

12. КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО; ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО (СПЕЦИАЛЬНОСТЬ 12.00.07)

12.1. ПРИМЕНЕНИЕ В США КОНЦЕПЦИИ «СУБСТАНТИВНОЙ КОНСОЛИДАЦИИ» В ДЕЛАХ О БАНКРОТСТВЕ КОРПОРАТИВНОЙ ГРУППЫ

Одинцов С. В., канд. юрид. наук, доцент кафедры гражданского права и процесса и международного частного права
Место работы: Юридический институт РУДН

osvmoscow@ya.ru

Аннотация: статья посвящена сравнительно-правовому анализу законодательства США в части особенностей специального режима «субстантивной консолидации» активов должника в рамках процедур несостоятельности (банкротства) корпоративных групп. В статье рассматриваются тенденции правового регулирования защиты прав и интересов кредиторов с учетом продолжниковой характеристики американского конкурсного права. Автором сформулированы выводы о положительном результате для кредиторов использования «субстантивной консолидации» в части справедливого распределения активов должника.

Ключевые слова: законодательство о несостоятельности (банкротстве); процедуры несостоятельности (банкротства); специализированные юридические лица; корпоративная группа; доктрина приподнятия/прокола корпоративной завесы (вуали); субстантивная консолидация.

USA CONCEPTS APPLICATION OF SUBSTANTIVE CONSOLIDATION INTO THE CORPORATE BANKRUPTCY SECTOR

Odincov S. V., PhD in law, associate Professor of Civil Procedural Law of the Department of Civil and Civil Procedural Law and Private International Law

Work place: the Law Institute of the RUDN University

osvmoscow@ya.ru

Annotation: the article is devoted to the comparative legal analysis of the USA' legislation in terms of the special regime of «substantive consolidation» of the debtor's assets in the framework of insolvency of corporate groups. The article discusses the tendencies of legal regulation of protection of creditors' rights and interests taking into account the continuing characteristics of the USA' bankruptcy law. The author formulates conclusions about the positive result for creditors of the use of «substantive consolidation» in terms of the fair distribution of the debtor's assets.

Keywords: insolvency (bankruptcy) law; insolvency (bankruptcy) procedures; special purpose corporate entities; corporate group; doctrine piercing the corporate veil; substantive consolidation.

Проблемность проведения процедур несостоятельности осложняется при наличии транснационального фактора, и коллизия не только в приоритетности применения норм права соответствующей юрисдикции и в определении подсудности, но и в концептуальном содержании законодательства о несостоятельности (банкротстве) соответствующего государства, то есть либо *прокредиторская* направленность, либо *продолжниковая*¹.

По мере масштабирования предпринимательской деятельности, как правило, расширяется и его организационно-правовая корпоративная структура, редкий случай для крупного бизнеса, когда используется всего одно юридическое лицо, выполняющее как операционную функцию, так функцию аккумуляции активов. Иногда используются формально аффилированные дочерние компании с ограничен-

ной ответственностью (limited liability companies/LLC), партнерства (partnerships/LLP, не являющиеся де-юре юридическими лицами), а для определенных целей создаются и используются формально неаффилированные так называемые специализированные юридические лица («special purpose corporate entities»).

Соответственно в ситуации, при которой в рамках крупной и многоуровневой корпоративной структуры (группы) одна из компаний («бизнес единица») подает заявление о банкротстве, то суд должен решить фундаментальный вопрос – являются ли эти субъекты юридически самостоятельными и возможно ли консолидировать их активы.

«Субстантивная (существенная, материальная) консолидация» в буквальном смысле обычно понимается как концепция законодательства США о банкротстве, суть которой можно охарактеризовать следующим образом. «Субстантивная консолидация» – это объединение активов и обязательств технически различных корпоративных образований. При этом требования компаний-должников друг к другу аннулируются,

¹ См.: Одинцов С.В. Гармонизация регулирования процедур трансграничного банкротства в странах Европейского союза – С.109; Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского -М., Издательство РУДН 2014.

активы всех должников рассматриваются как общие активы и требования в отношении любого из должников рассматриваются как против общего фонда (конкурсной массы).

В части доктринального обоснования была сформулирована презумпция «субстантивной консолидации» активов и обязательств всех дочерних компаний материнской компании, находящихся в полной собственности должника. Характер этой презумпции делает предлагаемое правило весьма консервативным. Во-первых, это правило касается очень небольшого процента случаев корпоративных банкротств (примерно не более десяти процентов), во-вторых, это правило консолидирует только полностью принадлежащие дочерние компании; при этом ожидается, что прав кредиторов с необеспеченными требованиями предотвратит использование активов дочерних компаний, принадлежащих должнику, исключительно в качестве судебно-процессуального средства защиты. Таким образом, поскольку это правило налагает ответственность только на корпоративную группу в случае банкротства, оно применяется только для смягчения очевидных издержек диверсификации удовлетворения требований кредиторов.

Стоит отметить, что при отсутствии особой теоретической основы американские суды по делам о банкротстве используют формулировку, сходную с доктриной «приподнятия/прокола корпоративной завесы (вуали)» («piercing the corporate veil»), но доктрины довольно сильно различаются, так как последняя предполагает объединение активов по вертикали (например, «материнские» и «дочерние» компании), а при «субстантивной консолидации» – предполагается горизонтальное объединение активов должников (например, «дочерние» и «дочерние» компании).

Полномочия суда по делам о банкротстве в отношении «субстантивной консолидации» основываются на нормах статутного права (statutory/statute law) и права справедливости (equity law/law of equity).

Тем не менее, суды по делам о банкротстве также располагают другими средствами для объединения формально обособленных юридических лиц более ограниченными способами. Во-первых, хотя эффективное управление часто является аргументом в пользу «субстантивной консолидации», стороны могут воспользоваться преимуществами консолидированной администрации вне «субстантивной консолидации» посредством более консервативного предложения о совместном управлении или «процедурной консолидации». Все определяется целесообразностью совместного управления банкротствами материнской компании и ее дочерних компаний, однако, ходатайство о совместном управлении наблюдается гораздо реже, чем ходатайство о «субстантивной консолидации». Также и «процедурная или административная консолидация» редко используются при банкротстве крупных корпоративных групп (holdings).

Необходимо выделить схожие правовые конструкции и связанные в определенной части с доктриной «субстантивной консолидации»: «условная консолидация» и «частичная консолидация».

Так при «условной консолидации» объединение происходит в контексте реорганизации; для целей голосования, распределения и/или ограничения требования оцениваются так, как если бы формально обособленные субъекты были консолидированы; однако реорганизованная корпоративная группа, возникшая в результате банкротства, не консолидируется и может сохранить свою предбанкротную структуру. Что ка-

сается прав кредиторов и долгов корпоративной группы до банкротства, то, как правило, не существует разницы между «условной консолидацией» и обычной «субстантивной консолидацией». Дополнительное преимущество «условной консолидации» заключается в сохранении отдельных юридических лиц различных дочерних компаний во время и после реорганизации для целей налогообложения, в целях регулирования, для обеспечения финансирования после подачи заявления или для более легкой продажи группы активов в соответствии с планом.

Особенность «частичной консолидации» проявляется в том, что некоторые суды постановили, что, даже если условия являются правильными для «субстантивной консолидации», кредитор, который может доказать, что он фактически и разумно полагался на отделение должника от общей корпоративной группы, тем самым может урегулировать свои требования исключительно за счет активов этого юридического лица. Таким образом, при распределении активов при ликвидации или в соответствии с планом суд резервирует активы дочерней компании в пользу того подавшего возражение кредитора, требования которого удовлетворяются из активов данного должника. При «частичной консолидации» обычно требуется от суда проведение оценки того, каким было бы удовлетворение требований кредитора, возражающего против консолидации, если бы не консолидация не осуществлялась. Тем самым следует рассматривать «частичную консолидацию» в качестве разновидности «субстантивной консолидации».

Также важно разграничить доктрины «субстантивной консолидации» и «приподнятия / прокола корпоративной завесы (вуали)», которые являются смежными концепциями, поскольку обе предлагают устранение мошеннического использования корпоративной группы и поскольку суды используют аналогичные формулировки в рамках рассмотрения данных дел. Так в иске против корпорации, которая игнорировала корпоративные формальности или была преднамеренно недокапитализирована, суд может отменить правосубъектность корпорации и разрешить прямой иск против ее акционеров. Но в ситуации наличия задолженности нескольких должников перед несколькими кредиторами применение одним из кредиторов доктрины «приподнятия / прокола корпоративной завесы (вуали)» в отношении конкретного должника не всегда способствует получению большего удовлетворения своих требований, нежели осуществление «субстантивной консолидации» в отношении активов сразу всех должников с последующем их распределением между всеми кредиторами. Также следует отметить, что доктрина «приподнятия / прокола корпоративной завесы (вуали)» игнорирует субсидиарное правило ограниченной ответственности, в то время как доктрина «субстантивной консолидации» игнорирует субсидиарное правило защиты юридических лиц.

Разделение активов позволяет незалоговому кредитору приоритизировать свое требование в группе активов; в то время как применение доктрины «субстантивной консолидации» разрушает этот приоритет. В этой части, возможно, исходить из того, что «субстантивную консолидацию» лучше всего рассматривать как реакцию на издержки позитивного разделения активов. Иногда стороны сами признают эти расходы и соглашаются их ограничить. Хотя суды, сталкивающиеся с вопросом о том, следует ли вводить «субстантивную консолидацию», часто утверждают, что это редкое и чрезвычайное средство

правовой защиты, оно фактически является общим компонентом согласованных планов.

Как правило, когда участник спора ходатайствует о «субстантивной консолидации», он ходатайствует перед судом о консолидации активов и обязательств нескольких полностью принадлежащих дочерних компаний в их материнскую компанию и друг в друга. Кроме того, представляется, что чем крупнее и сложнее банкротство, тем больше вероятность того, что стороны предложат «субстантивную консолидацию». Поскольку одна из основных функций законодательства о банкротстве заключается в повышении стоимости активов несостоятельного должника, наименее спорные решения о консолидации должны быть там, где суды по делам о банкротстве консолидируют корпоративную собственность, чтобы уменьшить формальность в действиях кредиторов и затраты на оценку и административные расходы должника. При этом, как правило, все кредиторы несут эти расходы после подачи ходатайства о консолидации одинаково (или, по крайней мере, пропорционально).

С одной стороны, в некоторых случаях признается, что издержки, связанные с разделением активов дочерних компаний, могут быть настолько велики, что существенно уменьшит размер удовлетворений требований кредиторов. А с другой стороны, иногда раздробление изначальной корпоративной структуры группы компаний оправдано, например, исключительно для сохранения капитализации действующей материнской компании при банкротстве дочерних компаний-должников, которые не могут функционировать как самостоятельные юридические лица без финансовой поддержки. «Субстантивная консолидация» оправдана для уменьшения административных, управленческих, операционных издержек, вполне вероятно, что предполагаемая консолидация всех активов должника будет менее радикальной альтернативой для покрытия этих издержек.

На практике возможны такие случаи, когда определенный кредитор будет возражать против такой консолидации лишь по двум причинам:

- поскольку сэкономленные расходы фактически не равны или превышают убытки этой стороны (или, скорее, кредитор субъективно не считает консолидацию оптимальной) или

- поскольку кредитор хочет воздержаться, чтобы получить переговорное преимущество в других вопросах. По крайней мере, суд должен распорядиться о «частичной консолидации» и удовлетворить требования соответствующего лица, участвующего в деле о банкротстве. Эта стратегия вынудила бы кредитора, стремящегося к переговорному преимуществу, консолидироваться – лишившись права вето, он будет добиваться преимуществ консолидации – в то же время, позволяя стороне, которая действительно считает консолидацию противоречащей его интересам, выдвигать отдельное требование, сочувствующее его разумному обоснованию.

В некоторых случаях «субстантивная консолидация» можно рассматривать как несправедливое средство правовой защиты от неуместной зависимости осведомленных кредиторов – до и после проверки баланса окружными судами (суды первой инстанции по делам о банкротстве) определяется, что, когда корпоративная группа выступает в качестве единого субъекта, неосведомленные кредиторы ее разрозненных частей имеют право на «субстантивную консолидацию» в случае банкротства. Так осведомленные о корпоративной структуре должника кредиторы (например, банки, запрашивающие соответствующую

информацию и сведения при решении вопроса о выделении кредитных средств) ожидают удовлетворения от всех консолидированных активов, против которого они предоставляют кредиты, расходуют ресурсы для оценки имущества заемщика и устанавливают процентную ставку на основе рисков его операционной деятельности². Тем не менее, суды должны столь же скептически относиться к заявлению осведомленного кредитора о том, что он полагался на отдельный кредит дочерней компании, как и к иску кредитора о том, что он полагался на совокупный кредит корпоративной группы³. Тем самым применение доктрины «субстантивной консолидации» по указанным обстоятельствам потенциально позволяет перераспределить преимущества осведомленного кредитора (который заключил сделку на более платежеспособный объект активов должника) в пользу неосведомленного кредитора (который не обладает сведениями о всей корпоративной структуре должника, о балансах соответствующих юридических лиц).

Соответственно, окружные суды по делам о банкротстве при вынесении решения о применении доктрины «субстантивной консолидации» должны максимально подробно изучить доводы кредиторов, ходатайствующих о консолидации, а также все возражения по существу данной консолидации. Суды по делам о банкротстве должны выносить решения о консолидации на основе оценки прогнозируемых рисков (*ex ante*), с которыми согласился каждый тип кредиторов.

Отказ от консолидации в отношении конкретного требования возможен и означает, что требование не должно консолидироваться, если кредитор может доказать, что он объективно полагался на отдельное взыскание задолженности от дочерней компании-должника. Это исключение позволяет осведомленному кредитору однозначно полагаться на обособленность в корпоративной структуре должника, несмотря на презумпцию консолидации. Данное исключение также порождает более высокую степень определенности; если осведомленный кредитор действительно ожидает, что задолженность будет выплачена из активов одного субъекта корпоративной группы, нет никаких оснований не освобождать его требование от консолидации. Однако подобная уверенность должна быть объективной и разумной. Так, например, если банк требует исполнение кредитных гарантий от нескольких дочерних компаний корпоративной группы, то он полагается на надлежащее исполнение кредитных обязательств дочерних компаний как группы в целом. Это исключение, по мнению профессора Гарвардской школы права Марка Рое определяется как проблема «предсказуемости» судебного рассмотрения⁴.

Характерные для англо-саксонской правовой системы письменные показания под присягой, подтверждающие обоснованность доказательств заявленных кредитором требований долга, могут осуществляться непосредственно кредитором или любым лицом, кто владеет информацией, указанной в письменном показании под присягой и доказательстве долга, и кто уполномочен кредитором представлять такие показания⁵.

² См.: Cf. Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036, 1039 (1991)

³ См.: Richard A. Posner, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U. Chi. L. Rev. 499, 501-07 (1976).

⁴ См.: Mark J. Roe, Corporate Strategic Reaction to Mass Tort, 72 Va. L. Rev. 39 (1986).

⁵ См.: Одинцов С.В., Суржанов С.В. Правовой статус кредиторов в австралийском законодательстве о несостоятельности (банкротстве) – С.56; Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского -М., Издательство РУДН 2016.

Другое основание в отказе консолидации по всем требованиям – в случае, если кредитор предотвращает «субстантивную консолидацию», сумев доказать, что субъекты корпоративной группы были функционально отдельными компаниями. Поскольку любой осведомленный кредитор может предотвратить консолидацию своего требования путем доказанной суду убежденности, то только неосведомленные кредиторы будут ссылаться на это исключение.

Применение судом принципов ответственности корпоративной группы в рамках этого анализа «субстантивную консолидацию» имеет три преимущества по сравнению с общеприменимым критерием ответственности должника. Во-первых, если две полностью принадлежащие должнику дочерние компании находятся в банкротстве, весьма вероятно, что они были экономически интегрированы; одна не могла получить прибыль без другой. Во-вторых, отдельные дочерние компании в горизонтально интегрированных корпоративных группах будут легко определимы. В-третьих, имеет значение характер самих неосведомленных кредиторов, которые являются конкурентами или иным образом относятся к одной и той же отрасли, то, скорее всего, должники должны рассматриваться как единая корпоративная группа.

Однако в случае установлении факта вертикально интегрированных дочерних компаний, суды руководствуются так называемыми факторами (критериями) Блумберга: имеют ли дочерние компании общий публичный образ, интегрированы ли структуры персонала и управления, и производит ли корпоративная группа единый конечный продукт или услугу⁶.

Следует отметить несколько направлений эволюции доктрины «субстантивной консолидации». Во-первых, американские апелляционные суды ужесточают дискреционные полномочия судов по делам о банкротстве в отношении определения сроков вынесения решений о «субстантивной консолидации». Это может быть прямым ответом на проблемы предсказуемости и верховенства права или представлять более общие различия в рассмотрении дел на уровне суда по делам о банкротстве и

апелляционного суда. Самое главное, апелляционные суды ограничивают характер «вреда», который суду по делам о банкротстве разрешено минимизировать своим приказом о «субстантивной консолидации».

Применение доктрины «субстантивной консолидации» коренным образом изменяет стоимость требований кредиторов и почти всегда перераспределяет активы должника – корпоративной группы между всеми кредиторами; кредиторы менее платежеспособного субъекта корпоративной группы получают выгоду за счет кредиторов более платежеспособного субъекта и наоборот; объединяя все активы и обязательства нескольких должников.

Статья проверена программой «Антиплагиат». Оригинальность 100%.

Список литературы:

1. Одинцов С.В. Гармонизация регулирования процедур трансграничного банкротства в странах Европейского союза – С.109; Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского. – М., Издательство РУДН 2014.
2. Одинцов С.В., Суржанов С.В. Правовой статус кредиторов в австралийском законодательстве о несостоятельности (банкротстве). – С.56; Сборник статей Международной научно-практической конференции памяти проф. В.К. Пучинского. – М., Издательство РУДН 2016.
3. Phillip I. Blumberg, The Law of Corporate groups: Bankruptcy Law. 699-704 (1985).
4. Richard A. Posner, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U. CHI. L. Rev. 499, 501-07 (1976).
5. Mark J. Roe, Corporate Strategic Reaction to Mass Tort, 72 Va. L. Rev. 39 (1986).
6. Robert B. Thompson, Piercing the Corporate Veil: An Empirical Study, 76 Cornell L. Rev. 1036, 1039 (1991).
7. Способы разрешения споров в разноресурсных правопорядках/ Ю.А. Артемьева, Е.П. Ермакова, Н.А. Ковыршина, Е.П. Русакова.- Москва: Инфотропик Медиа, 2017. – 424.

⁶ См.: Phillip I. Blumberg, The Law of Corporate groups: Bankruptcy Law. 699-704 (1985).

Издательский дом «Юр-ВАК»

ISSN 2541 – 8025

ПРОБЛЕМЫ ЭКОНОМИКИ И ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРАКТИКИ

№ 5, 2018 г.

г. Москва