иной сделки, бремя доказывания, конкретные возражения в отношении расторжения сделок и применение специальных презумпций; в общем плане см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. сноску 3, выше), часть вторая, глава II, пункты 148–203.

рами, 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.

86. 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 внутренних сделок), и которые вполне могут возникать и в контексте группы. Применительно к отношениям между материнской корпорацией и контролируемым членом группы могут учитываться, в частности, следующие дополнительные соображения: участвовала ли материнская корпорация в управлении неплатежеспособным членом группы, намеревалась ли она манипулировать внутригрупповыми сделками в интересах получения собственной выгоды за счет внешних кредиторов и было ли ее поведение в иных отношениях недобросовестным в ущерб кредиторам и акционерам контролируемого члена группы. Недобросовестным поведением можно считать, например, взимание непомерно высокого вознаграждения за управление и консультационные услуги или проведение дивидендной политики, направленной на то, чтобы лишить контролируемого члена группы финансовых средств. Согласно законам некоторых стран, в этих случаях требования материнской корпорации могут быть субординированы по отношению к требованиям необеспеченных кредиторов, не связанных с должником, или даже миноритарных акционеров контролируемого члена группы.

87. В некоторых странах законодательство предусматривает другие подходы к внутригрупповым сделкам и, например, разрешает принудительно субординировать задолженность члена группы, занявшего средства в рамках внутригрупповых механизмов кредитования, по отношению к правам внешних кредиторов этого члена-заемщика; разрешает 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, если законодательство предусматривает субординацию вкладов в акционерный капитал по отношению к требованиям кредиторов (о режиме акционерного капитала см. ниже); и разрешает добровольную субординацию внутригрупповых требований по отношению к требованиям внешних кредиторов.

88. Практическим результатом субординации в контексте предпринимательской группы может быть сокращение или фактическая отмена любых выплат, причитающихся тем членам группы, чьи требования были субординированы, если стоимостный объем требований обеспеченных и необеспеченных внешних кредиторов 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, но

также его акционерам, а в случае реорганизации – и группе в целом. Одно из последствий проведения политики субординации таких требований может также заключаться в сдерживании внутригруппового кредитования.

*b) Режим акционерного капитала*

89. Во многих законах о несостоятельности особо выделяются требования собственников и требования акционеров, которые могут возникать в связи с кредитами, предоставленными должнику, или в связи с их долей в собственности должника (см. пункт 76, глава V, часть вторая). 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 требования по процентам, причитающимся с момента открытия производства). Как таковые, эти стороны весьма редко будут получать какую-либо долю в распределении в отношении их имущественных прав в предприятии должника. Если распределение в их пользу проводится, то оно, как правило, осуществляется в соответствии с ранжированием акций, как это определено в законодательстве о компаниях и в уставных документах самой компании. Вместе с тем долговые требования, например относящиеся к кредитам, субординируются не всегда.

90. 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 предоставил бы ссуду в аналогичных обстоятельствах; а также когда условия предоставления этих средств были необоснованными или когда рассчитывать на их возвращение было бы неразумным.

91. 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)<sup>34</sup>.

<sup>34</sup>См. также *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам* (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.09.V.12), глава V.

## **D. Средства правовой защиты**

92. 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 отдельной правосубъектности, каждый член группы несет ответственность только перед своими собственными кредиторами, в случае открытия производства по делу о несостоятельности в отношении двух или нескольких членов группы может потребоваться выяснить, кому из них принадлежат какие активы и пассивы.

93. Если принадлежность активов и пассивов удастся установить, то в соответствии с принципом отдельной правосубъектности 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 отдельной правосубъектности. Исторически такие средства правовой защиты создавались в противовес традиционному принципу рассмотрения отдельных членов группы в качестве самостоятельных юридических лиц, применение которого в некоторых случаях считалось неэффективным и несправедливым. Помимо расторжения внутригрупповых сделок и субординации требований по внутригрупповым кредитам к таким средствам правовой защиты могут относиться следующие: распространение ответственности по внешним долгам на платежеспособных членов группы и на должностных лиц и акционеров, а также издание приказов о долевом участии и приказов об объединении активов или материальной консолидации. Некоторые из этих средств правовой защиты требуют установления вины, а 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.

94. 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 отдельной правосубъектности, приняты не везде, не являются, как правило, всеохватывающими и применяются только при особых обстоятельствах. Средства правовой защиты, связанные с распространением ответственности, могут быть сопряжены с вторжением в “корпоративную конфиденциальность” или ее снятием и приводить к тому, что отвечать за определен-



ные 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.

### *1. Распространение ответственности*

95. 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 воспользоваться некоторые кредиторы в зависимости от особенностей их взаимоотношений с должником.

96. 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 соответствующих должностных лиц. В законодательстве одних стран принят нормативный подход и круг таких обстоятельств строго ограничен; в законодательстве других стран предусмотрен более гибкий подход, в соответствии с которым судам предоставляется широкая свобода усмотрения в оценке обстоятельств конкретного дела на основе специальных 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.

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

*a)* недобросовестное использование одним из членов группы (например, материнской корпорацией) права контроля над другим членом группы или злоупотребление таким правом, в том числе поддержание убыточности этого члена группы в своих интересах;

*b)* мошеннические действия доминирующего акционера, которые, в частности, могут заключаться в мошенническом “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 корпорации;

d) ведение дел группы или члена группы таким образом, что это может ущемить интересы некоторых категорий кредиторов (например, принятие обязательств перед сотрудниками одного из членов группы);

e) искусственное расчленение единого предприятия на несколько самостоятельных субъектов для ограждения этого предприятия 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 установленных законом или предусмотренных договором обязательств;

f) недостаточная капитализация члена группы, вследствие которой он 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 выплаты им более значительных средств, чем подлежащий распределению объем прибыли;

g) представление искаженной информации о реальной природе предпринимательской группы с целью создания у кредиторов впечатления, что они имеют дело с самостоятельным предприятием, а не членом группы;

h) злоупотребление должностными полномочиями, когда любому лицу, в том числе члену группы, может быть предъявлено требование возместить любые убытки или ущерб, причиненные другому члену группы в результате мошенничества, нарушения должностных обязанностей или иных неправомερных действий, в частности наносящих значительный вред здоровью людей или окружающей среде;

i) неправомерное ведение дел, когда директора, в том числе теневые директора члена группы, не выполняют требование, согласно которому они обязаны следить за способностью этого члена группы продолжать полноценную коммерческую деятельность с учетом его финансового состояния и должны 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 контролируемого члена группы.

98. 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 отдельной правосубъектности каж-

дого члена группы и для вторжения в сферу корпоративной конфиденциальности.

99. В тех случаях, когда ответственность может быть распространена на материнскую корпорацию, такая ответственность может включать личную ответственность членов совета директоров этой корпорации (которые могут быть назначены официально, являться таковыми де-факто или быть теневыми директорами). Хотя руководство отдельного члена 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. Будут ли директора материнской корпорации нести личную ответственность за долги или действия контролируемого члена группы, в отношении которого 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 контролируемым членом группы; нарушило ли руководство материнской корпорации обязанность блюсти интересы контролируемого члена группы и проявлять должную осмотрительность и имело ли место злоупотребление руководящими полномочиями; или имеется ли прямая связь между тем, как осуществлялось управление контролируемым членом группы, и его несостоятельностью. В некоторых правовых системах предусматривается, что руководство может быть также привлечено к уголовной ответственности. Одна из основных трудностей в связи с распространением ответственности в подобных случаях заключается в доказывании того, что действия материнской корпорации свидетельствуют об осуществлении фактического или теневого руководства другим членом группы.

100. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что материнская корпорация может принимать на себя ответственность по долгам контролируемых членов групп либо по договоренности, особенно если кредиторами являются банки, либо путем предоставления добровольных перекрестных гарантий. Согласно законам других стран, в которых предусматриваются различные формы интеграции предпринимательских групп, головной член группы может нести солидарную ответственность перед кредиторами интегрированных членов группы по обязательствам, возникшим как до, так и после официального оформления их объединения.

## *2. Приказы о долевом участии*

101. Приказ о долевом участии – это распоряжение, 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, в частности если платежеспособный член группы совершил по отношению к ним недобросовестные действия. К недобросовестным действиям можно отнести, например, передачу активов убыточного члена группы другому члену по несправед-

ливой цене или использование одним членом группы налоговых льгот, причитающихся убыточному члену группы, в результате чего кредиторам убыточного члена после его признания несостоятельным достается меньшее количество средств. Если не предусмотреть никаких мер правовой защиты на случай подобных недобросовестных действий, кредиторы несостоятельного члена группы могут оказаться в ущемленном положении, а акционеры платежеспособного члена получают неоправданные преимущества.

102. Хотя приказы о долевом участии сравнительно редко предусматриваются законами о несостоятельности, в нескольких правовых системах такие меры введены или вопрос об их введении обсуждается, однако их применение обычно ограничивается рамками ликвидационного производства. В то же время некоторые из вопросов, решению которых призваны способствовать приказы о долевом участии, 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.

103. Наибольшая трудность при вынесении приказа о долевом участии заключается в том, чтобы найти компромисс между интересами акционеров и необеспеченных кредиторов платежеспособного члена группы и интересами необеспеченных кредиторов ликвидируемого члена, особенно если такой приказ может повлиять на платежеспособность первого. Кредиторы платежеспособного члена группы могут заявить, что в своих операциях они полагались на собственные активы платежеспособного члена группы и вправе рассчитывать на полное удовлетворение своих требований независимо от того, в каких отношениях он состоял с другими членами группы и какие действия по отношению к ним совершал. Сложность согласования интересов различных сторон приводит к тому, что полномочия издавать приказы о долевом участии, как правило, используются нечасто. 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, в отношении которого пока не открыто производство по делу о несостоятельности, тогда как приказ о внесении доли, ограниченной размерами определенной части активов, например средств, оставшихся после исполнения добросовестно принятых обязательств, может быть вынесен.

104. В законах, разрешающих вынесение приказов о долевом участии, обычно предусматривается, что при рассмотрении вопроса об издании такого распоряжения суд должен учитывать определенные обстоятельства, связанные с взаимоотношениями между платежеспособным и несостоятельным членами группы. К числу таких обстоятельств относятся следующие: степень участия платежеспособного члена группы в управлении несостоятельным членом группы; поведение платежеспособного члена группы по отношению к кредиторам несостоятельного члена группы, хотя утверждения кредитора о том, что в своих действиях он исходил из существования связи между членами группы, не являются достаточным основанием для вынесения приказа; обуслов-

ленность обстоятельств, приведших к открытию производства по делу о несостоятельности, действиями платежеспособного члена группы; поведение платежеспособного члена группы после открытия производства в отношении несостоятельного члена группы, особенно если такое поведение прямо или косвенно затрагивает интересы кредиторов этого члена группы, например в случае неисполнения платежеспособным членом группы своих договорных обязательств перед несостоятельным членом; а также другие вопросы, которые суд сочтет уместными в данной ситуации<sup>35</sup>. Вынесение приказа о долевом участии возможно также в тех случаях, когда, например, на контролируемого члена группы возлагается значительный объем ответственности за личный вред или когда материнская корпорация позволяет контролируемому члену группы продолжать коммерческую деятельность в условиях его несостоятельности.

### 3. Материальная консолидация

#### а) Введение

105. Как отмечалось в пункте 22, выше, при вынесении 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 судам при открытии производства по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы в соответствующих обстоятельствах отступать от принципа отдельной правосубъектности каждого члена группы и объединять их активы и пассивы, рассматривая их как активы и пассивы единого 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 нескольких правовых системах полномочия по вынесению приказов о материальной консолидации закреплены законодательно, а там, где эта мера предусмотрена, ее применение обусловлено жесткими доказательственными нормами и она широко не используется. Один из принципиальных моментов состоит в том, что консолидация противоречит принципу отдельной правосубъектности членов группы, на котором нередко основывается вся структура предпринимательской группы, создание которой может диктоваться различными коммерческими соображениями, преследовать разные цели и иметь важные последствия, в частности с точки зрения налогового и корпоративного законодательства и правил корпоративного управления. Если вынесение приказов о материальной консолидации войдет в обычную судебную практику, многие из преимуществ, которые обеспечивает гибкая структура предпринимательской группы, будут утрачены.

106. 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 соот-

<sup>35</sup>Новая Зеландия, Закон о компаниях 1993 года, разделы 271 (1) а) и 272 (1).

ветствующих критериев играют судебные органы. Хотя это и свидетельствует о том, что суды все чаще признают широкое распространение практики использования взаимосвязанных корпоративных структур для целей уплаты налогов и ведения коммерческой деятельности, число обстоятельств, при которых допускается вынесение приказа о консолидации, весьма ограничено. Обычно к ним относятся случаи, когда из-за тесного взаимопереплетения хозяйственной деятельности различных членов группы, объединяемых отношениями контроля или собственности, было бы трудно, а то и невозможно разобраться в активах и долговых обязательствах разных членов группы, с тем чтобы определить, например, кому принадлежит то или иное имущество и кто является кредитором того или иного члена, не затратив на эти цели чрезмерного количества времени и средств, что в конечном счете было бы невыгодно всем кредиторам.

107. Вопрос о материальной консолидации обычно рассматривается в контексте ликвидационного производства, и если законодательство той или иной страны допускает возможность принятия такой меры, то только в этом контексте. Однако есть целый ряд законопроектов, в которых предлагается разрешить материальную консолидацию и в рамках различных видов реорганизационных процедур. В правовых системах, не имеющих конкретных законодательных положений на этот счет, издание приказов о материальной консолидации возможно как при ликвидации, так и при реорганизации, если, например, вынесение такого приказа облегчает реорганизацию группы. Хотя обычно для материальной консолидации требуется соответствующее распоряжение суда, она может проводиться и с общего согласия заинтересованных сторон. Некоторые комментаторы отмечают, что материальная консолидация с общего согласия сторон довольно часто происходит на практике, когда дело касается предпринимательских групп, причем нередко в тех ситуациях, когда суд, в случае подачи ему официального заявления, скорее всего, поддержал бы протест кредиторов против материальной консолидации. Материальная консолидация может быть проведена и в рамках осуществления плана реорганизации. Согласно законодательству некоторых стран, в план реорганизации разрешается включать предложение о материальной консолидации должника с другими как несостоятельными, так и платежеспособными членами группы, охваченными планом. Этот план может быть реализован в том случае, если за него проголосует оговоренное число кредиторов.

108. Материальная консолидация может быть целесообразна в том случае, когда члены группы фактически никак не обособлены друг от друга, а групповая структура сохраняется исключительно в обманных или мошеннических целях. В некоторых правовых системах материальная консолидация считается обоснованной также 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, будь то за счет стоимости активов, являющихся общими для всей группы, например интеллектуальной собственности, как используемой в процессе производства, в котором могут участвовать несколько членов группы, так и заложенной в продукте такого производства.

109. К числу основных моментов, вызывающих обеспокоенность в связи с возможным вынесением таких приказов, помимо главной проблемы, связанной с нарушением принципа отдельной правосубъектности членов группы, относятся возможная несправедливость в отношении одной группы кредиторов, принужденной 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 на его собственные активы или его статус отдельного юридического лица и поэтому не должны лишаться права на полное удовлетворение своих требований из-за наличия у их коммерческого 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.

110. Поскольку материальная 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, при том что определенность и исковая сила обеспечительных прав будут подорваны (если в результате консолидации внутригрупповые требования аннулируются, то кредиторы, имеющие обеспечительные интересы в таких требованиях, утрачивают свои права).

111. Обычно материальная консолидация будет проводиться только применительно к тем членам 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, когда деятельность этого члена группы настолько тесно переплетена с операциями других членов, что его нецелесообразно исключать из процесса консолидации, когда его предпочтительно включить в этот процесс, если в ходе дальнейшего расследования выяснилось, что такой член является фактически неплатежеспособным в силу смешения его активов с активами других членов группы, или когда его статус самостоятельного юридического лица является фикцией или частью мошеннической схемы. Если материальная консолидация охватывает платежеспособных членов группы, то у кредиторов таких членов группы может возникать особая обеспокоенность, 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*

112. В законодательных актах, предусматривающих возможность вынесения приказов о материальной консолидации, и в тех правовых системах, где практика вынесения таких приказов складывалась при участии судов, выявлен ряд элементов, имеющих отношение к определению обоснованности материальной консолидации. В каждом деле для принятия справедливого и верного решения необходимо тщательно взвесить различные элементы, поскольку ни один из них сам по себе не является определяющим и необязательно должен присутствовать в каждом конкретном случае. К таким элементам относятся следующие: 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 коммерческих 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 материальная консолидация способствовать реорганизации и отвечает ли она интересам кредиторов.

113. Хотя все эти многочисленные факторы имеют значение, некоторые суды уделяют особое внимание лишь нескольким из них, 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 деятельности, не имеющей законной коммерческой цели. Что касается первого основания, то требуемая степень смешения активов и пассивов трудно поддается количественной оценке и разные суды определяют ее по-разному: как степень смешения, при которой такое разделение бессмысленно или практически невозможно; при которой для выяснения взаимосвязей между членами группы и установления принадлежности тех или иных активов требуются такие затраты времени и средств, которые не оправдывают конечного результата; которая настолько существенна, что ставит под угрозу реализацию кредиторами любых чистых активов; или при которой распределение активов и пассивов между членами группы будет носить произвольный характер и не будет соответствовать экономической реальности. 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 бухгалтерских записей отдельных членов



группы; соблюдение надлежащих корпоративных формальностей; порядок перевода средств и активов между различными членами группы; и прочие аналогичные факторы, касающиеся операций группы.

114. Под мошенничеством в данном случае понимаются не столько конкретные мошеннические действия, совершаемые в ходе повседневных операций компании, сколько полное отсутствие законной коммерческой цели, которая могла бы служить оправданием создания компании, а после ее создания – осуществляемой ею деятельности (см. пункт 97 *е*), выше). Примерами 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; фальсификация<sup>36</sup>; создание финансовых пирамид<sup>37</sup>; и другие мошеннические схемы.

*с) Заявления о материальной консолидации*

*i) Лица, которым разрешается подавать заявления*

115. В законодательстве о несостоятельности следует указать лиц, которые могут 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 группы в число таких лиц будут 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 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.

116. Хотя в некоторых государствах судам разрешено издавать приказы о материальной консолидации по их собственной инициативе, с учетом серьезных 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 и 138. По этой причине представляется целесообразным проводить различие между материальной консолидацией и процедурной координацией и придерживаться того подхода, при

---

<sup>36</sup>Понятие фальсификации может охватывать заключение договоров, которые не отражают истинных намерений сторон либо не имеют силы между сторонами, либо имеют иное действие, чем указано в договоре, т. е. заключение фиктивных договоров.

<sup>37</sup>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.

котором суды не должны принимать решение о материальной консолидации по собственной инициативе.

*ii) Сроки подачи заявления*

117. 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 для 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 после открытия производства может зависеть от того, на какой стадии находится производство, например началось ли осуществление плана реорганизации. Так, может оказаться, что некоторые ключевые вопросы, например связанные с продажей или отчуждением активов либо с представлением и признанием требований, уже решены или что в отношении отдельных членов группы уже вынесены определенные решения, по которым приняты соответствующие меры, что создаст практические проблемы применительно к консолидации уже частично урегулированных процедур. В этом случае желательно, чтобы такой приказ учитывал стадию производства и консолидировал уже проводимые отдельные производства при сохранении существующих прав. Например, уже признанные требования в отношении одного из членов группы можно было бы в силу этих соображений рассматривать как требования, признанные в отношении консолидированной имущественной массы.

118. Этот же подход можно использовать и при включении в ранее изданный приказ о материальной консолидации новых членов группы. По ходу ведения производства в отношении различных членов предпринимательской группы может выясниться, что консолидацией целесообразно охватить и других членов группы, поскольку для этого имеются те же основания, которые послужили причиной для вынесения первоначального приказа. Если приказ о материальной консолидации был вынесен 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 охватом консолидацией дополнительного члена группы. В том случае, когда приказ о материальной консолидации выносится 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 консолидированного производства, если размер выплат, полагающихся другим кредиторам той же категории, в пропорциональном отношении меньше выплат, уже полученных таким кредитором в порядке частичного распределения.

*d) Конкурирующие интересы при материальной консолидации*

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

*i) Собственники и держатели акций*

120. Во многих законах о несостоятельности предусмотрено общее правило, согласно которому права кредиторов имеют приоритет перед правами собственников и держателей акций, требования которых в отношении распределения средств удовлетворяются в последнюю очередь. Нередко это приводит к тому, что собственники и держатели акций ничего не получают при распределении (см. часть вторая, глава V, пункт 76). 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 при материальной консолидации на всех членов группы, в отношении которых она проводится, 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 этих членов группы.

*ii) Обеспеченные кредиторы*

121. В *Руководстве* 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 режиму обеспеченных кредиторов в контексте предпринимательской группы. Вместе с тем в *Руководстве* также признается, что, при условии соблюдения соответствующих гарантий, законодательство о несостоятельности может затрагивать права обеспеченных кредиторов, если это необходимо для проведения соответствующей коммерческой и экономической политики (см. часть вторая, глава II, пункт 59).

122. В связи с материальной 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 материальной консолидации или же такой обеспечительный интерес должен действовать только в отношении конкретной совокупности активов, на которую изначально полагался обеспеченный креди-

тор; могут ли обеспеченные кредиторы, не обладающие достаточным обеспечением, выдвигать требования в отношении всех объединенных активов как необеспеченные кредиторы; и должен ли к внутренним обеспеченным кредиторам (т. е. кредиторам, которые одновременно 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 всех членов группы, в отношении которых проводится консолидация, возникать не должен. Распространение любых обеспечительных интересов обеспеченного кредитора на все объединенные активы или их расширение в результате 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.

123. Одно из возможных решений применительно к режиму внешних обеспеченных кредиторов может состоять в том, чтобы исключить их из процедур материальной консолидации. Особого рассмотрения может потребовать вопрос о правах отдельных обеспеченных кредиторов, которые полагались на статус членов группы как самостоятельных юридических лиц, например в случаях, когда они полагались на внутригрупповые гарантии. Если соответствующий член группы включается в приказ о материальной консолидации и перестает существовать как самостоятельное юридическое лицо, предоставленные им гарантии теряют исковую силу. Это может привести к тому, что обеспеченные кредиторы будут приравнены к необеспеченным, если в законодательстве не предусмотрена возможность удовлетворения требований таких кредиторов в каком-то приоритетном порядке по сравнению с требованиями других кредиторов в случае материальной консолидации. В том случае, когда обремененные активы необходимы для проведения реорганизации, может быть использовано иное решение, например суду может быть предоставлено право включать в приказ о консолидации специальные положения о таких активах или может быть установлено требование о получении согласия обеспеченного кредитора, права которого затрагиваются. После проведения материальной консолидации обеспеченный кредитор может уступить свое обеспечительное право, и тогда долг будет подлежать выплате всеми консолидированными субъектами.

124. Возможно, потребуется учесть 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*

125. Аналогичные вопросы возникают и в связи с режимом 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 единого субъекта, то возникает вопрос о режиме этих приоритетов в масштабах всей группы, особенно если такие приоритеты взаимосвязаны. Например, сотрудники одного члена группы, имеющего большой объем активов и мало обязательств, при материальной 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 установить, кому какие активы принадлежат, то определить приоритетность требований и размер средств, имеющихся в наличии для их урегулирования, может быть весьма сложно. Поэтому, хотя для случаев, когда в отношении должников проводится материальная консолидация, признание приоритетов, установленных согласно законодательству о несостоятельности в отношении каждого отдельного должника, и желательно, придать этим приоритетам полную силу не всегда представляется возможным.

*е) Уведомление кредиторов*

126. Уведомление о подаче заявлений о материальной консолидации может производиться в том же порядке, что и о подаче заявлений об открытии производства (см. часть вторая, глава I, пункты 64–71 и рекомендации 19 *а*) и 22–25). В соответствии с рекомендацией 19 при подаче заявления о материальной консолидации одновременно с заявлением об открытии производства уведомление должников о таком заявлении требуется только в том случае, если заявление 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.

127. Поскольку материальная консолидация может затрагивать права кредиторов, необходимо, чтобы затрагиваемые кредиторы имели право на уведомление о любом приказе о консолидации, вынесенном в момент открытия производства, и могли обжаловать его в соответствии с рекомендацией 138. Один из вопросов, который требуется рассмотреть в этой связи, заключается в том, достаточно ли возражения одного кредитора, для того чтобы не допустить материальной консолидации. 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 исключе-

ния для отдельных групп кредиторов, с которыми заключены соглашения определенных типов, например договоры о проектном финансировании с ограниченным правом регресса, подписанные на стандартных коммерческих условиях с конкретными членами группы.

128. При подаче заявления кредитором после открытия производства по делу о несостоятельности о таком заявлении целесообразно уведомить управляющих в делах о несостоятельности предприятий, в отношении которых будет проводиться консолидация. Уведомление должно быть произведено эффективно и своевременно, а также в форме, предусмотренной внутренним законодательством.

*f) Последствия приказа о материальной консолидации*

129. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть последствия вынесения приказа о материальной консолидации. К этим последствиям могут относиться следующие: рассмотрение активов и пассивов членов группы, в отношении которых проведена консолидация, как если бы они являлись частью единой имущественной массы в деле о несостоятельности; аннулирование внутригрупповых требований; признание требований к отдельным членам группы, в отношении которых проводится консолидация, требованиями в отношении консолидированной имущественной массы; и признание приоритетных требований к отдельным членам группы приоритетными в отношении консолидированной имущественной массы в целом (насколько это возможно, учитывая отмеченные выше трудности). При материальной консолидации взаимные требования разных членов группы, как правило, перестают существовать, так как и требования, и долговые обязательства относятся к одной и той же имущественной массе и, таким образом, взаимно погашаются.

*i) Расторжение сделок с участием членов группы, в отношении которых проводится консолидация*

130. В случае проведения материальной консолидации в отношении членов группы расторгнуть заключенные между ними сделки практически невозможно, так как и активы, подлежащие возврату, и имущественная масса, в которую эти активы требуется вернуть, рассматриваются как часть единой консолидированной имущественной массы. В то же время сделки между членами группы, включенными в приказ о материальной консолидации, и другими членами той же группы или внешними сторонами подлежат расторжению в обычном порядке, включая правила расчета подозрительного периода. В тех случаях, когда подобные сделки можно расторгнуть, все активы или их стоимость, которые удастся вернуть, включаются в консолидированную имущественную массу.

*ii) Расчет подозрительного периода*

131. Для случаев, когда приказ о материальной консолидации выносится после открытия производства по делу о несостоятельности или когда в приказ о материальной консолидации дополнительно включаются другие члены группы

в другое время, необходимо продумать, с какой даты начинать отчет подозрительного периода для целей расторжения сделок (см. часть вторая, глава II, пункты 188–191 и рекомендация 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 материальной 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. При применении такого подхода может получиться, что для каждого члена группы, включенного в приказ о материальной консолидации, будет определена своя дата, что значительно затруднит работу на практике. В качестве другого подхода можно установить общую дату отсчета, приняв за нее наиболее раннюю дату подачи заявления об открытии производства или открытия производства по делам о несостоятельности членов группы, в отношении которых проводится консолидация. В обоих случаях желательно, чтобы такая дата была оговорена в законодательстве о несостоятельности для обеспечения прозрачности и предсказуемости.

### *iii) Реорганизация*

132. В случае реорганизации членов группы, включенных в приказ о материальной консолидации, ликвидационной стоимостью для целей рекомендации 152 *b*) будет считаться ликвидационная стоимость консолидированной имущественной массы, а не ликвидационная стоимость имущества отдельных членов группы до материальной консолидации. Приказ о материальной консолидации может также объединять кредиторов для целей голосования по вопросам принятия любого плана реорганизации членов группы, в отношении которых проводится консолидация. Если после вынесения приказа о материальной консолидации в рамках производства по делу о несостоятельности требуется проводить собрания кредиторов, право участвовать в таких собраниях должны иметь все кредиторы членов группы, в отношении которых проводится консолидация.

### *iv) Режим гарантий*

133. Вынесение приказа о материальной консолидации может по-разному сказаться на гарантиях, затрагивающих членов группы. Гарантия может быть предоставлена одним членом группы другому. Впоследствии оба члена группы или только член, которому была дана гарантия, могут быть включены в приказ о материальной консолидации. В первом случае гарантия и любые связанные с ней требования будут аннулированы как внутригрупповые. Во втором случае будут действовать положения законодательства о несостоятельности, касающиеся сделок с лицами, связанными с должником (см. часть вторая, глава V,

пункт 48). Возможны ситуации, когда гарантию члену группы, в отношении которого проводится материальная консолидация, предоставил внешний гарант. Если такая ситуация особо не оговорена в законодательстве о несостоятельности, она будет регулироваться нормами внутреннего законодательства, в случае чего права гаранта на предъявление требований могут оказаться ограниченными, если он уже произвел платеж по этой гарантии. Один член предпринимательской группы может выдать гарантию внешнему кредитодателю для обеспечения финансирования, предоставляемого другому члену группы, а впоследствии оба члена группы могут быть включены в приказ о материальной консолидации. Как уже отмечалось выше, в тех случаях, когда взыскание по гарантии возможно лишь при сохранении членами группы статуса самостоятельного юридического лица, внешний кредитодатель обычно рассматривается как необеспеченный кредитор, если только законодательство о несостоятельности не сохраняет за ним определенного преимущества перед остальными кредиторами членов группы, в отношении которых проведена консолидация.

*г) Внесение изменений в приказ о материальной консолидации*

134. Хотя, с учетом материально-правовых последствий приказа о материальной консолидации, его изменение может быть не всегда возможным или желательным, могут существовать случаи, когда в силу изменившихся обстоятельств или появления новых сведений первоначальный приказ о консолидации целесообразно изменить. Любые такие изменения должны вноситься с тем условием, что они не будут неоправданно ущемлять права и интересы, вытекающие из первоначального приказа. Такие права и интересы, возникающие на основании решения суда или управляющего в деле о несостоятельности, могут быть связаны с продажей активов и предоставлением финансирования членам группы.

*h) Исключения из приказа о материальной консолидации*

135. В законодательстве некоторых стран предусмотрена возможность вынесения приказа о так называемой частичной или ограниченной материальной консолидации, т. е. приказа о материальной консолидации, из действия которого исключаются определенные активы или требования.

136. Как правило, такие исключения делаются редко, поскольку обычно считается, что материальная консолидация целесообразна в тех случаях, когда активы группы тесно переплетены или ее члены замешаны в махинациях. Однако при некоторых обстоятельствах такие исключения могут быть оправданны, например когда принадлежность отдельных активов легко установить или часть подразделений членов группы, в отношении которых проводится консолидация, можно отделить от остальной имущественной массы, так как они не участвовали в махинациях; когда включение определенных активов в сферу действия приказа о материальной консолидации может лишь обострить последствия применения мошеннических схем; или когда активы являются обременительными, например активами, которые обременены экологической ответственностью или управление которыми сопряжено с большими трудно-



стями и затратами (см. часть вторая, глава II, пункт 88). Требования, связанные с любыми такими исключаемыми активами, также исключаются. Материальная консолидация может быть также ограничена, например, необеспеченными кредиторами и тем самым исключать внешних обеспеченных кредиторов, которые могут сохранить за собой право на принудительное исполнение своих обеспечительных интересов (если только эти обеспечительные интересы не зависят от отдельной правосубъектности членов группы, в отношении которых проводится консолидация). 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*

137. Все вопросы, обсужденные выше в связи с подачей объединенных заявлений и процедурной координацией, также имеют отношение и к вопросу о суде, компетентном выносить приказ о материальной консолидации (см. пункты 17–19, выше, и рекомендацию 209).

**Рекомендации 219–231**

**Цели законодательных положений**

Цели положений о материальной консолидации заключаются в следующем:

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

**Содержание законодательных положений**

*Принцип отдельной правосубъектности (пункт 105)*

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 (пункты 106 и 112–114)*

220. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить, что по ходатайству лиц, которым разрешено подавать заявления согласно рекомендации 223, суд может вынести приказ о материальной консолидации в отношении двух или более членов предпринимательской группы только в следующих ограниченных обстоятельствах:

**Рекомендации 219–231 (продолжение)**

*a)* если суд придет к выводу, что активы или пассивы 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

*b)* если суд придет к выводу, что члены предпринимательской группы участвуют в осуществлении мошеннических схем или в деятельности, не преследующей законной коммерческой цели, и что для устранения последствий таких схем или деятельности необходима материальная консолидация.

**Исключения из материальной консолидации (пункты 135 и 136)**

221. Если законодательство о несостоятельности предусматривает материальную консолидацию в соответствии с рекомендацией 220, то это законодательство о несостоятельности должно разрешать суду исключать оговоренные активы и требования из приказа о материальной консолидации и конкретно оговаривать обстоятельства, при которых могут быть установлены такие исключения.

**Заявление о материальной консолидации**

– Сроки подачи заявления (пункты 117 и 118)

222. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, 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 срок<sup>38</sup>.

– Лица, которым разрешено подавать заявления (пункты 115 и 116)

223. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить лиц, которым разрешено подавать заявления о материальной консолидации и в число которых могут входить члены предпринимательской группы и кредиторы или управляющий в деле о несостоятельности любого члена предпринимательской группы.

**Последствия приказа о материальной консолидации (пункты 129–133)**

224. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что вынесение приказа о материальной консолидации влечет за собой следующие последствия<sup>39</sup>:

*a)* рассмотрение активов и обязательств членов группы, в отношении которых проводится материальная консолидация, как если бы они были частью единой имущественной массы в деле о несостоятельности;

*b)* взаимные требования и долговые обязательства членов группы, включенных в приказ, погашаются; и

*c)* требования в отношении членов группы, включенных в приказ, рассматриваются как требования в отношении единой имущественной массы в деле о несостоятельности.

<sup>38</sup>Возможность вынесения приказа о материальной консолидации на продвинутом этапе производства по делу о несостоятельности обсуждается в пунктах 117 и 118, выше.

<sup>39</sup>Последствия для обеспечительных интересов рассматриваются в рекомендациях 225 и пунктах 121–124, выше.

*Режим обеспечительных интересов при материальной консолидации (пункты 121–124)*

225. 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:

a) обеспеченная задолженность причитается только в отношениях между членами предпринимательской группы и погашается приказом о материальной консолидации;

b) установлено, что обеспечение было получено в результате мошеннических действий, в которых участвовал кредитор; или

c) сделка, в силу которой предоставляется обеспечительный интерес, подлежит расторжению в соответствии с рекомендациями 87, 88 или 217.

*Признание приоритетов при материальной консолидации (пункт 125)*

226. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что приоритеты, установленные согласно законодательству о несостоятельности и применимые по отношению к отдельным членам предпринимательской группы до вынесения приказа о материальной консолидации, должны, насколько это возможно, признаваться при материальной консолидации.

*Собрания кредиторов (пункт 132)*

227. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что если, согласно действующему законодательству, после вынесения приказа о материальной консолидации должны проводиться собрания кредиторов, то участвовать в таких собраниях вправе кредиторы всех членов группы, в отношении которых проводится консолидация.

*Расчет подозрительного периода при материальной консолидации (пункты 130 и 131)*

228. 1) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить дату, с которой следует рассчитывать подозрительный период для расторжения сделок, относящихся к одному из видов, перечисленных в рекомендации 87, в случае вынесения приказа о материальной консолидации в отношении двух или более членов предпринимательской группы.

2) Оговоренной датой, с которой ретроспективно рассчитывается подозрительный период в соответствии с рекомендацией 89, может быть одна из следующих дат:

a) 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 каждого такого члена группы;

**Рекомендации 219–231 (продолжение)**

b) общая дата для всех членов предпринимательской группы, охваченных материальной консолидацией, которой является либо i) наиболее ранняя из дат подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или открытия такого производства в отношении этих членов группы; либо ii) дата, в которую поданы все заявления об открытии производства или было открыто производство по всем делам.

**Изменение приказа о материальной консолидации (пункт 134)**

229. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что в приказ о материальной консолидации могут быть внесены изменения, при условии что они не затрагивают мер или решений, уже принятых во исполнение приказа<sup>40</sup>.

**Компетентный суд (пункт 137)**

230. 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 вынесением приказа о материальной консолидации, включая изменение этого приказа<sup>41</sup>.

**Уведомление о материальной консолидации (пункты 126–128)**

231. В законодательстве о несостоятельности следует установить требования в отношении направления уведомлений о заявлениях и приказах о материальной консолидации и об изменении в порядке материальной консолидации, в том числе в сфере охвата и содержания приказа, а также в отношении круга лиц, которым должно быть направлено уведомление, стороны, ответственной за направление уведомлений, и содержания такого уведомления.

## Е. Участники

### 1. Назначение управляющего в деле о несостоятельности

138. Порядок назначения и функции управляющих в деле о несостоятельности рассматриваются в пунктах 36–74 главы III части второй. Обсуждаемые вопросы, а также рекомендации 115–125 в целом применимы и в контексте группы.

<sup>40</sup>Использование термина “изменение” не подразумевает прекращения приказа о материальной консолидации.

<sup>41</sup>Критерии, которые могут учитываться при определении компетентного суда, рассматриваются в пункте 18, выше.

а) *Координация производств*

139. При открытии нескольких производств по делам о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы, независимо от того, вынесен или не вынесен приказ о процедурной координации, координировать производство по таким делам в обоих случаях будет проще, если в законодательстве о несостоятельности будут предусмотрены специальные содействующие координации положения, аналогичные статьям 25 и 26 Типового закона ЮНСИТРАЛ и будет оговорен порядок обеспечения координации, аналогично тому, как это делается в статье 27 Типового закона. Такой подход может быть использован для координации действий разных судов, участвующих в производстве по делам о несостоятельности различных членов группы, и действий разных управляющих в делах о несостоятельности, назначенных в рамках этих производств, в том числе на временной основе<sup>42</sup>. В контексте группы на управляющих в делах о несостоятельности помимо тех обязанностей, которые уже предусмотрены в рекомендациях 111, 116, 117 и 120, можно возложить дополнительные обязанности, охватывающие различные аспекты координации, в том числе следующие: обмен информацией и раскрытие информации; одобрение или реализация договоренностей о раздельном осуществлении полномочий и распределении обязанностей между управляющими в делах о несостоятельности; и сотрудничество в вопросах использования и реализации активов, представления и согласования скоординированных планов реорганизации (при невозможности разработки единого плана для группы, о чем будет сказано ниже), осуществления полномочий по расторжению сделок, привлечения финансирования после открытия производства, а также представления и признания требований и распределения средств среди кредиторов. В законодательстве о несостоятельности можно также рассмотреть вопрос о своевременном разрешении споров между управляющими в делах о несостоятельности, назначенными в рамках разных производств.

140. В случае, если в рамках разных производств по делам о несостоятельности членов группы было назначено несколько управляющих, законодательство о несостоятельности может разрешать одному из них взять на себя руководящие функции по координации этих производств. Таким управляющим мог бы быть, например, управляющий в деле о несостоятельности материнской корпорации, в отношении которой открыто производство. Хотя такая руководящая роль может быть оправдана экономической спецификой или структурой предпринимательской группы, необходимо обеспечить, чтобы при этом соблюдался закрепленный в законодательстве принцип равноправия всех управляющих в делах о несостоятельности. Координация производства под руководством одного управляющего в деле о несостоятельности может быть обеспечена и на добровольной основе, насколько это возможно согласно применимому законодательству. Несмотря ни на какие договоренности о сотрудничестве и координации, все управляющие в делах о несостоятельности продолжают нести ответствен-

---

<sup>42</sup> Как разъясняется в глоссарии, термин “управляющий в деле о несостоятельности” охватывает управляющих, назначенных на временной основе (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. сноску 3, выше), Введение, раздел В).

ность за исполнение своих обязанностей согласно законодательству тех правовых систем, в которых они были назначены; такие договоренности не могут служить основанием для сужения обязанностей или освобождения от них.

141. В некоторых правовых системах основные функции по координации производств по делам о несостоятельности возлагаются не на управляющих, а на суды. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает такой порядок, а производство в отношении разных членов группы ведется в разных судах, желательно предусмотреть, чтобы положения о координации производств применялись и к судам и чтобы суды были наделены полномочиями, аналогичными тем, которые предусмотрены в статье 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

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

142. 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 существовать возможность назначения одного управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства по нескольким делам или может потребоваться назначить одного и того же управляющего по каждому из дел, производство по которым необходимо координировать. Хотя производство по делу каждого члена группы будет по-прежнему вестись самостоятельно (как и в случае процедурной координации), такое назначение способствует обеспечению координации ведения производств в отношении разных членов группы, сокращению связанных с производством расходов и задержек и сбору информации о группе в целом. Что касается сбора информации, то здесь следует проявлять осторожность при обращении с информацией и, в частности, обеспечивать соблюдение требований о конфиденциальности в отношении отдельных членов группы. Хотя в некоторых правовых системах назначение таких управляющих в контексте группы вошло в повседневную практику, в законодательстве о несостоятельности многих стран вопрос о назначении единого управляющего в деле о несостоятельности не рассматривается. В отдельных случаях подобные назначения производились на практике в ряде дел о трансграничной несостоятельности, в рамках которых управляющие в делах о несостоятельности, представляющие одну и ту же международную фирму, назначались в разных правовых системах<sup>43</sup>.

143. Решая вопрос о целесообразности назначения единого или одного и того же управляющего в делах о несостоятельности, необходимо учитывать особенности предпринимательской группы, в том числе степень интеграции ее

---

<sup>43</sup> См. *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава III, пункт 10 j), где говорится о делах, касающихся Гонконга, Специального административного района Китая, а также Британских Виргинских островов и Бермудских островов.

членов и структуру ее хозяйственной деятельности. Кроме того, как уже отмечалось выше, в пункте 39 главы III части второй, на подобные должности крайне желательно назначать лиц, обладающих необходимыми знаниями и опытом, причем наличие таких знаний и опыта следует тщательно проверять еще до назначения для обеспечения того, чтобы они удовлетворяли всех членов группы. Назначать единого или одного и того же управляющего для ведения дел двух или более членов группы целесообразно лишь в том случае, если это отвечает интересам производства по делам о несостоятельности.

144. При назначении единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для ведения производства по делам 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. В качестве защитительной меры от возможных коллизий можно предусмотреть требование о том, чтобы управляющий в деле о несостоятельности принимал на себя обязательство консультироваться с судом, или закрепить такую его обязанность в нормах практики или законодательстве. Кроме того, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть возможность назначения еще одного или нескольких управляющих в делах о несостоятельности для управления производством в отношении соответствующих членов группы в случае возникновения коллизии интересов. Таких управляющих можно назначать либо специально для решения вопросов, в связи с которыми возникла коллизия, на срок, необходимый для их разрешения, либо в более общем порядке на весь срок производства.

*с) Должник, сохраняющий владение*

145. Для тех случаев, когда законодательство о несостоятельности разрешает должнику сохранять право владения коммерческим предприятием и назначения управляющего не производится, может потребоваться особо 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, может быть также рассмотрен вопрос о применении в таких случаях положений законодательства о несостоятельности, касающихся назначения единого или одного и того же управляющего в делах о несостоятельности или возложения на одного из управляющих в делах о несостоятельности руководящих функций по координации производства.

### Рекомендации 232–236

#### Цели законодательных положений

Цели положений о назначении управляющих в делах о несостоятельности в контексте предпринимательской группы заключаются в следующем:

a) разрешить назначение единого или одного и того же управляющего в делах о несостоятельности для облегчения координации производств по делам о несостоятельности, открытых в отношении двух или более членов предпринимательской группы; и

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

#### Содержание законодательных положений

*Назначение единого или одного и того же управляющего в делах о несостоятельности (пункты 142–144)*

232. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что если это сочтено необходимым для обеспечения наилучших интересов управления производством по делам о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы, то для ведения таких производств может назначаться единый или один и тот же управляющий в делах о несостоятельности<sup>44</sup>.

*Коллизия интересов (пункт 144 и часть вторая, глава III, пункты 42 и 43)*

233. 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 делам о несостоятельности двух или более членов предпринимательской группы. Такие меры могут включать назначение одного или нескольких дополнительных управляющих в делах о несостоятельности.

*Сотрудничество между двумя или более управляющими в делах о несостоятельности (пункты 139 и 140)*

234. 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 предпринимательской группы такие управляющие должны в максимально возможной степени сотрудничать друг с другом<sup>45</sup>.

<sup>44</sup>Хотя в рекомендации 118 рассматривается вопрос об отборе и назначении управляющих в делах о несостоятельности, в ней не содержатся рекомендации о назначении каким-либо конкретным органом, и этот вопрос оставлен на урегулирование законодательством о несостоятельности. Такой же подход применим и к контексту предпринимательской группы (см. *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. сноску 3, выше), часть вторая, глава III, пункты 44–47).

<sup>45</sup>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.



*Сотрудничество между двумя или более управляющими в делах о несостоятельности в рамках процедурной координации (пункты 139 и 140)*

235. 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 друг с другом.

*Максимально возможная степень сотрудничества между управляющими в делах о несостоятельности (пункты 139 и 140)*

236. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что сотрудничество в максимально возможной степени между управляющими в делах о несостоятельности осуществляется любыми надлежащими способами, включая следующие:

*a)* обмен информацией и раскрытие информации, касающейся членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, при условии принятия надлежащих мер для защиты конфиденциальной информации;

*b)* одобрение или реализация договоренностей о распределении обязанностей между управляющими в делах о несостоятельности, включая возложение на одного из них координирующих функций;

*c)* координация управления и надзора за делами членов группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, в том числе вопросов, касающихся продолжения повседневных коммерческих операций, привлечения финансирования после открытия производства, обеспечения сохранности активов, использования и реализации активов, осуществления полномочий по расторжению сделок, сношений с кредиторами и собраниями кредиторов, представления и признания требований, в том числе внутригрупповых, и распределения средств среди кредиторов; и

*d)* координация представления и согласования планов реорганизации.

## **Ф. Реорганизация двух или более членов предпринимательской группы**

146. Вопросы, связанные с подготовкой, представлением, содержанием, одобрением и осуществлением плана реорганизации, рассматриваются в рекомендациях 139–159. Эти рекомендации в целом применимы и в контексте предпринимательских групп.

### *1. Скоординированные планы реорганизации*

147. В случае, когда реорганизационное производство открывается в отношении двух или более членов предпринимательской группы, независимо от того, будет ли осуществляться процедурная координация такого производства, возникает вопрос, который в *Руководстве* не рассматривается: допускается ли

проводить реорганизацию должников по единому плану реорганизации, охватывающему нескольких членов группы, или по скоординированным и, по сути, одинаковым планам для каждого члена группы. Такие планы реорганизации позволяют обеспечить применение скоординированного подхода к урегулированию финансовых трудностей группы, добиться экономии в рамках всех производств по делам о несостоятельности группы и максимально увеличить стоимость 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 случаях процедурной координации или материальной консолидации производств, а согласно другим – только в тех случаях, когда возможна координация производств на добровольной основе.

148. 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 в отношении каждого члена 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 навязывать одобрение плана для всех членов группы было бы нецелесообразно. В процессе подготовки плана и согласования вопроса о его одобрении следует учитывать необходимость его одобрения всеми членами группы, в связи с чем требуется указать все преимущества, которые обеспечит его принятие, и привести всю информацию, необходимую для его одобрения. Эти вопросы рассмотрены в рекомендациях 143 и 144<sup>46</sup>, 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 функционировании группы в качестве таковой.

149. В таком плане или планах реорганизации необходимо учесть различные интересы разных групп кредиторов, при этом в определенных ситуациях может быть целесообразным предусмотреть различные нормы возмещения для кредиторов разных членов группы. Желательно также обеспечить надлежащий баланс прав разных групп кредиторов применительно к утверждению 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 друга и будут рассматриваться как “лица, связанные с должником” (см. пункт 150, ниже). При расчете необходимого большинства в контексте группы

---

<sup>46</sup>См. также *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. сноску 3, выше), часть вторая, глава IV, пункты 17–25.

может потребоваться решить вопрос о том, как следует засчитывать голоса кредиторов, предъявляющих одни и те же требования разным членам группы, если за этими требованиями признается разная очередность. Еще один вопрос, который следует рассмотреть, касается того, могут ли помешать утверждению плана в рамках всей группы возражения кредиторов одного из нескольких ее членов и каковы последствия таких возражений. Один из возможных подходов мог бы 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 особые требования в отношении большинства с целью облегчить утверждение плана в контексте группы. Можно также предусмотреть защитительные оговорки, подобные тем, которые содержатся в рекомендации 152, дополнив их требованием о справедливости планов в том, что касается отношений между кредиторами разных членов группы.

150. В контексте группы к категории лиц, связанных с должником, относятся также лица, осуществляющие или осуществлявшие контроль над должником или материнской корпорацией, дочерним предприятием или филиалом должника (см. основной глоссарий, пункт 12 *jj*). Вопрос об участии лиц, связанных с должником, в голосовании по утверждению плана реорганизации рассматривается в пункте 48 главы IV части второй, и при этом указывается, 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 кредиторы конкретного члена группы являются связанными с ним лицами или когда лишь очень немногие кредиторы такими лицами не являются.

151. В законодательство о несостоятельности можно также включить положение о последствиях неутверждения плана или планов реорганизации, как об этом 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, потребуются, возможно, предусмотреть специальные положения, с тем чтобы не допустить возникновения необоснованных преимуществ или потерь в результате такой ликвидации.

## *2. Включение платежеспособного члена группы в план реорганизации*

152. В пунктах 11–15, выше, рассматривается возможность включения в заявление об открытии производства платежеспособного члена группы. В этих пунктах отмечается, что при более внимательном изучении состояния на первый взгляд платежеспособного члена группы может выясниться, что он отвечает стандарту открытия производства в том, что касается неизбежного наступления несостоятельности, и, следовательно, подпадает под действие рекомендации 15 для целей открытия производства. Такая ситуация нередко возникает в контексте предпринимательских групп, когда несостоятельность

некоторых членов практически неизбежно влечет за собой несостоятельность других членов. Однако если вопрос о неизбежной несостоятельности не стоит, то платежеспособный член группы, как правило, не может участвовать в плане реорганизации других членов группы, в отношении которых открыто производство согласно законодательству о несостоятельности. Тем не менее при некоторых обстоятельствах то или иное добровольное участие платежеспособного члена в плане реорганизации может быть уместным и целесообразным. Такое участие платежеспособного члена группы нередко имеет место на практике. Платежеспособный член группы может помочь реорганизации других членов предпринимательской группы и будет нести договорные обязательства по плану после его одобрения и, если необходимо, утверждения. Решение платежеспособного члена группы принять участие 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 и его хозяйственной деятельности в прилагаемом к плану заявлении о раскрытии информации.

### ***Рекомендации 237–238***

#### **Цели законодательных положений**

Цели положений, касающихся планов реорганизации в контексте предпринимательской группы, заключаются в следующем:

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

*b)* способствовать согласованию и представлению скоординированных планов реорганизации в рамках производств по делам о несостоятельности в отношении двух или более членов предпринимательской группы.

#### **Содержание законодательных положений**

*Скоординированные планы реорганизации (пункты 147–151)*

237. 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.

*Включение платежеспособного члена группы в план реорганизации несостоятельного члена группы (пункт 152)*

238. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что член предпринимательской группы, не охваченный производством по делу о несостоятельности, может добровольно принять участие в плане реорганизации, предложенном для одного или более членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности.

### **III. Урегулирование несостоятельности предпринимательских групп: международные вопросы**

#### **A. Введение**

1. Во введении к *Практическому руководству ЮНСИТРАЛ*<sup>47</sup> отмечается, что, хотя с 1990-х годов число дел о трансграничной несостоятельности существенно увеличилось, формирование правовых режимов, будь то внутренних или международных, способствующих урегулированию таких дел, шло не столь быстрыми темпами. Отсутствие таких режимов нередко приводило к применению неадекватных и несоординированных подходов, последствия применения которых были непредсказуемы, что не только затрудняло спасение испытывающих финансовые трудности предприятий и справедливое и действенное урегулирование проблем, связанных с трансграничной несостоятельностью, но и препятствовало сохранению и максимизации стоимости активов несостоятельного должника. Кроме того, несоответствия в национальных законах и в некоторых случаях коллизии между ними создавали ненужные препятствия на пути к достижению основных экономических и социальных целей производства по делам о несостоятельности. Все это нередко сопровождалось отсутствием должной прозрачности, четких правил признания прав и приоритетов существующих кредиторов, режима, распространяющегося на иностранных кредиторов, и ясного представления о том, какое законодательство должно применяться для регулирования трансграничных вопросов. Хотя многие из этих недостатков также присущи и внутренним режимам несостоятельности, их потенциальные последствия куда более существенны в делах трансграничного характера, особенно когда речь идет о реорганизации.

2. Помимо неадекватности существующих законов отсутствие предсказуемости в отношении их применения на практике и связанные с этим расходы и задержки привносят дополнительную неопределенность, которая может сказаться на потоках капиталов и трансграничных инвестициях. Признание различных видов производства, понимание ключевых концепций и режим, распространяемый на стороны, заинтересованные в производстве по делам о несостоятельности, не отличаются однородностью. Например, в одних странах более широкое распространение, чем в других, получили реорганизация или процедуры санации. Степень участия обеспеченных кредиторов в производстве по делам о несостоятельности, а также распространяемые на них режимы существенно отличаются друг от друга. Разные страны также признают разные

---

<sup>47</sup>См. *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше).

виды производства с разными последствиями. Так, например, в связи с реорганизационным производством можно привести такие случаи, когда законодательство одного государства предусматривает, что должник сохраняет владение и продолжает осуществлять функции управления, а в соответствии с законодательством другого государства, в котором одновременно осуществляется производство по делу о несостоятельности в отношении того же должника, либо происходит отстранение действующего руководства от управления предприятием должника, либо ликвидируется само это предприятие. Многие национальные законы о несостоятельности требуют применять в интересах внутреннего производства по делам о несостоятельности принцип универсальности для обеспечения единого производства, при котором судебные постановления будут иметь силу в отношении активов, расположенных за рубежом. Однако те же законы не признают требования об универсальности в случаях, когда оно заявляется в рамках иностранного производства по делу о несостоятельности. В дополнение к различиям между ключевыми концепциями и режимами, действующими в отношении участников, некоторые последствия производства по делам о несостоятельности, например применение моратория или приостановление действий в отношении должника или его активов, рассматриваемые как основной элемент многих законов, не могут эффективно действовать в трансграничных масштабах.

3. Созданные на сегодняшний день модели решения проблем трансграничной несостоятельности никогда не обеспечивали удовлетворительного регулирования в отношении предпринимательских групп в международном контексте. Когда в Палате лордов Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии рассматривался вопрос о том, следует ли Соединенному Королевству подписывать Европейскую конвенцию о производстве по делам о несостоятельности, соответствующий комитет высказал замечание о том, что эта Конвенция не позволяет разрешать дела, связанные с группами компаний, а они представляют собой наиболее распространенную форму организации предпринимательской деятельности. Даже после того как содержание этой Конвенции было принято в форме Постановления № 1346/2000 Европейского совета (ЕС) о производстве по делам о несостоятельности от 29 мая 2000 года, данный вопрос так и остался нерешенным. При обсуждении текста будущего Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности было сочтено, что вопрос о группах еще “не созрел для обсуждения”.

4. Ключевую проблему, возникающую в связи с предпринимательскими группами в международном контексте, можно проиллюстрировать на многочисленных примерах. Когда коммерческая деятельность осуществляется на интегрированной основе через членов группы в ряде государств – как это происходит в телекоммуникационных концернах, подобных группе KPNQwest<sup>48</sup>

---

<sup>48</sup>KPNQwest – телекоммуникационная группа, которая владела оптоволоконной кабельной сетью, соединяющей некоторые страны Европы и связывающей эти страны с Соединенными Штатами, и занималась ее эксплуатацией. Основные кабельные линии были проложены кольцеобразно; при этом французская часть европейского кольца принадлежала французскому дочернему предприятию, немецкая часть – немецкому и т. д. После банкротства голландской материнской корпорации многие дочерние предприятия были вынуждены ходатайствовать о защите в судах тех стран, в которых они были учреждены. Не было никого, кто мог бы обеспечить координацию общего производства, и оно фактически разбилось на производство по отдельным делам.

или корпорации Nortel Networks<sup>49</sup>, производственных объединениях, таких как Federal Mogul Global Inc.<sup>50</sup>, или компаниях финансового сектора, таких как Lehman Brothers Holdings Inc.<sup>51</sup>, – широкомасштабная неплатежеспособность часто приводит к открытию сразу нескольких, а порой и весьма многочисленных самостоятельных производств по делам о несостоятельности в разных странах в отношении каждого несостоятельного члена группы. Без координации этих производств группа едва ли может быть реорганизована как единое целое, и может возникнуть необходимость в ее разделении на составные части. Несостоятельность группы, как правило, влечет за собой разрыв взаимосвязей между ее членами, определявших структуру и порядок деятельности группы до наступления банкротства. При этом зачастую возникают явные неувязки между традиционным подходом к регулированию корпоративных вопросов, построенным на концепции самостоятельных юридических лиц, и его последствиями применительно к несостоятельности, с одной стороны, и задачей содействия производству по делам о несостоятельности в отношении группы или ее членов в трансграничном контексте в целях максимального увеличения стоимости имущества в интересах всех кредиторов – с другой. Со времени производства по делу Maxwell в 1991 году<sup>52</sup> история трансграничной несостоятельности лишь подтверждает трудности управления несколькими параллельными производствами и необходимость отыскания и принятия творческих решений. Некоторые из таких решений рассматриваются в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ*<sup>53</sup>, однако законодательный режим, применимый к трансграничной несостоятельности предпринимательских групп, до сих пор не выработан.

5. В последнее время ведется немало дискуссий о том, что могло бы лечь в основу правового режима трансграничной несостоятельности предпринимательских групп. Некоторые предложения включают адаптацию концепции “центра основных интересов”, применяемой к отдельному должнику, также и применительно к ситуации существования предпринимательской группы, с тем чтобы все производство в отношении членов группы открывалось и велось из единого центра через один суд и чтобы оно регулировалось единым применимым правом. Другое предложение состоит в том, чтобы определить координационный центр группы, который может быть установлен исходя из места расположения ее материнской корпорации, или разрешить членам группы подавать заявления об открытии производства по делу о несостоятельности в том

---

<sup>49</sup>Кратко излагается в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), приложение I, дело № 28: Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Case No. 09-CL-7950 (14 January 2009), и United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 09-10138 (15 January 2009).

<sup>50</sup>Кратко излагается в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), приложение I, дело № 10: United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Case No. 01-10578, and the High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

<sup>51</sup>Кратко излагается в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), приложение I, дело № 16: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 08-13555 (17 June 2009).

<sup>52</sup>*Maxwell Communication Corporation plc.*: кратко излагается в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), приложение I, дело № 24: United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Case No. 91 B 15741 (15 January 1992), и High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Case No. 0014001 of 1991 (31 December 1991).

<sup>53</sup>См. *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), главы II и III.

государстве, в котором было открыто производство в отношении несостоятельной материнской корпорации группы<sup>54</sup>.

6. В связи с этими предложениями возникают важные и сложные вопросы. Некоторые из них вытекают из самой природы многонациональных предпринимательских групп и методов их работы: как установить, что понимается под предпринимательской группой для целей несостоятельности, и как определить, какие факторы подлежат учету при выяснении местонахождения центра группы – если предположить, что у каждой группы имеется только один центр, – и имеют отношение к вопросам, связанным с юрисдикцией в отношении входящих в группу членов, наличием права на подачу заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и применимым правом. Другие вопросы касаются проблемы достижения широкого международного согласия по этим аспектам в целях отыскания широко и последовательно применяемого и, возможно, обязательного решения, которое обеспечит определенность и предсказуемость в вопросах трансграничной несостоятельности предпринимательских групп.

## **В. Развитие трансграничного сотрудничества в делах о несостоятельности предпринимательских групп**

### *1. Введение*

7. Первый шаг в поисках решения проблемы содействия установлению глобального режима несостоятельности предпринимательских групп мог бы заключаться в распространении существующих принципов трансграничного сотрудничества на дела, связанные с несостоятельностью таких групп. Сотрудничество между судами и управляющими в делах о несостоятельности, связанных с многонациональными предпринимательскими группами, может содействовать укреплению коммерческой предсказуемости и повышению определенности в сфере торговых и коммерческих отношений, а также справедливому и эффективному отправлению производства с учетом интересов сторон и максимизации стоимости активов членов группы в целях сохранения занятости и снижения издержек. Хотя существуют предпринимательские группы, для которых раздельное производство по делам о несостоятельности может быть одним из возможных вариантов в силу того, что группа слабо интегрирована и члены группы относительно независимы друг от друга, в отношении многих групп сотрудничество может быть единственным способом снижения риска раздробленного производства по делам о несостоятельности, которое потенциально может привести к подрыву стоимости активов компании как функционирующей хозяйственной единицы, к “отгораживанию” активов, а также к выводу активов или поискам должниками наиболее выгодного для них суда.

---

<sup>54</sup>Эти вопросы более подробно рассматриваются в рабочих документах Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) ЮНСИТРАЛ (см. A/CN.9/WG.V/WP/90/Add.1, пункты 5 и 6; A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, пункты 3–12; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, пункты 3–15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, пункты 2–17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, пункты 6–12). Размещено по адресу: [http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working\\_groups/5Insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/5Insolvency.html).



8. Широко распространенное ограничение, с которым в различных странах суды и управляющие в делах о несостоятельности сталкиваются при сотрудничестве в случаях трансграничной несостоятельности, обусловлено отсутствием законодательных основ или неопределенностью в отношении наличия и объема предусмотренных законом полномочий на осуществление сотрудничества с иностранными судами и управляющими в делах о несостоятельности. Типовой закон ЮНСИТРАЛ устанавливает такие законодательные основы путем регулирования вопросов доступа к иностранным судам и признания иностранных производств по делу о несостоятельности, а также санкционирования трансграничного сотрудничества и сношений между судами, между судами и управляющими в делах о несостоятельности и между управляющими в делах о несостоятельности<sup>55</sup>.

9. Однако, поскольку положения Типового закона касаются индивидуальных должников, пусть и имеющих активы в разных государствах, они лишь в ограниченной степени применимы к предпринимательским группам, которые включают целый ряд должников в разных странах. Основное отличие дел о несостоятельности предпринимательских групп заключается в том, что суд, действующий в рамках одной юрисдикции, не обязательно будет иметь дело с тем же должником, что и суд, действующий в другой юрисдикции (хотя может существовать и общий должник в случае отдельных членов группы, обладающих активами в разных государствах; эта ситуация подпадает под действие Типового закона). Параллельные производства связаны между собой не фактом наличия общего должника, а тем, что все должники являются членами одной предпринимательской группы. Если существование (и, возможно, размеры) этой группы не признается или не может быть признано в соответствии с национальным законодательством, то каждое производство будет представляться не связанным с каждым другим производством, и сотрудничество будет выглядеть нецелесообразным как потенциальное вмешательство в независимость местных судебных органов или может быть сочтено излишним в силу того, что каждое производство является, по сути, национальным производством. Хотя в некоторых случаях возможен совершенно отдельный подход к каждому члену группы, применительно ко многим предпринимательским группам наилучший результат для каждого отдельного члена может быть достигнут посредством применения более широкого и потенциально глобального решения, отражающего методы ведения хозяйственной деятельности данной группой до наступления несостоятельности и направленного либо на отдельные коммерческие подразделения, либо на предпринимательскую группу в целом, особенно в тех случаях, когда хозяйственная деятельность тесно интегрирована.

10. По этим причинам в законодательстве о несостоятельности целесообразно признать существование предпринимательских групп и – в том, что касается

---

<sup>55</sup> *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше); в пунктах 9–16 раздела В главы I содержится краткое введение в Типовой закон о трансграничной несостоятельности; в главе II *Практического руководства* рассматриваются возможные формы сотрудничества в соответствии с Типовым законом.

трансграничного сотрудничества – необходимость того, чтобы в трансграничном контексте суды сотрудничали с другими судами и с управляющими в делах о несостоятельности не только в отношении производства по делу о несостоятельности одного и того же должника, но и применительно к различным членам предпринимательской группы.

## 2. Доступ к судам и признание иностранного производства по делу о несостоятельности

11. Современные правила и практика трансграничной помощи и трансграничного сотрудничества в вопросах несостоятельности достаточно многообразны; это, в частности, относится к правилам, регулирующим доступ к судам и признание иностранного производства. Во многих государствах та или иная форма признания иностранного производства является необходимым условием дальнейшего предоставления помощи и сотрудничества. Для того чтобы заручиться таким признанием, стороны, нуждающиеся в помощи и сотрудничестве – будь то управляющий в деле о несостоятельности или кредиторы, – как правило, должны обладать процессуальной правоспособностью, позволяющей обращаться в иностранный суд. Речь может идти об обращении за помощью в связи с введением моратория, опросом свидетелей и другими аспектами, рассматриваемыми в статьях 20 и 21 Типового закона ЮНСИТРАЛ. В ходе работы по подготовке Типового закона стали еще более очевидными отсутствие во многих странах внутреннего законодательства по этим вопросам и различия в подходах, положенных в основу такого законодательства там, где оно существует. В целях выработки единообразного подхода Типовой закон закладывает законодательные основы доступа к судам и признания иностранного производства<sup>56</sup> и устанавливает надлежащие условия обеспечения ускоренного и непосредственного доступа (статьи 9–14), а также определяет критерии признания иностранных производств и последствия такого признания (статьи 15–24). Хотя применимость Типового закона в контексте предпринимательских групп ограничена, представляется желательным, чтобы возможности доступа к судам и признания иностранных производств, обеспечиваемые им в отношении дел индивидуальных должников, распространялись и на производство по делам о несостоятельности членов одной и той же предпринимательской группы.

12. Следует отметить, что для предусмотренного в Типовом законе ЮНСИТРАЛ сотрудничества суда с иностранным судом или иностранными представителями<sup>57</sup> не требуется принятия официального решения о признании

<sup>56</sup>Термин “иностранное производство” определяется в пункте *a*) статьи 2 Типового закона о трансграничной несостоятельности (см. сноску 1, выше) как “коллективное судебное или административное производство – включая временное производство, – которое проводится в иностранном государстве в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности, и в рамках которого активы и деловые операции должника подлежат контролю или надзору со стороны иностранного суда в целях реорганизации или ликвидации”.

<sup>57</sup>Термин “иностраный представитель” определяется в пункте *d*) статьи 2 Типового закона (см. сноску 1, выше) как “лицо или учреждение – включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, – которое в рамках иностранного производства уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций должника или совершать действия в качестве представителя иностранного производства”.

иностранным производством; тем самым поощряется сотрудничество уже на начальных этапах производства<sup>58</sup>.

13. В государствах, где доступ к судам и признание иностранного производства не являются обязательными для налаживания сотрудничества, может отсутствовать необходимость в принятии какого-либо дополнительного законодательства. Вместе с тем одного лишь наличия таких положений может быть недостаточно, так как имеющиеся механизмы могут быть громоздкими, дорогостоящими и действовать слишком медленно. Эффективное сотрудничество в осуществлении производства по делам многонациональных групп вероятно лишь в тех случаях, когда доступ и признание могут быть получены беспрепятственно и оперативно.

### **Рекомендация 239**

#### **Цель законодательных положений**

Цель положений о доступе к судам и признании иностранных производств по делам о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы заключается в обеспечении того, чтобы такой доступ и признание допускались согласно применимому законодательству.

#### **Содержание законодательных положений**

##### *Доступ к судам и признание иностранного производства*

239. В законодательстве о несостоятельности следует обеспечить, в контексте производств по делам о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы:

- a) доступ к судам для иностранных представителей и кредиторов; и
- b) признание иностранного производства, если это необходимо согласно применимому законодательству.

## **С. Формы сотрудничества с участием судов**

14. Сотрудничество в делах о трансграничной несостоятельности может осуществляться в различных формах и может включать, как это указано в статье 27 Типового закона ЮНСИТРАЛ, сношения между судами, между судами и управляющими в делах о несостоятельности и между управляющими в делах о несостоятельности, а также использование соглашений о

<sup>58</sup>Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10, приложение III, часть вторая)), пункт 177.

трансграничной несостоятельности<sup>59</sup>, координацию слушаний и координацию управления деловыми операциями должника и надзора за ними. В случае одного должника разрешение на сотрудничество предусмотрено статьями 25 и 26 Типового закона. Статья 25 разрешает суду сотрудничать в максимально возможной степени с иностранными судами, а статья 26 разрешает управляющему в деле о несостоятельности при исполнении своих функций и при условии надзора со стороны суда сотрудничать в максимально возможной степени с иностранными судами и иностранными представителями. В Европейском союзе вопрос о сотрудничестве также регулируется Постановлением ЕС № 1346/2000. В пункте 20 преамбулы указано, что в контексте основного<sup>60</sup> и вторичных<sup>61</sup> производств ликвидаторы должны тесно сотрудничать, в частности посредством обмена информацией в достаточном объеме. Ликвидатор в основном производстве должен иметь возможность вступать во вторичные производства и предлагать план реорганизации или ходатайствовать о приостановлении реализации активов в рамках этих производств. Согласно статье 31 Постановления ЕС, ликвидаторы в рамках основного и вторичных производств обязаны сообщать информацию, в частности информацию, которая может иметь отношение к другим производствам и связана с ходом представления и проверки требований и мерами, направленными на прекращение производства. Ни в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, ни в Постановлении ЕС не рассматривается необходимость сотрудничества в отношении предпринимательских групп, когда такие обязательства следует применять более широко, а различие между основным и неосновным производствами не имеет значения, за исключением тех случаев, когда речь идет о производстве по нескольким делам в отношении отдельного члена группы.

### 1. Сношения между судами

#### а) Соображения общего характера

15. Как в *Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ*<sup>62</sup>, так и в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ*<sup>63</sup> говорится о целесообразности наде-

<sup>59</sup>Термин “соглашение о трансграничной несостоятельности” определяется в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше) (см. глоссарий (Введение, раздел В), пункт 13 i)) как “устное или письменное соглашение, заключенное с целью способствовать координации в процессе производства по делам о трансграничной несостоятельности и сотрудничеству между судами, между судами и управляющими в делах о несостоятельности и между управляющими в делах о несостоятельности, иногда с участием также других заинтересованных сторон”. В *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* обобщается практика в деле использования и заключения таких соглашений, в том числе обсуждаются вопросы, которые обычно в них регулируются.

<sup>60</sup>Термин “основное производство” определяется в Типовом законе ЮНСИТРАЛ (см. сноску 1, выше) как “иностранное производство, осуществляемое в государстве, в котором находится центр основных интересов должника”.

<sup>61</sup>В Типовом законе ЮНСИТРАЛ (см. сноску 1, выше) используется термин “неосновное производство”, которое определяется как “иностранное производство, иное чем основное иностранное производство, осуществляемое в государстве, в котором находится предприятие должника по смыслу подпункта f) настоящей статьи”.

<sup>62</sup>*Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 58, выше), пункты 178 и 179.

<sup>63</sup>*Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава II, пункты 4–10, и глава III, пункты 146–181.

ления судов, занимающихся производством по делам о трансграничной несостоятельности, способностью вступать в непосредственные сношения с иностранными судами и управляющими в делах о несостоятельности, что позволит избежать использования длительных традиционных процедур, например судебных поручений, обменов по дипломатическим или консульским каналам и сношений через вышестоящие суды. Эта способность имеет решающее значение в тех случаях, когда, по мнению судов, они должны действовать безотлагательно, чтобы избежать потенциальных коллизий, или сохранить стоимость активов, или же в тех случаях, когда подлежащие рассмотрению вопросы не терпят промедления. Такая способность вступать в сношения должна включать способность инициировать сношения путем направления запроса об информации или помощи со стороны иностранных судов и управляющих в делах о несостоятельности, а также способность получать и обрабатывать такие запросы, поступающие из-за границы. Желательно также, как это отмечается в пункте 12, выше, в связи с сотрудничеством в более общем плане, чтобы возможность сношений не зависела от официального признания иностранного производства, т. е. чтобы сношения могли осуществляться до подачи ходатайства о признании или независимо от его подачи.

16. Ряд проблем, которые могут возникнуть при попытке развивать трансграничное сотрудничество, можно проиллюстрировать на примере различных подходов к сношениям между судами и сторонами. Наряду с вопросом о том, предусмотрены ли конкретные полномочия на сношения между судами, следует также принимать во внимание тот факт, что суды разных стран очень часто с сомнением или нежеланием относятся к вступлению в непосредственные сношения друг с другом. Эти сомнения или нежелание могут быть обусловлены этическими соображениями, правовой культурой, языковыми трудностями или неосведомленностью об иностранных законах и порядке их применения. Они также могут быть связаны с обеспокоенностью в отношении последствий сношений для независимости судебных органов и беспристрастности принимаемых решений. Если в одних государствах к сношениям между судьями относятся достаточно либерально, то в других государствах судьи не могут вступать в непосредственные сношения со сторонами или управляющими в делах о несостоятельности или даже с другими судьями, поскольку такие сношения могут вызвать вопросы конституционного характера. В одних государствах сношения *ex parte* с судьей считаются нормальными и необходимыми, тогда как в других они являются неприемлемыми. В разных государствах судьи и юристы-практики могут иметь весьма различные мнения по поводу уместности контактов между судьями без ведома или участия адвокатов сторон. Например, некоторые судьи не видят никаких проблем в частных контактах со своими коллегами, в то время как некоторые юристы-практики решительно возражают против этого. Суды, как правило, сосредоточены на решении вопросов, переданных на их рассмотрение, и, как отмечено выше, могут не испытывать большого желания оказывать помощь в проведении смежных производств в других государствах, в частности в тех случаях, когда переданное им дело, как представляется, не содержит международного элемента в виде наличия иностранного должника, иностранных кредиторов или иностранных операций.

17. Еще один вопрос, который надо учитывать, говоря о содействии сотрудничеству при производстве по делам о несостоятельности в отношении членов группы, может заключаться в способности или готовности судов подойти к деловым операциям должника глобально и учесть то, что происходит в рамках производств по делам о несостоятельности в других странах в отношении того же должника или других членов той же группы. Это может быть особенно важным в случаях, когда происходящее в других правовых системах способно оказать влияние на ситуацию в собственной стране (например, в отношении вопросов положения местных сотрудников и других вопросов социальной политики). И хотя полномочия судов в соответствии с национальным законодательством из-за этого не изменятся, информация об иностранном производстве может тем не менее повлиять на подход судов к местному производству и на их готовность координировать его с производством в других странах. Проблема, однако, заключается в получении судом информации о глобальных операциях предпринимательской группы и о параллельных производствах по делам о несостоятельности, которая необходима для облегчения координации, особенно если речь идет о доступе к информации и протоколам, являющимся частью осуществляемого в других странах производства по делам о несостоятельности других должников, которые, однако, входят в состав той же предпринимательской группы. Таким образом, первый аспект данного вопроса касается получения доступа к необходимой информации. Второй аспект связан с предоставлением ее в распоряжение суда, осуществляющего местное производство. Один из возможных подходов мог бы заключаться в том, чтобы разрешить представление соответствующих документальных доказательств – либо выступление иностранного специалиста или управляющего в деле о несостоятельности связанных с должником членов группы – в местном суде. Несмотря на практические трудности, желательно, чтобы суд имел возможность принять к сведению информацию об иностранном производстве, которое может повлиять на местное производство в отношении той же группы, в частности в случаях, когда делается попытка найти глобальное решение для всей предпринимательской группы.

18. Установление сношений в транснациональных делах, связанных с предпринимательскими группами, может во многих отношениях содействовать трансграничным производствам. Так, например, это может помочь сторонам лучше понять последствия или порядок применения иностранного законодательства, в частности различия или совпадающие области регулирования, что в противном случае может привести к судебным тяжбам; способствовать разрешению спорных вопросов путем согласования результата, приемлемого для всех; и стимулировать более ответственную реакцию сторон без внутренней предвзятости и тенденциозности, которые могут проявляться в случаях, когда стороны отстаивают свои собственные особые интересы в своих правовых системах. Такие сношения могут также служить международным интересам, содействуя более глубокому взаимопониманию, что будет способствовать международному предпринимательству и сохранению стоимости активов, которая в противном случае была бы утрачена в результате разрозненных судебных действий. Некоторые потенциальные выгоды, возможно, будет трудно определить в самом начале, но они могут стать очевидными после того, как стороны

наладят сношения. Например, в ходе трансграничных сношений могут быть выявлены какие-либо факты или процедуры, которые во многом определяют оптимальный способ урегулирования конкретного дела, а в долгосрочной перспективе такие сношения могут служить стимулом к реформированию законодательства.

19. При сношениях между судьями или другими заинтересованными сторонами должны соблюдаться надлежащие процедуры для обеспечения прозрачности, эффективности и достоверности. На общем уровне, возможно, было бы целесообразно изучить вопрос о том, должны ли сношения рассматриваться как обычная практика или как крайняя мера; может ли судья отстаивать определенный курс действий; и, применительно к возможным условиям сношений – таким, как приведенные ниже, – должны ли эти условия применяться во всех случаях или же из них могут делаться исключения. При осуществлении сношений с иностранными коллегами суды должны иметь широкие дискреционные полномочия; в то же время от них нельзя требовать вступления в сношения, которые они считают нецелесообразными в обстоятельствах конкретного дела. Еще один вопрос связан с предметом сношений, и в частности с тем, могут ли сношения касаться только процессуальных вопросов или также вопросов существа. Некоторые судьи считают возможным обсуждать порядок рассмотрения дел, вопросы о сроках и об использовании трансграничных соглашений, а также то, какие аспекты дела могут быть разрешены в том или ином суде, но не вопросы, затрагивающие существо дела.

#### *b) Средства связи*

20. Передача информации может происходить различными способами, в частности путем обмена документами (например, копиями официальных постановлений, судебных решений, заключений, мотивов решений, протоколов заседаний, affidavits и иных доказательств) или в устной форме. Сообщения могут передаваться по почте, факсу, электронной почте или иными электронными средствами либо по телефону или посредством видеоконференций, в зависимости от того, какие средства связи имеются и экономически доступны в государствах, осуществляющих сношения, и от того, что целесообразно или требуется в каждом конкретном случае. Копии письменных сообщений могут также передаваться сторонам в соответствии с применимыми положениями об уведомлении. Сношения могут осуществляться непосредственно между судьями или между судебными должностными лицами, либо через них (либо через назначенного судом посредника – см. пункт 37, ниже), либо между управляющими в делах о несостоятельности, с учетом местных правил. Развитие новых коммуникационных технологий способствует укреплению различных аспектов сотрудничества и координации и может сокращать задержки, а в соответствующих случаях облегчать личные контакты. По мере увеличения числа глобальных судебных тяжб такие методы непосредственных сношений применяются во все возрастающих масштабах. Вместо телефонных переговоров, например, нередко используются видеоконференции, поскольку они обеспечивают разумный контроль над процессом и способствуют дисциплинированной организации общения, так как участники могут слышать и видеть друг друга,

что вообще имеет большое значение при судебном разбирательстве. Однако, поскольку не все суды располагают такими техническими средствами, желательно делать акцент на способах содействия сношениям, обусловленным потребностями конкретного дела, а не на использовании той или иной технологии.

*с) Выработка правил или процедур сношений между судами*

21. В каждом конкретном случае, в зависимости от конкретной правовой системы и в соответствии с применимым правом, будет желательно определить процедуры, регулирующие сношения между судами, с целью сбалансированного учета интересов различных сторон и обеспечения того, чтобы ни одной из них не был причинен какой-либо существенный вред. Такие процедуры могли бы касаться следующих вопросов: стороны, имеющие право получать уведомление о предлагаемых сношениях (например, все заинтересованные стороны и их юридические представители); лица, которым разрешено участвовать в сношениях, и любые применимые ограничения; вопросы, подлежащие рассмотрению; наличие у сторон одинаковых намерений или понимания в отношении сношений; организация и сроки осуществления сношений; регистрация хода сношений; любые меры, которые будут применяться для защиты материальных и процессуальных прав сторон; язык сношений и любые обусловленные этим потребности в переводе письменных документов или устных переговоров (и кто должен нести административные расходы); приемлемые методы сношений; действия в случае возражений против предполагаемых сношений; а также вопросы конфиденциальности и прозрачности.

22. Чтобы урегулировать некоторые из этих вопросов, суды могут принимать руководящие принципы, подобные Принципам сношений между судами<sup>64</sup>. Такие руководящие принципы обычно имеют целью обеспечить прозрачность сношений между судами и создать условия для сношений между судами разных стран, не внося изменений в применимые национальные нормы или процедуры, а также не затрагивая и не ущемляя материальных прав любой стороны судебного производства.

*i) Время, место и способ сношений*

23. В целом желательно, чтобы сношения осуществлялись в сроки, в месте и способом, взаимно согласованными между судами, управляющими в делах о несостоятельности и другими заинтересованными сторонами, когда это применимо. Такие организационные вопросы не обязательно должны решаться при непосредственном участии судей: к их решению могут быть привлечены соответствующие должностные лица суда.

---

<sup>64</sup>*Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* (Принципы, применимые к сношениям между судами в трансграничных делах), опубликованные Американским юридическим институтом (16 мая 2000 года) и принятые Международным институтом по вопросам несостоятельности (10 июня 2001 года). Размещены по адресу [www.ali.org/doc/Guidelines.pdf](http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf).



*ii) Уведомление о предлагаемых сношениях*

24. При производстве по делам о несостоятельности в отношении многонациональных предпринимательских групп необходимо добиваться баланса между практичностью и удобством сношений и необходимостью обеспечивать доверие к сношениям благодаря открытости и прозрачности процесса. Сношения между судами могут затрагивать интересы различных сторон, и установление личности всех этих сторон, в том числе, например, кредиторов, может быть трудной, если вообще осуществимой задачей. Кроме того, в соответствующих правовых системах могут применяться разные правила направления уведомлений, касающиеся таких вопросов, как сроки и состав получателей (так, не все заинтересованные стороны могут иметь право на получение уведомления по определенным вопросам). Поэтому одна из основных проблем состоит в выяснении того, какие стороны следует в соответствии с действующим законодательством уведомлять о любых предполагаемых сношениях и в каких пределах возможна координация требований различных законов. Отсутствие четких правил относительно порядка решения этого вопроса потенциально может привести к задержкам и снижению стоимости активов, особенно в тех случаях, когда сношения необходимы для того, чтобы урегулировать конфликты или избежать их либо скоординировать действия в отношении конкретных вопросов, таких как продажа активов или представление и проверка требований.

25. Решению проблемы уведомлений в целом может способствовать сотрудничество между различными судами в целях составления списка сторон, которым необходимо направлять уведомления; в этом списке могут быть указаны стороны, имеющие право получать уведомление о любых действиях суда, связанных с производством по делу о несостоятельности, в том числе о сношениях<sup>65</sup>. Координация направления уведомлений может осуществляться при помощи электронной системы или через веб-сайт, что может быть полезным для отслеживания изменений в составе лиц, имеющих право на получение уведомлений в рамках производства по различным делам о несостоятельности – например, в результате уступки или продажи требований, – а также для минимизации расходов, связанных с направлением уведомлений, и для учета различий в законодательстве, регулирующем предоставление уведомлений. В то же время будет необходимо принимать во внимание возможные вопросы, связанные с языком, доступом и конфиденциальностью.

*iii) Право на участие*

26. В целях обеспечения доверия к сношениям и к сторонам, непосредственно в них участвующим, а также в интересах справедливости и прозрачности желательно, чтобы сношения осуществлялись не в формате *ex parte*, а были открыты для участия соответствующих сторон.

27. Однако, как отмечалось выше, необходимо находить баланс между этими требованиями и практическими соображениями, связанными с организацией и

---

<sup>65</sup>См. *Принципы, применимые к сношениям между судами*, принцип 12.

осуществлением сношений. Для этого может потребоваться, чтобы круг участников был ограничен заинтересованными сторонами. Хотя возможны различные подходы к определению того, кто может считаться заинтересованной стороной<sup>66</sup> в конкретных обстоятельствах дела или применительно к конкретным сношениям, в целом можно было бы считать, что в число основных заинтересованных сторон будут входить должник (если он сохраняет права владения) или управляющий в деле о несостоятельности и соответствующий юридический представитель. Общий принцип должен предполагать наличие у заинтересованных сторон права на участие, однако, возможно, было бы целесообразным позволить судам при необходимости определять круг участников конкретных сношений в целях обеспечения управляемости и эффективности процесса.

*iv) Регистрация хода сношений в качестве части протокола производства*

28. В целях дальнейшего повышения прозрачности сношений между судами законодательство о несостоятельности может допускать регистрацию хода любых сношений и составление стенографического отчета о них. Может быть предусмотрено, что этот стенографический отчет является частью протокола производства и, как таковой, должен быть в принципе доступен как минимум участникам сношений и их юридическим представителям или, более широко, в соответствии с правилами, регулирующими доступ к таким судебным протоколам.

*v) Конфиденциальность*

29. В целом сношения между судами, ведущими параллельные производства по делам о несостоятельности в отношении членов многонациональной группы, должны быть максимально прозрачными, чтобы обеспечивать справедливость по отношению к сторонам и не допускать появления стимулов к тому, чтобы стороны принимали защитные меры на случай неблагоприятного исхода. Информацию желательно не рассматривать как конфиденциальную лишь по той причине, что сношения осуществляются в трансграничном контексте.

30. Однако значительная часть информации о должнике и о состоянии его дел, которая подлежит рассмотрению и передаче в процессе производства по делу о несостоятельности с участием многонациональных предпринимательских групп, может носить коммерчески чувствительный или конфиденциальный характер либо быть связанной с обязательствами перед третьими сторонами (например, данные, составляющие коммерческую тайну, информация об исследованиях и разработках и сведения о клиентах). Такая информация может носить особенно чувствительный характер в тех случаях, когда проводятся процедуры реорганизации должника и он нуждается в конфиденциальности

---

<sup>66</sup>Понятие “заинтересованная сторона” разъясняется в пункте 12 *dd*) основного глоссария (*Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. сноску 3, выше), Введение, раздел В).

для сохранения своей способности вести хозяйственную деятельность на рынке и для защиты стоимости активов. Соответственно, использование такой информации, возможно, следует тщательно контролировать, а ее раскрытие надлежащим образом ограничивать, чтобы не допустить ее ненадлежащего использования третьими сторонами.

31. В правовых системах, в которых осуществляется производство по делам о несостоятельности, связанным с членами многонациональной предпринимательской группы, могут существовать различные материальные нормы в отношении конфиденциальности информации и ее раскрытия сторонам. Эти различия придется принимать во внимание при рассмотрении вопроса о трансграничных сношениях и порядке их осуществления и регистрации, с тем чтобы суды могли договориться о защитительных мерах, необходимых для соблюдения норм применимого права.

32. Вопрос о конфиденциальности информации также может быть рассмотрен в соглашении о трансграничной несостоятельности<sup>67</sup>, в котором могут быть установлены условия доступа к этой информации, в том числе использование соглашений о конфиденциальности.

*vi) Затраты на осуществление сношений*

33. Одним из соображений может быть вопрос о затратах на осуществление сношений, в особенности при наличии большого числа затронутых сторон и при использовании видов связи, сопряженных в некоторых государствах с относительно высокими затратами, таких как видеоконференции. Кроме того, сношения могут быть осложнены использованием нескольких языков, если возникнет потребность в письменном переводе документов и устном переводе переговоров, что будет иметь финансовые последствия. Будет важно определить, каким образом эти затраты будут покрываться в рамках соответствующих различных производств или как они будут распределяться между ними. Если речь идет о возмещении издержек определенных сторон, то должна быть установлена ясность в отношении того, как и в какой валюте они будут возмещаться.

*vii) Последствия сношений*

34. Если суд осуществляет сношения с иностранным судом в контексте производства по делу о трансграничной несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности должно быть ясно указано, что сам факт таких сношений не влечет за собой материальных последствий для функций или полномочий суда, рассматриваемых им вопросов и его распоряжений или прав и требований сторон, участвующих в сношениях. Такая оговорка гарантирует сторонам, что сношения между органами, участвующими в производстве по делу о несостоятельно-

---

<sup>67</sup>По вопросу об обязательствах в отношении соблюдения конфиденциальности в рамках производства по делам о несостоятельности см. *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава III, пункты 168–171; см. также *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов* (см. сноску 3, выше), часть вторая, глава III, пункты 28, 52 и 115, и рекомендация 111.

сти, не ущемят их права и не повлияют на полномочия и независимость суда, рассматривающего их дело. Это может снизить вероятность возражений против планируемых сношений и предоставить судам и их представителям более широкие возможности для проявления гибкости в сотрудничестве друг с другом. Кроме того, это может способствовать обеспечению того, чтобы суды и их представители не выходили за рамки своих полномочий в ходе сношений со своими коллегами в других правовых системах. Невзирая на эту оговорку, суды должны иметь возможность достигать прямо выраженной договоренности по ряду вопросов, включая утверждение соглашения о трансграничной несостоятельности.

## *2. Координация в отношении активов и дел должника*

35. При осуществлении производства по делу о трансграничной несостоятельности в отношении предпринимательских групп часто требуется, чтобы в ходе этого производства активы, включенные в имущественную массу в рамках различных дел, продолжали использоваться, реализовываться или отчуждаться. Координация такого использования, реализации и отчуждения позволяет избежать споров и обеспечить, чтобы главной целью, в частности при реорганизации, являлось получение максимальной выгоды для всех заинтересованных сторон. Например, один член предпринимательской группы может служить эксклюзивным поставщиком для другого члена группы или иметь исключительный контроль над ключевым ресурсом, используемым другим членом группы, в силу чего производство по делу о несостоятельности в отношении одного из этих членов группы может иметь существенные последствия для дальнейшего функционирования всей группы. Для координации операций с активами и деловых операций должника может потребоваться участие как судов, так и управляющих в делах о несостоятельности. Некоторые вопросы могут быть решены путем договоренности между управляющими в делах о несостоятельности, тогда как в отношении других может потребоваться специальное разрешение суда.

36. К числу вопросов, подлежащих рассмотрению в целях облегчения такой координации, могут относиться следующие: местонахождение различных активов и определение распространяющейся на них юрисдикции; определение законодательства, регулирующего активы, и сторон, отвечающих за установление порядка их возможного использования или отчуждения (например, управляющий в деле о несостоятельности, суды или, в некоторых случаях, должник), включая необходимые согласования; степень, в которой ответственность за эти активы может совместно возлагаться на различные стороны в разных государствах или распределяться между ними; порядок получения информации о состоянии дел различных должников в разных правовых системах и обмена такой информацией для обеспечения координации и сотрудничества; а также последовательность осуществления производства. Координация может быть уместной при проведении расследований в отношении активов должника, при рассмотрении возможных действий по расторжению сделок и для ограничения возможностей должника по выводу активов из сферы досягаемости суда или управляющего в деле о несостоятельности. Возможно также, что в целях

координации суды должны будут найти оптимальный форум для рассмотрения того или иного конкретного вопроса, такого как продажа или отчуждение определенного актива, и полагаться на решения этого форума в рамках, допустимых законодательством<sup>68</sup>.

### 3. Назначение представителя суда<sup>69</sup>

37. Такое лицо может назначаться судом для облегчения координации производства по делам о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы, проводимого в разных правовых системах. По решению суда на него может возлагаться целый ряд функций, но это лицо не должно рассматриваться как дополнительный управляющий в деле о несостоятельности или заменять собой уже имеющегося управляющего в деле о несостоятельности. Его функции могут включать следующее: посредническая роль в отношениях между соответствующими судами и управляющими в делах о несостоятельности, особенно если возникают вопросы, связанные с языком; составление соглашения о трансграничной несостоятельности в консультации с соответствующими сторонами; содействие согласованному урегулированию проблем в отношениях между сторонами; содействие обмену информацией между различными производствами; и контроль за тем, чтобы уведомления по определенным вопросам, рассматриваемым судами, направлялись всем заинтересованным сторонам (например, другим членам предпринимательской группы, кредиторам и иностранным судам или управляющим в делах о несостоятельности). Суд, производящий назначение, может рассмотреть вопрос о квалификации, необходимой для выполнения соответствующих функций, а также о коллизии интересов и, как правило, определит условия, на которых это лицо будет уполномочено действовать, и сферу возлагаемых на него полномочий. Такое лицо может быть назначено с конкретной целью, например для проведения переговоров по соглашению о трансграничной несостоятельности, или для выполнения ряда более общих функций, о которых упоминалось выше. Этому лицу может быть предписано представлять регулярные отчеты суду или судам, участвующим в производстве, а также сторонам.

### 4. Координация слушаний

38. Слушания, которые в разных случаях могут именоваться совместными, одновременными или скоординированными (“скоординированные слушания”)<sup>70</sup>, способны существенно повысить эффективность параллельных производств по делам о несостоятельности с участием членов многонациональной предпринимательской группы, поскольку они позволяют организовать прямое общение между соответствующими заинтересованными сторонами и предоставляют им возможность обменяться информацией, обсудить и решить существующие

<sup>68</sup>Вопрос о распределении ответственности за определенные действия между различными судами рассматривается в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава II, пункты 18–20; и глава III, пункты 59–74.

<sup>69</sup>См. *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава II, пункты 2 и 3.

<sup>70</sup>Эти виды слушаний рассматриваются в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава III, пункты 154–159.

вопросы или урегулировать потенциальные конфликты, избегая тем самым длительных переговоров и связанных с ними задержек. Однако в отношении таких слушаний следует подчеркнуть, что каждый суд должен принимать свое решение независимо, без влияния со стороны другого суда. Организация таких слушаний может быть относительно простой задачей на национальном уровне в целях обеспечения координации производства в отношении различных членов группы, однако она может оказаться технически весьма сложной на международном уровне из-за использования разных языков и несовпадения часовых поясов, законов, процедур и судебных традиций. Если, например, не будет точно согласована или определена компетенция органов, участвующих в слушаниях, то слушания могут зайти в тупик.

39. Несмотря на потенциальные трудности в организации таких слушаний, они уже проводились между некоторыми государствами, имеющими общий язык и правовую традицию и расположенными в близких часовых поясах, и позволяли успешно решать сложные вопросы к выгоде всех заинтересованных сторон<sup>71</sup>. Подобные слушания могут найти более широкое применение в будущем при наличии соответствующих процедур и защитительных положений, способствующих тщательному планированию и позволяющих избегать осложнений. Такие правила процедуры могли бы, например, касаться организации предшествующих слушаниям заседаний; правил проведения слушаний, в том числе используемого языка и необходимости устного перевода; требований к направлению уведомлений; использования средств связи, позволяющих судам одновременно слышать друг друга; условий, связанных с правом присутствовать в суде и быть заслушанным им; документов, разрешенных к представлению; судов, в которые участники могут обращаться с представлениями; способа подачи документов в суд и возможности ознакомления с ними других судов; вопроса о конфиденциальности; ограничения юрисдикции каждого суда лишь теми сторонами, которые предстают перед ним<sup>72</sup>; и вынесения решений.

40. В некоторых руководящих принципах и соглашениях, касающихся этих видов слушаний, предусмотрено, что в целях оптимального планирования надлежащей организации слушаний судам, их представителям или управляющим в делах о несостоятельности следует связываться со своими иностранными коллегами заблаговременно до проведения слушаний, чтобы согласовать принципиальные решения, касающиеся всех процессуальных, административных и предварительных вопросов. По завершении слушаний соответствующие органы могут продолжить сношения с целью оценить содержание слушаний, обсудить последующие шаги (в том числе проведение дополнительных слушаний), выработать или скорректировать принципы проведения слушаний в будущем,

---

<sup>71</sup>См., например, дела *Quebecor World Inc.*, Montreal Superior Court, Commercial Division (Canada), No. 500-11-032338-085 и United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, No. 08-10152 (2008), а также *Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation*, Alberta Court of Queen's Bench, Case No. 9701-10022 (28 January 1998), и United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Case No. 11-97-14362-MA (28 January 1998); более подробная информация об этих делах приводится в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), приложение I, дела № 36 и 40.

<sup>72</sup>См., например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ (см. сноску 1, выше), статья 10.

рассмотреть возможность или целесообразность вынесения совместных распоряжений и определить, каким образом следует решать те или иные процессуальные вопросы, поднятые в ходе слушаний<sup>73</sup>.

### *Рекомендации 240–245*

#### **Цели законодательных положений**

Цели законодательных положений о сотрудничестве с участием судов в контексте многонациональных предпринимательских групп заключаются в следующем:

- a)* разрешить сотрудничество между судами, занимающимися производством по делам о несостоятельности в отношении различных членов предпринимательской группы в разных государствах;
- b)* разрешить сотрудничество между судами и управляющими в делах о несостоятельности, назначенными для управления этими различными производствами; и
- c)* облегчить и поощрить использование различных форм сотрудничества в целях координации производства по делам о несостоятельности в отношении различных членов предпринимательских групп в разных государствах и установить условия и гарантии, которые должны применяться к этим формам сотрудничества в целях защиты материальных и процессуальных прав сторон, а также полномочий и независимости судов.

#### **Содержание законодательных положений<sup>74</sup>**

*Сотрудничество между судом и иностранными судами или иностранными представителями<sup>75</sup> (пункты 14 и 37)*

240. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить суду, обладающему компетенцией в отношении производства по делу о несостоятельности члена предпринимательской группы, сотрудничать в максимально возможной степени с иностранными судами или иностранными представителями, будь то непосредственно или через управляющего в деле о несостоятельности или иное лицо, назначенное для совершения действий по указанию суда, в целях облегчения координации этого производства и производств по делам о несостоятельности, открытых в других государствах в отношении членов той же предпринимательской группы.

<sup>73</sup>См. также *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава II, пункт 15, и глава III, пункты 154–159; *Принципы, применимые к сношениям между судами* (см. сноску 64, выше), принцип 9 *e*).

<sup>74</sup>Эти рекомендации в отношении сотрудничества сформулированы как диспозитивные, а не директивные, и согласуются с соответствующими положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ (см. сноску 1, выше): пунктом 1 статьи 25 и пунктом 1 статьи 26.

<sup>75</sup>Определение термина “иностраный представитель” см. сноску 57.

**Рекомендации 240–245 (продолжение)***Максимально возможное сотрудничество с участием судов (пункт 14)*

241. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что максимально возможное сотрудничество между судом и иностранными судами или иностранными представителями осуществляется любыми надлежащими способами, включая, например, следующие:

*a)* передача информации с помощью любых средств, которые суд сочтет надлежащими, включая предоставление иностранному суду или иностранному представителю копий изданных судом документов или документов, которые были поданы или должны быть поданы в суд и касаются членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, либо участие в сношениях с иностранным судом или иностранным представителем;

*b)* координация управления деловыми операциями членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, и надзора за ними;

*c)* назначение лица или учреждения, которое будет совершать действия по указанию суда; и

*d)* утверждение или осуществление соглашений по вопросу о координации производства по делам о несостоятельности в соответствии с рекомендацией 254.

*Прямые сношения между судом и иностранными судами или иностранными представителями<sup>76</sup> (пункты 15–20)*

242. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить суду, обладающему компетенцией в отношении производства по делу о несостоятельности члена предпринимательской группы, вступать в непосредственные сношения с иностранными судами или иностранными представителями или запрашивать информацию или содействие непосредственно у иностранных судов или иностранных представителей в связи с этим производством и производствами по делам о несостоятельности, открытыми в других государствах в отношении членов той же предпринимательской группы, с целью содействия координации этих производств.

*Условия, применимые к трансграничным сношениям с участием судов (пункты 21–33)*

243. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что сношения между судами, а также между судами и иностранными представителями должны осуществляться на следующих условиях:

*a)* время, место и средства сношений должны быть согласованы между судами или между судами и иностранными представителями;

*b)* о любых планируемых сношениях должно быть представлено уведомление заинтересованным сторонам в соответствии с применимым законодательством;

<sup>76</sup>См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ (см. сноску 1, выше), пункт 2 статьи 25 и пункт 2 статьи 26.



*c)* управляющий в деле о несостоятельности должен иметь право лично участвовать в осуществлении сношений. Заинтересованная сторона может участвовать в осуществлении сношений в соответствии с применимым законодательством и тогда, когда суд сочтет это уместным;

*d)* по указанию судов может вестись запись и могут составляться письменные стенограммы сношений. Эти стенограммы могут рассматриваться в качестве официальных стенографических отчетов о сношениях и включаться в протоколы производства;

*e)* сношения следует считать конфиденциальными только в исключительных случаях, в той мере, в какой суды считают это целесообразным, и в соответствии с применимым законодательством; и

*f)* в ходе сношений следует соблюдать императивные нормы правовых систем, участвующих в сношениях, а также материальные и процессуальные права заинтересованных сторон, в частности конфиденциальность информации.

#### *Последствия сношений (пункт 34)*

244. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что сношения с участием судов не обуславливают каких-либо предположений о следующем:

*a)* ущемление каких-либо полномочий, функций или компетенции суда или его отказ от них;

*b)* определение материального характера по любому вопросу, рассматриваемому данным судом;

*c)* отказ какой-либо из сторон от каких-либо своих материальных прав или требований; или

*d)* ослабление последствий какого-либо постановления, вынесенного данным судом.

#### *Координация слушаний (пункты 38–40)*

245. В законодательстве о несостоятельности суду может быть разрешено проводить слушания в координации с иностранным судом. В случае координации слушаний могут устанавливаться определенные условия, имеющие целью защитить материальные и процессуальные права сторон и юрисдикцию каждого суда. Эти условия могут касаться правил проведения слушаний; требований к направлению уведомлений; используемых средств связи; условий, связанных с правом присутствовать в суде и быть заслушанным им; способа подачи документов в суд и возможности ознакомления с ними иностранного суда; и ограничения юрисдикции каждого суда лишь теми сторонами, которые предстают перед ним<sup>77</sup>. Независимо от координации слушаний, каждый суд по-прежнему несет ответственность за принятие своего собственного решения по вопросам, переданным ему на рассмотрение.

<sup>77</sup>См. также Типовой закон ЮНСИТРАЛ (см. сноску 1, выше), статья 10.

## **D. Формы сотрудничества с участием управляющих в делах о несостоятельности**

### *1. Содействие сотрудничеству*

41. Как отмечалось в пункте 35 главы III части второй, управляющий в деле о несостоятельности играет центральную роль в обеспечении эффективного и действенного выполнения законодательства о несостоятельности и несет ответственность за повседневное управление имущественной массой несостоятельного должника. Таким образом, управляющие в делах о несостоятельности будут играть ключевую роль в обеспечении успешной координации множественных производств в отношении членов предпринимательской группы посредством сотрудничества друг с другом и с соответствующими судами. Чтобы выполнить эти функции, управляющий в деле о несостоятельности, так же как и суд, должен обладать соответствующими полномочиями для выполнения необходимых задач, например для обмена информацией, координации повседневного управления делами должника и надзора за ними и заключения соглашений о трансграничной несостоятельности.

42. Как было указано выше, такие договоренности о сотрудничестве и координации не умаляют и не отменяют обязанностей управляющего в деле о несостоятельности, предусмотренных законом, в соответствии с которым он был назначен.

#### ***Рекомендации 246–250***

##### **Цели законодательных положений**

Цели законодательных положений о сотрудничестве между управляющими в делах о несостоятельности и между управляющими в делах о несостоятельности и иностранными судами в контексте многонациональных предпринимательских групп заключаются в следующем:

*a)* разрешить и поощрить сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности, назначенными для управления производством по делам о несостоятельности в отношении различных членов предпринимательской группы в разных государствах, а такое сотрудничество между этими управляющими и иностранными судами; и

*b)* облегчить и поощрить использование различных форм сотрудничества между управляющими в делах о несостоятельности и между ними и иностранными судами и установить условия и гарантии, которые должны применяться к этим формам сотрудничества в целях защиты материальных и процессуальных прав заинтересованных сторон.

### Содержание законодательных положений

#### *Сотрудничество между управляющим в деле о несостоятельности и иностранными судами*

246. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности, назначенному для управления производством по делу о несостоятельности в отношении члена предпринимательской группы, сотрудничать в максимально возможной степени при исполнении своих функций и под надзором суда с иностранными судами в целях содействия координации этого производства и производств по делам о несостоятельности, открытых в других государствах в отношении членов той же предпринимательской группы.

#### *Сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности*

247. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности, назначенному для управления производством по делу о несостоятельности в отношении члена предпринимательской группы, сотрудничать в максимально возможной степени при исполнении своих функций и под надзором суда с иностранными представителями<sup>78</sup>, назначенными для управления производствами по делам о несостоятельности, открытыми в других государствах в отношении членов той же предпринимательской группы, с целью содействия координации этих производств.

#### *Прямые сношения между управляющим в деле о несостоятельности и иностранными судами*

248. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности, назначенному для управления производством по делу о несостоятельности в отношении члена предпринимательской группы, вступать при исполнении своих функций и под надзором суда в непосредственные сношения с иностранными судами или запрашивать информацию или содействие непосредственно у иностранных судов в связи с этим производством и производствами по делам о несостоятельности, открытыми в других государствах в отношении членов той же предпринимательской группы, с целью содействия координации этих производств.

#### *Прямые сношения между управляющими в делах о несостоятельности*

249. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности, назначенному для управления производством по делу о несостоятельности члена предпринимательской группы, вступать при исполнении своих функций и под надзором суда в непосредственные сношения с иностранными представителями, назначенными для управления производствами по делам о несостоятельности, открытыми в других государствах в отношении членов той же предпринимательской группы по вопросам, касающимся этих производств, с целью содействия координации этих производств.

<sup>78</sup>См. сноску 57, в которой приводится определение иностранного представителя, распространяющееся на управляющих в делах о несостоятельности, назначаемых на временной основе.

**Рекомендации 246–250 (продолжение)**

*Максимально возможное сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности*

250. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что максимально возможное сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности осуществляется любыми надлежащими способами, включая следующие:

a) обмен информацией и раскрытие информации, касающейся членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, при условии принятия надлежащих мер для защиты конфиденциальной информации;

b) использование соглашений о трансграничной несостоятельности<sup>79</sup> в соответствии с рекомендацией 253;

c) распределение функций между управляющими в делах о несостоятельности, включая вопрос о выполнении одним из управляющих в деле о несостоятельности функций координатора;

d) координация управления делами и надзора за делами членов предпринимательской группы, в отношении которых открыто производство по делу о несостоятельности, включая продолжение обычной коммерческой деятельности предприятия в случае его сохранения; привлечение финансирования после открытия производства; обеспечение сохранности активов; использование и реализацию активов; осуществление полномочий по расторжению сделок; сношения с кредиторами и собрания кредиторов; представление и признание требований, в том числе внутригрупповых, и распределение средств среди кредиторов; и

e) координацию в отношении представления и согласования планов реорганизации.

## *2. Назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности*

43. Вопрос о поощрении координации может решаться также через назначение управляющего в деле о несостоятельности: речь идет, например, о рассмотрении вопроса о назначении единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для управления множественными производствами, затрагивающими членов одной и той же группы в разных государствах, если соответствующее лицо (будь то физическое или юридическое) отвечает применимым местным требованиям (относительно внутреннего производства см. главу II, пункты 139–145, выше). Наряду с возможными преимуществами такого решения применительно к множественным производствам в одной стране в международном контексте это может существенно облегчить сотрудничество между разными производствами и реорганизацию группы в целом.

44. Как уже отмечалось применительно к производству внутри страны, при принятии решения о целесообразности назначения единого или одного и того

<sup>79</sup>В *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше) обобщается практика в деле использования и заключения таких соглашений, в том числе обсуждаются вопросы, которые обычно в них регулируются.

же управляющего в деле о несостоятельности необходимо принимать во внимание особенности группы, включая степень интеграции ее членов и структуру ее коммерческих операций. Кроме того, весьма желательно, чтобы любое лицо, назначаемое на эту должность, обладало надлежащим опытом и знаниями (см. часть вторая, глава III, пункты 36–47, особенно пункт 39) по вопросам трансграничной несостоятельности и чтобы его опыт и знания были тщательно проанализированы перед назначением на предмет их применимости к тем членам группы, о которых идет речь, и к той деятельности, которую они осуществляют. Желательно также, чтобы единый или один и тот же управляющий в деле о несостоятельности назначался для управления делами двух или более членов группы только в тех случаях, когда это отвечает интересам производства по делу о несостоятельности.

45. В случаях, когда имеется возможность назначать таких лиц, на них распространяется национальное законодательство государства, в котором они назначаются, в частности, в том, что касается квалификации, лицензирования (где это применимо), полномочий и обязанностей, а также надзора со стороны суда. Соответственно, на такого управляющего в деле о несостоятельности будут распространяться те же требования, что и на местного управляющего в деле о несостоятельности, назначенного в одном из этих государств.

46. Речь может идти о назначении физического лица, отвечающего необходимым квалификационным требованиям для того, чтобы совершать действия в разных государствах, или юридического лица, которое привлекало бы или имело в качестве сотрудников лиц, отвечающих квалификационным требованиям, предъявляемым к управляющим в делах о несостоятельности в различных государствах. Хотя в целом круг отвечающих таким квалификационным требованиям кандидатов может оказаться довольно узким, практические возможности для такого варианта действий в некоторых регионах, где такие назначения более распространены, постоянно расширяются, что также происходит в результате глобализации торговли и сферы услуг<sup>80</sup>.

47. В случае принятия такого подхода может возникнуть необходимость рассмотреть вопрос о положениях, направленных на предупреждение потенциальной коллизии интересов. Такая коллизия интересов может возникнуть, если у членов группы, которых представляет единый управляющий в деле о несостоятельности, имеются несовпадающие интересы в конкретном вопросе, например, в том, что касается предоставления финансирования после открытия производства или проверки и принятия требований, особенно внутригрупповых, или если обязательства управляющего в деле о несостоятельности в соответствии с законодательством о несостоятельности разных государств вступают в прямое противоречие друг с другом. В этих случаях можно использовать такой же подход, как и тот, который описан выше применительно к назначению единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности во внутреннем контексте (глава II, пункт 144, выше, и рекомендация 233).

---

<sup>80</sup> См. *Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава III, пункт 10 j), где говорится о делах, касающихся Гонконга, Китая, а также Британских Виргинских островов и Бермудских островов.

### **Рекомендации 251 и 252**

#### **Цели законодательных положений**

Цели законодательных положений о назначении управляющего в деле о несостоятельности в контексте многонациональных предпринимательских групп заключаются в том, чтобы в интересах обеспечения эффективного и действенного управления производством по делам о несостоятельности в отношении членов одной и той же предпринимательской группы в различных государствах

*a)* предусмотреть в тех случаях, когда суд определяет, что это отвечает наилучшим интересам соответствующего производства по делу о несостоятельности, возможность назначения единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для управления множественными производствами; и

*b)* урегулировать любую коллизию интересов, которая может возникнуть при назначении единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности.

#### **Содержание законодательных положений**

*Назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности (пункты 43–46)*

251. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить суду, в соответствующих случаях, координировать свои действия с иностранными судами в связи с назначением единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности для управления производством по делам о несостоятельности в отношении членов одной и той же предпринимательской группы в разных государствах, при условии что этот управляющий в деле о несостоятельности отвечает квалификационным требованиям, предъявляемым к такому назначению в каждом из соответствующих государств. В той мере, в какой это требуется применимым законодательством, такой управляющий в деле о несостоятельности действует под надзором каждого из назначивших его судов.

*Коллизия интересов (пункт 47)*

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

## **Е. Использование соглашений о трансграничной несостоятельности**

48. Занимающиеся вопросами несостоятельности специалисты, столкнувшись в повседневной практике с необходимостью рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности и пытаясь координировать управление производ-

ством по таким делам в условиях, когда практика принятия национальных или международных законов, облегчающих решение этих вопросов, не получила широкого распространения, разработали соглашения о трансграничной несостоятельности, которые подробно рассматриваются в *Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ*. Они предназначены для разрешения вопросов, возникающих в связи с трансграничными делами, с тем чтобы содействовать их урегулированию на основе межюрисдикционного сотрудничества между судами, должниками и другими заинтересованными сторонами с целью обеспечения эффективности работы и повышения результативности для кредиторов в потенциально конкурирующих правовых системах. Их использование действительно может снизить судебные издержки и позволяет сторонам сосредоточить усилия на ведении производства по делу о несостоятельности, а не на урегулировании коллизий норм права или аналогичных спорных вопросов. Кроме того, помимо внесения ясности в ожидания сторон такие соглашения могут помочь сохранить активы должника и максимизировать их стоимость. В соответствии с практикой, принятой на сегодняшний день, такие соглашения, как правило, подлежат утверждению судами, однако они также могут нуждаться в утверждении кредиторами или комитетами кредиторов либо действовать в качестве частных договоров между подписавшими их сторонами<sup>81</sup>.

49. Соглашения о трансграничной несостоятельности обычно заключаются в целях содействия международному сотрудничеству и координации множественных производств по делам о несостоятельности в разных государствах. Как правило, они призваны помочь в управлении производством по таким делам и преследуют цель согласования процессуальных, а не материально-правовых вопросов, возникающих в отношении между соответствующими правовыми системами (хотя в некоторых ограниченных случаях могут также затрагиваться и материально-правовые вопросы). Эти соглашения различаются по форме (письменной или устной) и сфере охвата (от общей до конкретной) и могут заключаться различными сторонами. В простых соглашениях общего характера может подчеркиваться необходимость в тесном сотрудничестве между сторонами, не затрагивая конкретных вопросов, а в более детальных, конкретных соглашениях может закладываться принципиальная основа для управления множественными производствами по делам о несостоятельности.

50. Такие соглашения можно рассматривать как договоры между подписавшими их сторонами, а в тех случаях, когда они утверждены судом, они могут приобретать правовой статус судебного постановления. Эти соглашения могут касаться одного или нескольких вопросов, причем ничто не мешает сторонам заключить несколько соглашений по мере продвижения производства, с тем чтобы учесть различные его аспекты. Иногда, например, при открытии производства по делу о несостоятельности в соглашениях рассматриваются общие принципы сношений и сотрудничества, а затем, на более позднем этапе, заключаются конкретные соглашения относительно процедур, связанных с требованиями. Таким образом, заключение соглашений о трансграничной несостоятельно-

---

<sup>81</sup>*Практическое руководство ЮНСИТРАЛ* (см. сноску 2, выше), глава III, пункты 31–33.

сти не ограничено каким-либо сроком, например периодом до начала производства. Хотя заключать такие соглашения, несомненно, целесообразнее на начальном этапе производства, чтобы выразить имеющиеся ожидания и внести ясность, они могут заключаться и позднее, когда возникнут конкретные вопросы, указывающие на необходимость сотрудничества. Кроме того, в уже заключенные соглашения могут вноситься изменения при условии соблюдения содержащихся в соглашении положений об их внесении.

51. Как отмечалось выше, соглашения о трансграничном сотрудничестве могут включать либо только общие принципы, касающиеся порядка сотрудничества и координации, либо также и положения, касающиеся конкретных аспектов, в зависимости от потребностей в связи с конкретным делом и вопросов, подлежащих урегулированию. В этих соглашениях, как правило, регулируются следующие вопросы или некоторые из них:

*a)* распределение ответственности за различные аспекты ведения и организации производства между различными участвующими судами и между управляющими в делах о несостоятельности, включая ограничение полномочий на совершение действий без одобрения других судов или управляющих в делах о несостоятельности;

*b)* возможности предоставления и координация судебной помощи;

*c)* координация изъятия активов в интересах кредиторов в целом, если предъявляются требования применительно к активам члена группы, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности в другом государстве;

*d)* представление и режим требований;

*e)* использование активов и распоряжение ими;

*f)* методы сношений, включая язык, периодичность и средства;

*g)* направление уведомлений;

*h)* координация и согласование планов реорганизации;

*i)* вопросы, непосредственно касающиеся соглашения, включая внесение изменений и прекращение действия, толкование, сохранение силы и урегулирование споров;

*j)* организация производства, в частности в связи с введением мораториев или договоренностью между сторонами о несоблюдении определенных правовых действий;

*k)* выбор применимого права в отношении вопросов, допускающих применение различных норм;

*l)* распределение ответственности между сторонами соглашения;



- т) издержки и сборы; и
- н) защитительные меры.

52. Предусматриваемые защитительные меры обычно имеют целью обеспечить, чтобы ни одно из положений соглашения не ущемляло независимости и полномочий суда и не вело к отступлению от публичного порядка и применимого права, в частности в отношении любых обязательств управляющего в деле о несостоятельности или сторон, в том числе должника.

53. Такие соглашения получают все большее распространение, особенно в некоторых странах, и успешно используются в различных ситуациях, например когда речь идет о параллельных производствах по делам о реорганизации и ликвидации в разных государствах; основном и неосновном производстве, как они определены в Типовом законе ЮНСИТРАЛ<sup>82</sup>; и параллельных производствах по делам о несостоятельности и делам, не связанным с несостоятельностью, в разных государствах. Однако следует отметить, что, хотя законодательство некоторых стран о несостоятельности может разрешать судам утверждать трансграничные соглашения в отношении одного и того же должника (например, на основании положений, аналогичных статье 27 Типового закона), такое разрешение не обязательно распространяется на использование подобных соглашений в контексте группы. Для содействия глобальному разрешению финансовых трудностей группы (будь то в рамках глобальной реорганизации или при сочетании различных процедур) может потребоваться заключение соглашения о координации множественных производств в разных государствах в отношении различных должников, являющихся членами одной группы. Во многих законах, возможно, отсутствуют положения, наделяющие суд правом утверждать или признавать соглашение, касающееся не только должников, подпадающих под его юрисдикцию, но и должников, на которых она не распространяется, хотя они и являются членами одной и той же предпринимательской группы.

54. В этой связи желательно, чтобы в целях совершенствования трансграничного сотрудничества законодательство о несостоятельности разрешало соответствующим сторонам – управляющим в делах о несостоятельности и другим заинтересованным сторонам – заключать соглашения о трансграничной несостоятельности в отношении различных членов группы в разных государствах и уполномочивало суды утверждать или осуществлять их, с учетом наличия группового контекста. Следует отметить, что в разных государствах могут существовать различные требования в отношении формы, которые необходимо будет соблюдать, чтобы такие соглашения имели силу в соответствующих правовых системах.

---

<sup>82</sup>Определения этих терминов см. сноски 60 и 61.

### **Рекомендации 253 и 254**

#### **Цели законодательных положений**

Цели законодательных положений, касающихся соглашений о трансграничном сотрудничестве, заключаются в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности:

*a)* была предусмотрена возможность использования таких соглашений для содействия сотрудничеству в рамках производств по делам о несостоятельности, ведущихся в разных государствах в отношении членов одной и той же предпринимательской группы; и

*b)* были предусмотрены полномочия судов утверждать такие соглашения в соответствующих случаях.

#### **Содержание законодательных положений**

*Полномочия заключать соглашения о трансграничной несостоятельности (пункты 48, 50, 53 и 54)*

253. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить управляющему в деле о несостоятельности и другим заинтересованным сторонам заключать соглашения о трансграничной несостоятельности, касающиеся двух или более членов предпринимательской группы в разных государствах, в целях содействия координации производств по делам о несостоятельности в отношении этих членов группы.

*Утверждение или осуществление соглашений о трансграничной несостоятельности (пункты 53 и 54)*

254. В законодательстве о несостоятельности следует разрешить суду утверждать или осуществлять соглашения о трансграничной несостоятельности, касающиеся двух или более членов предпринимательской группы в разных государствах, в целях содействия координации производств по делам о несостоятельности в отношении этих членов группы.

## Приложение IV

### Решение Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли относительно части третьей и резолюция 65/24 Генеральной Ассамблеи

#### *А. Решение Комиссии*

На своем 918-м заседании 1 июля 2010 года Комиссия приняла следующее решение:

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

*признавая, что эффективные режимы несостоятельности все чаще рассматриваются как средство стимулирования экономического развития и инвестирования, а также активизации предпринимательской деятельности и сохранения занятости,*

*отмечая, что, поскольку корпорации все чаще осуществляют свою коммерческую деятельность как на национальном, так и на международном уровне через предпринимательские группы, образование предпринимательских групп становится характерным признаком мировой экономики в процессе ее нарастающей глобализации и поэтому имеет важное значение для международной торговли и коммерческой деятельности,*

*признавая, что в случае банкротства предпринимательской группы важно не только знать, каков будет режим таких групп в ходе производства по делу о несостоятельности, но и предусмотреть, чтобы их режим не затруднял, а, наоборот, способствовал ведению такого производства оперативным и эффективным образом,*

*сознавая, что очень немногие государства признают предпринимательские группы в качестве юридических лиц, за исключением случаев, когда это делается в конкретных целях с определенными ограничениями, и что всеобъемлющий режим предпринимательских групп при несостоятельности существует в очень немногих государствах, если таковые вообще имеются,*

*отмечая, что, хотя Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности<sup>а</sup> создает хорошую*

---

<sup>а</sup>Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

основу для унификации законодательства о несостоятельности и относится к числу ключевых элементов современной базы коммерческого права, в нем не рассматривается вопрос о несостоятельности предпринимательских групп,

*напоминая* о предоставленном Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) мандате дополнить *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* положениями, касающимися режима предпринимательских групп при несостоятельности,

*с удовлетворением отмечая* поддержку и участие международных межправительственных и неправительственных организаций, занимающихся вопросами реформы законодательства о несостоятельности, в деле разработки дополнительной части *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности*, касающейся режима предпринимательских групп,

*выражая признательность* Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) за ее усилия по разработке части третьей *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности*, касающейся режима предпринимательских групп при несостоятельности,

1. *принимает* часть третью *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности*, состоящую из текста документов A/AC.9/WG.V/WP.92 и Add.1 и пересмотренного текста, согласованного Рабочей группой на ее тридцать восьмой сессии (изложенного в документах A/CN.9/691 и A/CN.9/708), с поправками, принятыми Комиссией на ее текущей сессии, и поручает Секретариату отредактировать и окончательно доработать текст части третьей *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* в свете проведенных Комиссией обсуждений;

2. *просит* Генерального секретаря препроводить текст части третьей *Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* правительствам и другим заинтересованным органам;

3. *рекомендует* всем государствам применять *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* с целью оценки экономической эффективности своих правовых режимов несостоятельности и благоприятным образом рассматривать *Руководство* при пересмотре или принятии законодательства о несостоятельности и предлагает государствам, которые использовали *Руководство*, уведомить об этом Комиссию;

4. *рекомендует также* всем государствам продолжать изучать вопрос об осуществлении *Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности*<sup>b</sup>;

---

<sup>b</sup>Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.3.

5. *рекомендует* судьям, специалистам-практикам по вопросам несостоятельности и другим заинтересованным лицам, участвующим в производстве по делам о трансграничной несостоятельности, и впредь уделять должное внимание *Практическому руководству ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности*".

## *В. Резолюция 65/24 Генеральной Ассамблеи*

2. Шестого декабря 2010 года Генеральная Ассамблея приняла следующую резолюцию:

### **“Часть третья Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности**

*Генеральная Ассамблея,*

*ссылаясь* на свою резолюцию 2205 (XXI) от 17 декабря 1966 года, которой она учредила Комиссию Организации Объединенных Наций по праву международной торговли с целью содействовать прогрессивному согласованию и унификации права международной торговли в интересах всех народов, в особенности развивающихся стран,

*ссылаясь также* на свою резолюцию 59/40 от 2 декабря 2004 года, в которой она рекомендовала использовать *Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности*<sup>6</sup>,

*признавая*, что эффективные режимы несостоятельности все чаще рассматриваются как средство стимулирования экономического развития и инвестирования, а также активизации предпринимательской деятельности и сохранения занятости,

*отмечая*, что, поскольку корпорации все чаще осуществляют свою коммерческую деятельность как на национальном, так и на международном уровне через предпринимательские группы, образование предпринимательских групп становится характерным признаком мировой экономики в процессе ее нарастающей глобализации и поэтому имеет важное значение для международной торговли и коммерческой деятельности,

*признавая*, что в случае банкротства предпринимательской группы важно не только знать, каков будет режим таких групп в ходе производства по делу о несостоятельности, но и предусмотреть, чтобы их режим не затруднял, а, наоборот, способствовал ведению такого производства оперативным и эффективным образом,

*сознавая*, что очень немногие государства признают предпринимательские группы в качестве юридических лиц, за исключением случаев, когда это

---

<sup>6</sup>Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.05.V.10.

делается в конкретных целях с определенными ограничениями, и что всеобъемлющий режим предпринимательских групп при несостоятельности существует в очень немногих государствах, если таковые вообще имеются,

*отмечая, что в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности – хотя оно и представляет собой хорошую основу для унификации законодательства о несостоятельности и относится к числу ключевых элементов современной базы коммерческого права – не рассматривается вопрос о несостоятельности предпринимательских групп,*

*с удовлетворением отмечая поддержку и участие международных неправительственных и неправительственных организаций, занимающихся вопросами реформы законодательства о несостоятельности, в деле разработки дополнительной части Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, касающейся режима предпринимательских групп при несостоятельности,*

1. *выражает признательность Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли за разработку и принятие части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, касающейся режима предпринимательских групп при несостоятельности<sup>4</sup>;*

2. *просит* Генерального секретаря препроводить текст части третьей Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности правительствам и другим заинтересованным органам;

3. *рекомендует* всем государствам применять Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности с целью оценки экономической эффективности своих правовых режимов несостоятельности и благоприятным образом рассматривать Руководство при пересмотре или принятии законодательства о несостоятельности, а также предлагает государствам, которые использовали Руководство, уведомить об этом Комиссию;

4. *рекомендует также* всем государствам продолжать изучать вопрос об осуществлении Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности<sup>5</sup>;

5. *рекомендует далее* судьям, специалистам-практикам по вопросам несостоятельности и другим заинтересованным лицам, участвующим в производстве по делам о трансграничной несостоятельности, и впредь уделять должное внимание *Практическому руководству ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности*<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>См.: *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (А/65/17)*, глава V.

<sup>5</sup>Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.99.V.3.



Издание Организации Объединенных Наций  
Отпечатано в Австрии



V.12-51341—August 2012—125