



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
30 September 2003

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Тридцатая сессия
Нью-Йорк, 29 марта – 2 апреля 2004 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Содержание

| | <i>Пункты</i> | <i>Стр.</i> |
|---|---------------|-------------|
| Введение | 1–8 | 3 |
| 1. Построение и сфера применения Руководства..... | 1–3 | 3 |
| 2. Глоссарий | 4–8 | 4 |
| А. Замечания по терминологии | 4–8 | 4 |
| В. Термины и определения | | 5 |
| Часть первая | | |
| Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности..... | 9–79 | 12 |
| I. Введение | 9–30 | 12 |
| A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности... | 11–22 | 13 |
| 1. Обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста..... | 12 | 13 |
| 2. Максимальное повышение стоимости активов..... | 13 | 13 |
| 3. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией | 14 | 14 |
| 4. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении | 15 | 14 |
| 5. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности | 16–17 | 15 |
| 6. Сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами | 18 | 15 |

| | | | |
|------|---|-------|----|
| 7. | Обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации | 19–20 | 16 |
| 8. | Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований | 21 | 16 |
| 9. | Создание основ для трансграничной несостоятельности | 22 | 17 |
| V. | Установление баланса между ключевыми целями | 23–27 | 17 |
| C. | Общие черты законодательства о несостоятельности | 28–30 | 19 |
| II. | Механизм устранения финансовых трудностей должника | 31–71 | 21 |
| A. | Переговоры о добровольной реструктуризации | 31–46 | 21 |
| 1. | Необходимые предварительные условия | 34 | 22 |
| 2. | Основные процедуры | 35–45 | 23 |
| a) | Начало переговоров | 36 | 23 |
| b) | Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета | 37 | 23 |
| c) | Согласование "паузы" | 38 | 23 |
| d) | Привлечение консультантов | 39 | 24 |
| e) | Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности | 40–41 | 24 |
| f) | Доступ к информации о должнике | 42 | 24 |
| g) | Отношения с кредиторами | 43–45 | 25 |
| 3. | Правила и руководящие принципы добровольной реструктуризации ... | 46 | 25 |
| V. | Виды производства по делу о несостоятельности | 47–69 | 26 |
| 1. | Реорганизационное производство | 51–57 | 27 |
| 2. | Ускоренное реорганизационное производство | 58–60 | 30 |
| 3. | Ликвидация | 61–64 | 30 |
| 4. | Организация законодательства о несостоятельности | 65–69 | 32 |
| C. | Административные процедуры | 70–71 | 34 |
| III. | Институциональные основы | 72–79 | 35 |

Введение

1. Построение и сфера применения Руководства

1. Цель настоящего *Руководства* состоит в содействии разработке эффективной и действенной основы разрешения финансовых затруднений, с которыми сталкиваются должники. Оно предназначено для использования в качестве справочного документа национальными органами власти и законодательными органами при подготовке новых законов или анализе адекватности действующих законов и законодательных положений. В *Руководстве* содержится рекомендация в отношении достижения баланса между необходимостью устранения финансовых трудностей должника наиболее оперативным и эффективным способом и интересами различных сторон, непосредственно затрагиваемых этими финансовыми затруднениями, в первую очередь кредиторов и других сторон, имеющих определенную долю в предприятии должника, а также соображениями государственной политики. В *Руководстве* рассматривается ряд вопросов, которые имеют решающее значение для разработки эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, что признается во многих правовых системах несмотря на многочисленные различия в политическом и законодательном режимах. Основное внимание уделяется производству по делу о несостоятельности, которое открывается и ведется в соответствии с законодательством о несостоятельности, при этом сделан упор на реорганизацию. Кроме того, рассматриваются не регулируемые законодательством о несостоятельности вопросы более широкого использования и значимости переговоров о добровольной реструктуризации между должником и его кредиторами. Помимо рассмотрения требований внутреннего законодательства о несостоятельности, в *Руководство* включен текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и *Руководства* по его принятию.

2. В *Руководстве* не предлагается единого для всех набора единообразных решений вопросов, имеющих ключевое значение для эффективности и действенности законодательства о несостоятельности, но оно помогает читателям оценить различные возможные подходы и выбрать один из них, наиболее подходящий в конкретных национальных или местных условиях. Первый раздел каждой главы *Руководства* содержит комментарий, в котором излагаются ключевые вопросы для рассмотрения и обсуждения, а также анализируются различные подходы, принятые в рамках законодательства о несостоятельности. Во второй части каждой главы содержится ряд рекомендуемых законодательных принципов. Эти рекомендации предназначены для содействия в разработке законодательной основы для несостоятельности, которая одновременно отличалась бы эффективностью и действенностью и отражала нынешние события и тенденции в области несостоятельности. Читателю рекомендуется изучить рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых представлена подробная информация, для лучшего понимания этих рекомендаций и обсуждения не включенных в них вопросов. Ввиду важного значения обеспечения кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности и с учетом вопросов политики, связанных с применяемым к кредиторам режимом в рамках законодательства о несостоятельности, пользователям *Руководства* также рекомендуется обращаться к *Руководству* для законодательных органов по обеспеченным сделкам ЮНСИТРАЛ.

3. Включенные в *Руководство* рекомендации относятся к важнейшим вопросам, которые необходимо рассматривать в рамках законодательства, относящегося к несостоятельности. Они не затрагивают другие области права, которые, как это отмечается в тексте *Руководства*, оказывают воздействие как на структуру законодательства о несостоятельности, так и на производство по делу о несостоятельности, открытому в соответствии с этим законодательством. Кроме того, успешное соблюдение режима несостоятельности требует, помимо создания соответствующей законодательной структуры, различных мер, в особенности создания адекватной институциональной инфраструктуры, организационного потенциала, наличия опытных специалистов, а также необходимых людских и финансовых ресурсов. Хотя эти вопросы рассматриваются в комментарии, в рекомендациях для законодательных органов они в целом не раскрываются, за исключением случаев, когда они относятся к специалистам по делам о несостоятельности, назначенным для управления имущественной массой.

2. Глоссарий

А. Замечания по терминологии

4. Приводимые ниже термины предназначены для того, чтобы ориентировать читателя *Руководства*: многие термины, например "обеспеченный кредитор", "ликвидация" и "реорганизация", могут иметь принципиально разное значение в различных правовых системах, и включение в *Руководство* того или иного определения может способствовать обеспечению четкого и широкого понимания рассматриваемых в *Руководстве* понятий.

Ссылки в *Руководстве* на "суд"

5. *Руководство* основывается на предположении о том, что на протяжении всего производства по делу о несостоятельности за ним осуществляется надзор со стороны суда, что может предусматривать полномочия открывать производство по делу о несостоятельности, назначать управляющего в деле о несостоятельности, осуществлять надзор за его деятельностью и принимать решения в ходе такого производства. Хотя такой надзор может быть целесообразным в качестве общего принципа, можно рассмотреть и альтернативные случаи, когда, например, суды не в состоянии осуществлять работу по делам о несостоятельности (будь то по причине отсутствия ресурсов или необходимого опыта) или когда предпочтение отдается надзору со стороны какого-либо административного органа (см. часть первую, главу III, "Институциональные основы"). С учетом специфики этого процесса и задачи, выполняемой учреждением-посредником в рамках излагаемых в части первой, главе II, административных процессов, предполагается, что такое учреждение не обязательно должно быть судом в значении этого термина в настоящем *Руководстве*.

6. Для упрощения текста в *Руководстве* слово "суд" используется таким же образом, что и в статье 2 е) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, для обозначения судебного или иного органа, компетентного осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности.

Ссылки на "законодательство"

7. Ссылки в Руководстве на "законодательство" являются ссылками на законодательство о несостоятельности, если не указано иного.

Правила толкования

8. Использование союза "или" не предполагает исключения других вариантов; использование единственного числа не исключает множественного числа; использование слов "включает" или "включая" не предполагает указания на исчерпывающий перечень; слово "может" указывает на разрешение, а слова "должен" и "следует" – предписание; слова "такие как" и "например" следует толковать таким же образом, как "включает" или "включая".

В. Термины и определения

| | |
|---|--|
| Административные требования или расходы | Требования, которые относятся к издержкам и расходам на ведение производства, таким как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, работающим по найму у управляющего в деле о несостоятельности, расходы в связи с продолжением деятельности должника; долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности своих функций и полномочий, расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных обязательств, и расходы на производство. |
| [Активы должника | Имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в собственности, будь то находящейся или не находящейся во владении должника, материальной или нематериальной, движимом или недвижимом имуществе, включая интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, или в активах третьих сторон.] |
| [Взаимозачет | Одной из форм может быть зачет требований (см. "зачет требований") по неденежным однородным позициям (например, ценных бумаг или товаров, поставляемых в одну и ту же дату, – практика, именуемая урегулированием путем взаимозачета), а более важной формой является аннулирование контрагентом открытых контрактов с должником, после чего производится зачет потерь и прибылей с обеих сторон (окончательный взаимозачет).] |
| [Государственное предприятие | [<i>Будет дополнено</i>].] |
| [Государственный орган | Государство или государственное подразделение, включая министерства, ведомства, учреждения или другие представительные государственные органы.] |
| Должник | Физическое или юридическое лицо, которое занимается коммерческой деятельностью и которое удовлетворяет критериям для возбуждения производства по делу о несостоятельности. |

| | |
|--|--|
| Заинтересованные стороны | Должник, управляющий в деле о несостоятельности, кредитор, держатель акций, комитет кредиторов, государственный орган или любая иная сторона, чьи права, обязательства или интересы затрагиваются производством по делу о несостоятельности ¹ . |
| [Зачет требований] | Ситуация, когда требование в отношении определенной денежной суммы, причитающейся определенному лицу, "зачитывается" (погашается) против требования другой стороны в отношении определенной денежной суммы, причитающейся с этого первого лица. Зачет требований может полностью или частично применяться в качестве возражения в отношении требования выплаты определенной денежной суммы.] |
| [Защита стоимости обремененных активов] | Меры, направленные на сохранение экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые "надлежащей защитой"). Такая защита может иметь особое значение в тех случаях, когда сумма обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов или даже когда стоимость обремененных активов превышает сумму обеспеченного требования, но стоимость обремененных активов уменьшается, и в конечном счете может быть недостаточной для удовлетворения обеспеченного требования. Такое уменьшение стоимости может затрагиваться применением моратория по отношению к обеспеченным кредиторам или использованием обремененных активов в ходе производства по делу о несостоятельности. Защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления альтернативного или дополнительного обеспечения или с помощью других средств, которые, по определению суда, обеспечат необходимую защиту. В случае, когда стоимость обремененных активов превышает стоимость обеспеченного требования и ее сокращение маловероятно, необходимости в защите может и не возникнуть.] |
| Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности | Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может быть подано, среди прочего, должником, кредиторами или правительственным органом. |
| Имущественная масса в деле о несостоятельности | Активы и права должника, которые контролируются или за которыми осуществляет надзор управляющий в деле о несостоятельности и которые являются предметом производства по делу о несостоятельности. |

¹ Это определение не предусматривает включение лиц, имеющих отдаленные или неопределенные интересы, которые затрагиваются законодательством о несостоятельности или производством по делу о несостоятельности.

| | |
|--|--|
| Имущественная масса | См. имущественная масса в деле о несостоятельности. |
| Комитет кредиторов | Представительный орган, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности. |
| Ликвидация | Порядок объединения и обращения активов должника в денежные средства в целях их распределения в соответствии с законодательством о несостоятельности. |
| [Лицо, связанное с должником] | Лицо, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника, в том числе руководитель или служащий какого-либо юридического лица, акционер или партнер такого юридического лица, руководитель, служащий или акционер какого-либо юридического лица, состоящий в родстве с должником, в том числе любой родственник такого лица; "родственник" лица, связанного с должником, означает супруга или супругу, родителей, бабу и деда, сына, дочь, брата или сестру лица, связанного с должником.] |
| [Мораторий на процессуальные действия] | Мера, которая предотвращает возбуждение – или приостанавливает продолжение – судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязанностей или обязательств должника, включая формализацию или принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; а также предотвращает взыскание в отношении активов, входящих в имущественную массу, прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к любым активам или правам, входящим в имущественную массу.] |
| [Необеспеченный долг] | Совокупная сумма требований, не подкрепляемых обеспечением.] |
| [Необеспеченный кредитор] | Любой кредитор, который не обладает обеспечением, или любой обычный кредитор, который не имеет преимущественных прав.] |
| Несостоятельность | Ситуация, когда должник, как правило, не способен оплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда сумма обязательств должника превышает стоимость его активов. |
| [Обеспеченное требование] | Требование, которое подкрепляется обеспечительным интересом, принимаемым в качестве гарантии по долгу, и которое может быть взыскано в случае неисполнения со стороны должника при наступлении срока погашения долга.] |
| [Обеспеченный долг] | [Совокупная сумма обеспеченных требований] или |

| | |
|-------------------------------|---|
| [Обеспеченный кредитор | [требования обеспеченных кредиторов].] Кредитор, являющийся держателем либо обеспечительного интереса, который полностью или частично охватывает активы должника, либо обеспечительного интереса в конкретных активах, предоставляющего кредитору приоритет по сравнению с другими кредиторами в отношении активов, служащих обеспечением.] |
| [Обеспечительный интерес | Предоставленное какой-либо стороной право или интерес, обязывающий эту сторону произвести платеж или исполнить обязательство. Независимо от того, был ли обеспечительный интерес создан добровольно, по соглашению, или принудительно в силу закона, он, как правило, включает ипотеку, залог, обременение и право удержания, но не ограничивается ими. "Ценные бумаги" означают любые акции, облигации или другие финансовые инструменты или активы (кроме денежной наличности), или интерес в них.] |
| Обремененные активы | Активы, в отношении которых кредитор получил обеспечительный интерес. |
| Обременительные активы | Активы, которые могут не иметь стоимости или иметь незначительную стоимость имущественной массы, например, когда активы обременены таким образом, что их сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации таких активов или приведут к возникновению обременительного обязательства или ответственности по выплате денежной суммы. |
| Обычные коммерческие операции | Перечисления средств или операции, которые осуществляются в соответствии с коммерческими операциями до начала производства по делу о несостоятельности. |
| Освобождение от обязательств | Освобождение должника от обязательств, которые были или могли быть затронуты в ходе производства по делу о несостоятельности. |
| Открытие производства | Событие, определяющее дату, с которой начинают действовать последствия несостоятельности, или судебное решение об открытии производства по делу о несостоятельности, независимо от того, является ли такое решение окончательным. |
| Отчуждение | Любое средство передачи или разделения активов или интересов в активах, будь то полностью или частично. |
| <i>Pari passu</i> | Принцип, в соответствии с которым к находящимся в одинаковом положении кредиторам применяется режим, соразмерный их требованиям, и эти требования удовлетворяются на пропорциональной основе из общей |

| | |
|--|---|
| | массы активов предприятия. |
| Переговоры о добровольной реструктуризации | Переговоры, которые не регулируются в рамках законодательства о несостоятельности и в которых, как правило, участвуют должник и несколько либо все его кредиторы. |
| [План реорганизации] | План, с помощью которого финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены. Законодательство о несостоятельности может предусматривать, чтобы такой план представлялся различными сторонами (должником, кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности), и может требовать подтверждения этого плана судом после его одобрения требуемым числом кредиторов. В плане могут рассматриваться такие вопросы, как график осуществления данной процедуры, принимаемые обязательства, условия платежа и обеспечение, предоставляемое кредиторам, действия по расторжению сделок и режим в отношении неисполненных контрактов, включая контракты найма.] |
| [Подозрительный период] | Период, к которому относятся некоторые сделки, которые могут подлежать расторжению. Этот период обычно рассчитывается ретроактивно от даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или от даты открытия этого производства.] |
| Положения о расторжении сделок | Положения, позволяющие по причинам, связанным с делом о несостоятельности, аннулировать сделки, совершенные до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы в общих интересах кредиторов или в интересах сохранения имущественной массы. |
| Последующее требование | Требование, возникающее в связи с действием или упущением, которое имеет место после открытия производства по делу о несостоятельности. |
| [Правила очередности] | Правила, на основании которых предписывается распределение между кредиторами и акционерами.] |
| Предприятие | Любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги [Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2 f)]. |
| [Преимущественное требование] | Требование, подлежащее оплате за счет имеющихся активов до платежа общей массе необеспеченных кредиторов.] |
| Преференция | Сделка, осуществляемая несостоятельным должником, при которой кредитор приобретает или получает |

| | |
|---|---|
| [Приоритет | <p>преимущества, превышающие его пропорциональную долю в активах должника.</p> <p>Преимущественное право какого-либо лица по отношению к праву другого лица и в той мере, в которой это уместно для такой цели, включает определение того, является ли это право личным или имущественным правом, является ли оно правом, обеспечивающим долг или иное обязательство, и были ли выполнены любые требования, необходимые для придания этому праву силы в отношении конкурирующего заявителя требования [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, статья 5].]</p> |
| Продажа функционирующей хозяйственной единицы | Продажа или передача предприятия в целом или его существенной части в противоположность продаже отдельных активов предприятия. |
| Производство по делу о несостоятельности | Коллективное судебное или административное производство, целью которого является либо реорганизация, либо ликвидация коммерческого предприятия должника и которое ведется в соответствии с законодательством о несостоятельности. |
| [Реорганизация | Процедура, с помощью которой финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены и деловые операции такого предприятия могут быть продолжены за счет применения различных методов, которые могут включать списание долгов, пересмотр сроков погашения задолженности, конверсию задолженности в акции и продажу коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы.] |
| [Соглашение о взаимозачете | <p>Соглашение между двумя или более сторонами, которое предусматривает одно или более из следующих действий:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом; ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5 I].] |
| [Суперприоритет | Приоритет, имеющий своим результатом производство |

| | |
|--|---|
| Требование | платежей по требованиям, к которым относится суперприоритет, до платежей по административным требованиям.] Право требовать от должника денежные средства или активы, которое может основываться на долге или договоре, может быть на установленную или не установленную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемым или неоспариваемым, обеспеченным или необеспеченным, фиксированным или условным. |
| [Удержание правового титула | Положение договора поставки товаров, которое направлено на резервирование права собственности поставщика на товар до уплаты покупной цены.] |
| Управляющий в деле о несостоятельности | Лицо или орган, ответственный за управление имущественной массой. |
| [Финансовый договор | Означает любую сделку-спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку-своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5 k).] |
| Центр основных интересов | Место, в котором должник осуществляет управление своими интересами на регулярной основе и которое по этой причине третьи стороны могут установить в качестве такового ² . |

² Правило ЕС о производстве по делу о несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 года, декларативная часть (пункт 13).

Часть первая

Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

I. Введение

9. В тех случаях, когда должник не в состоянии выплатить свою задолженность и исполнить свои обязательства при наступлении сроков их погашения, правовые системы большинства стран предусматривают правовой механизм для удовлетворения на коллективной основе подлежащих погашению требований за счет всех активов (будь то материальных или нематериальных), принадлежащих должнику. Такой правовой механизм должен обеспечить учет целого ряда интересов: во-первых, интересов сторон, включая должника, собственников и администрацию должника, кредиторов, которые могут быть обеспечены в различной степени (в том числе налоговых органов и других государственных органов-кредиторов), служащих, гарантов задолженности и поставщиков товаров и услуг, а также правовых, коммерческих и социальных институтов и видов практики, которые имеют отношение к структуре законодательства о несостоятельности, включая институциональную основу, требующуюся для его функционирования. В целом, такой механизм должен обеспечивать баланс не только между разными интересами этих субъектов, но и между такими интересами и соответствующими социальными, политическими и другими основополагающими соображениями, которые влияют на экономические и правовые цели несостоятельности.

10. В правовых системах большинства стран существуют нормы, касающиеся различных видов производства (обозначаемых в настоящем Руководстве общим термином "производство по делу о несостоятельности"), которые могут быть возбуждены в целях устранения финансовых трудностей должника. Преследуя общую цель устранения финансовых трудностей должника, эти виды производства принимают ряд различных форм, в отношении которых не всегда используется единообразная терминология, и могут включать элементы, которые можно описать как "официальные" или "неофициальные". Официальное производство по делу о несостоятельности открывается в соответствии с законодательством о несостоятельности и регулируется таким законодательством. Оно, как правило, охватывает и ликвидационное, и реорганизационное производство. Неофициальные процедуры несостоятельности не регулируются законодательством о несостоятельности и будут, как правило, сопряжены с добровольными переговорами между должником и его некоторыми или всеми кредиторами. Такие переговоры зачастую ведутся в рамках банковского и коммерческого секторов и, как правило, предусматривают некую форму реорганизации несостоятельного должника. Хотя такие добровольные переговоры не регулируются законодательством о несостоятельности, они тем не менее зависят в плане эффективности от существования законодательства о несостоятельности, которое может предусматривать некоторые косвенные стимулы или побудительные факторы для проведения реорганизации (которые рассматриваются подробно ниже).

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

11. Хотя подходы стран разнятся, существует широкое согласие с тем, что эффективные и действенные режимы несостоятельности должны быть направлены на достижение ключевых целей, изложенных ниже. Какая бы структура ни была выбрана для законодательства о несостоятельности, которая будет обеспечивать достижение этих ключевых целей, законодательство о несостоятельности должно дополнять правовые и социальные ценности общества – и быть совместимым с ними, – на которых оно основывается и которые оно должно в конечном счете поддерживать. Хотя законодательство о несостоятельности, как правило, устанавливает особый режим, оно не должно приводить к таким результатам, какие по существу противоречили бы предпосылкам, на которых основывается общее законодательство. Если законодательство о несостоятельности действительно стремится к достижению результата, отличающегося или по существу отходящего от норм общего законодательства (например, в отношении режима контрактов, аннулирования предыдущих актов и сделок или же режима прав обеспеченных кредиторов), весьма желательно, чтобы такой результат был получен после тщательного рассмотрения и проведения сознательной политики в этом направлении.

1. Обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста

12. Законодательство о несостоятельности и учреждения, занимающиеся вопросами несостоятельности, имеют решающее значение для достижения странами преимуществ и избежания недостатков интеграции национальных финансовых систем в международные финансовые системы. Такие законодательство и учреждения должны содействовать реструктуризации жизнеспособных коммерческих предприятий и эффективной ликвидации и передаче средств разорившихся предприятий, облегчать предоставление финансовых средств для запуска и реорганизации предприятий, а также способствовать оценке кредитных рисков как на национальном, так и на международном уровнях. Следует стремиться к достижению указанных ниже ключевых целей законодательства о несостоятельности с общей целью обеспечения определенности на рынке и содействия экономической стабильности и росту.

2. Максимальное повышение стоимости активов

13. Участники производства по делу о несостоятельности должны иметь сильные стимулы для достижения максимальной стоимости активов, поскольку это будет способствовать распределению между кредиторами в целом больших сумм и уменьшению бремени несостоятельности. Достижению этой цели часто способствует обеспечение баланса между рисками, распределяемыми между сторонами, которые участвуют в производстве по делу о несостоятельности. Например, режим, установленный в отношении ранее заключенных сделок, может обеспечивать справедливый режим в отношении кредиторов и повышать стоимость активов должника посредством восстановления такой стоимости в интересах всех кредиторов. В то же время режим, предоставленный таким сделкам, может нанести ущерб предсказуемости договорных взаимоотношений, которые имеют важнейшее значение для инвестиционных решений, порождая напряженность между

различными целями режима несостоятельности. Аналогичным образом, необходимо установить баланс между оперативной ликвидацией и более долгосрочными усилиями по реорганизации коммерческого предприятия, которая может обеспечить большую стоимость для кредиторов, между необходимостью в новых инвестициях для сохранения или повышения стоимости активов и последствиями новых инвестиций и связанных с ними издержками для существующих субъектов, а также между разными задачами, возлагаемыми на разных субъектов, в частности, с точки зрения дискреционных полномочий, которые могут осуществляться управляющим в деле о несостоятельности, и степенью, в которой кредиторы могут контролировать осуществление таких дискреционных полномочий для гарантированного применения этой процедуры.

3. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией

14. Первая цель максимального повышения стоимости активов тесно связана с балансом, который должен быть обеспечен в законодательстве о несостоятельности между ликвидацией и реорганизацией. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать баланс между преимуществами оперативного взыскания задолженности посредством ликвидации (чему часто отдают предпочтение обеспеченные кредиторы) и сохранением должника в качестве жизнеспособного коммерческого предприятия с помощью реорганизации (чему часто отдают предпочтение необеспеченные кредиторы). Достижение такого баланса может быть сопряжено с другими соображениями социальной политики, например с содействием развитию предпринимательства и защитой рабочих мест. Законодательство о несостоятельности должно включать в качестве альтернативы ликвидации возможность реорганизации должника, при которой кредиторы не будут принуждаться к согласию на получение меньших сумм, чем это было бы при ликвидации, а ценность должника для общества и кредиторов может быть максимально повышена путем создания условий для продолжения его деятельности. Это основывается на базовой экономической теории, согласно которой большая стоимость может быть получена за счет сохранения основных компонентов коммерческого предприятия, а не их разбивки и отчуждения частями. Чтобы исключить возможность злоупотребления производством по делу о несостоятельности со стороны либо кредиторов, либо должника и обеспечить наличие процедуры, наиболее подходящей для устранения финансовых трудностей должника, законодательство о несостоятельности должно также предусматривать возможность преобразования при соответствующих обстоятельствах одного вида производства в другой.

4. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении

15. Цель обеспечения справедливого режима основывается на представлении о том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих сходными юридическими правами, должен быть равным, а удовлетворение их требований должно происходить в соответствии с их относительным приоритетом и интересами. Справедливый режим строится на признании того, что отношение ко всем кредиторам не обязательно должно быть равным, но оно должно отражать условия различных сделок, заключенных ими с должником, хотя это обстоятельство становится менее значимым в качестве определяющего фактора тогда, когда не существует конкретного долгового договора с должником, например в случае, когда речь идет о заявителях требований, вытекающих из ущерба (например, экологического ущерба). В той мере, в какой справедливый режим модифицируется

социальной политикой в отношении приоритета требований и должен уступать место прерогативам держателей требований или интересов, которые возникают, например, в силу закона, принцип справедливого режима сохраняет свою значимость, поскольку обеспечивает, чтобы приоритет, предоставляемый требованиям одной категории, в одинаковой степени затрагивал всех, кто входит в эту категорию. Политика обеспечения справедливого режима охватывает многие аспекты законодательства о несостоятельности, включая применение моратория или приостановления действий, положения, касающиеся аннулирования актов и сделок и восстановления стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности, классификацию требований, процедуры голосования при реорганизации и механизмы распределения. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать пути решения проблем мошенничества и фаворитизма, которые могут возникать в случаях тяжелого финансового положения, посредством обеспечения, например, возможности признания недействительными актов и сделок, наносящих ущерб справедливому режиму в отношении кредиторов.

5. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности

16. Необходимо обеспечивать упорядоченное, оперативное и эффективное рассмотрение и урегулирование дел о несостоятельности, с тем чтобы избежать излишнего нарушения деловых операций и деятельности должника, а также содействовать минимизации издержек, связанных с производством по делу. Обеспечение своевременного и эффективного управления будет способствовать достижению цели максимального повышения стоимости активов, тогда как беспристрастность способствует достижению цели установления справедливого режима. Необходимо тщательно рассмотреть всю процедуру для обеспечения максимальной эффективности и недопущения ущерба гибкости. В то же время такая процедура должна сосредотачиваться на достижении цели ликвидации нежизнеспособных и неэффективных коммерческих предприятий и сохранении эффективных, потенциально жизнеспособных коммерческих предприятий.

17. Оперативному и упорядоченному устранению финансовых трудностей должника может способствовать законодательство о несостоятельности, которое обеспечивает беспрепятственный доступ к производству по делу о несостоятельности путем ссылки на ясные и объективные критерии, предусматривает удобные способы обнаружения, получения, сохранения и восстановления активов и прав, которые должны использоваться в целях выплаты задолженности и исполнения обязательств должника, облегчает участие должника и его кредиторов при наименьших, по возможности, задержках и затратах, устанавливает надлежащую структуру для надзора за этим производством и управления им (включая как специалистов, так и участвующие учреждения), а также обеспечивает в качестве конечного результата эффективное исполнение финансовых обязательств должника.

6. Сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами

18. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать сохранение имущественной массы и предотвращать преждевременное расчленение активов должника в результате действий отдельных кредиторов, направленных на возвращение отдельных долгов. Такие действия зачастую уменьшают общую

стоимость совокупности активов, которые могут использоваться для удовлетворения всех требований к должнику, и могут исключать реорганизацию или продажу коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Мораторий на действия кредиторов дает должникам передышку, позволяя надлежащим образом изучить свое финансовое положение и способствуя как максимизации стоимости имущественной массы, так и обеспечению справедливого режима для кредиторов. Возможно, потребуется предусмотреть некий механизм, который не допускал бы ущемления прав обеспеченных кредиторов в результате моратория.

7. Обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации

19. Законодательство о несостоятельности должно быть прозрачным и предсказуемым. Это позволит потенциальным заимодавцам и кредиторам понять, каким образом действует законодательство о несостоятельности, и оценить риски, связанные с их положением в качестве кредиторов в случае несостоятельности. Это будет способствовать стабильности в коммерческих отношениях и облегчит кредитование и инвестирование при меньших затратах для учета рисков. Прозрачность и предсказуемость также позволят кредиторам уточнять приоритеты, предотвращать возникновение споров путем обеспечения основы, на которой могут оцениваться относительные права и риски, а также помогут определению пределов любых дискреционных полномочий. Непредсказуемое применение законодательства о несостоятельности может подорвать не только доверие всех участников к производству по делу о несостоятельности, но и их готовность принимать кредитные и другие инвестиционные решения. Насколько это возможно, законодательство о несостоятельности должно ясно указывать на все положения другого законодательства, которые могут влиять на ведение производства по делу о несостоятельности (например, трудового права; коммерческого и договорного права; налогового права; права, затрагивающего иностранные валюты, взаимозачет и зачет требований, свопы задолженности на акции; и даже брачно-семейного права).

20. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать наличие достаточной информации о положении должника, устанавливая стимулы, побуждающие должника раскрывать информацию о своем положении, или, в надлежащих случаях, санкции за его бездействие. Наличие такой информации позволит тем, кто несет ответственность за управление производством по делу о несостоятельности и осуществление надзора над ним (суды или административные органы, управляющий в деле о несостоятельности), и кредиторам оценить финансовое положение должника и найти наиболее целесообразное решение.

8. Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований

21. Признание и обеспечение соблюдения в рамках производства по делу о несостоятельности разных прав, которыми кредиторы обладают вне процедуры несостоятельности, будут способствовать определенности на рынке, особенно в отношении прав и приоритетов обеспеченных кредиторов, и облегчать предоставление кредитов. Ясные правила, касающиеся установления порядка очередности как для существующих требований кредиторов, так и для их требований, возникших после открытия производства, имеют важное значение в

плане обеспечения предсказуемости для заимодателей, последовательного применения этих правил, а также уверенности в этой процедуре и возможности для всех участников принимать надлежащие меры по управлению рисками. В максимально возможной степени такие приоритеты должны основываться на коммерческих сделках и не отражать социальные и политические интересы, которые сопряжены с вероятностью искажения итогов несостоятельности. Следует избегать предоставления приоритета требованиям, которые не основываются на коммерческих сделках.

9. Создание основ для трансграничной несостоятельности

22. Для содействия координации между различными правовыми системами и облегчения предоставления помощи в ведении производства по делу о несостоятельности, открытого в какой-либо зарубежной стране, законодательство о несостоятельности должно содержать нормы о трансграничной несостоятельности, включая признание иностранного производства, что может быть обеспечено путем принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности³.

В. Установление баланса между ключевыми целями

23. Поскольку режим несостоятельности не может в полной мере защищать интересы всех сторон, выбор некоторых ключевых вариантов политики, который должен быть сделан при разработке законодательства о несостоятельности, относится к определению широких целей такого законодательства (спасение коммерческих предприятий, испытывающих финансовые трудности, сохранение рабочих мест, защита интересов кредиторов, содействие развитию предпринимательства) и достижению желательного баланса между конкретными целями, указанными выше. Законодательство о несостоятельности обеспечивает такой баланс путем перераспределения рисков, связанных с несостоятельностью, таким образом, чтобы это соответствовало экономическим, социальным и политическим целям страны. Производство по делу о несостоятельности как таковое может иметь распространенные последствия в более широкой экономике.

24. Первая задача любого законодательства о несостоятельности заключается в установлении принципиальных основ, которые определяют, каким образом следует управлять имуществом несостоятельного должника в интересах всех затрагиваемых сторон. Создание таких основ и их интеграция в более широкий юридический процесс являются жизненно важными для поддержания общественного порядка и стабильности. Все стороны должны быть в состоянии предвидеть, каким образом будут затронуты их юридические права в случае неспособности должника осуществлять платежи или производить полные платежи, которые причитаются этим сторонам. Это позволяет и кредиторам, и инвесторам в акции определять экономические последствия неисполнения должником своих обязательств и тем самым оценивать возникающие для них риски. Такие вопросы подробно рассматриваются в настоящем *Руководстве*.

25. Универсального решения в отношении структуры законодательства о несостоятельности не существует, поскольку имеются значительные различия между странами с точки зрения их нужд, а также в их законодательстве,

³ См. главу VII.

касающемся других вопросов, которые имеют определяющее значение для несостоятельности, таких как обеспечительные интересы⁴, имущественные и договорные права, средства правовой защиты и процедуры принудительной реализации. Хотя универсального решения может и не быть, законодательство о несостоятельности большинства стран регулирует широкий спектр вопросов, возникающих в связи с данными ключевыми целями, хотя и с разной направленностью и в разной степени. Законодательство одних стран способствует более надежному признанию и принудительной реализации прав и коммерческих сделок кредиторов в случае несостоятельности и предоставляет больший контроль над производством по делу о несостоятельности кредиторам, чем должнику (что иногда именуется режимом, "благоприятствующим кредиторам"). Законодательство других стран склоняется к предоставлению большего контроля над таким производством должнику (что именуется режимом, "благоприятствующим должникам"), тогда как в третьих странах оно направлено на обеспечение баланса между такими режимами. Законодательство некоторых стран придает большее значение ликвидации предприятия-должника для устранения неэффективных и некомпетентных игроков с рынка, тогда как законодательство других стран отдает предпочтение реорганизации. Опора на реорганизацию может служить достижению ряда различных целей: в качестве средства повышения суммы требований кредиторов в рамках функционирующей хозяйственной единицы, предоставляя дополнительную возможность акционерам и руководителям предприятия-должника; для обеспечения эффективных стимулов к тому, чтобы предприниматели и управляющие использовали надлежащие подходы к регулированию рисков; или для защиты уязвимых групп лиц, таких как служащие должника, от последствий коммерческого провала⁵. В законодательстве ряда стран особое внимание уделяется защите служащих и сохранению рабочих мест при несостоятельности, тогда как в законодательстве других стран предусматривается сокращение предпринимательской деятельности с обеспечением служащим минимальной защиты.

26. Вместе с тем применение подхода, благоприятствующего реорганизации, не должно приводить к созданию "безопасного убежища" для умирающих предприятий: предприятия, которые нельзя спасти, должны быть ликвидированы настолько оперативно и эффективно, насколько это возможно. В той мере, в какой некоторые интересы могут рассматриваться как имеющие более низкий приоритет, чем другие интересы, создание механизмов за рамками законодательства о несостоятельности может являться лучшим решением, чем попытки учесть такие интересы в рамках режима несостоятельности. Например, если как вопрос политики

⁴ В последние годы предприняты шаги по согласованию законодательства в отношении обеспечительных интересов, например, приняты Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001 год) и Конвенция ЮНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, и в рамках ЮНСИТРАЛ разрабатывается Руководство для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

⁵ Между режимом несостоятельности, благоприятствующим должникам или кредиторам, опорой на ликвидацию или реорганизацию и последующим успехом или неудачей реорганизации не обязательно существует прямая связь. Хотя подробное обсуждение этих вопросов выходит за рамки настоящего Руководства, они имеют важное значение для структуры режима несостоятельности и заслуживают рассмотрения. Хотя число случаев успешной реорганизации существенно различается между теми режимами, которые квалифицируются как благоприятствующие кредиторам, проведенные исследования, как представляется, указывают на то, что не обязательно является верным предположение о том, что режимы, благоприятствующие кредиторам, ведут к меньшему числу случаев успешной реорганизации или к менее успешной реорганизации, чем режимы, благоприятствующие должникам.

принято решение о предоставлении требованиям служащих более низкого статуса, чем требованиям обеспеченных и приоритетных кредиторов в деле о несостоятельности, то для защиты прав служащих могут использоваться механизмы страхования.

27. Поскольку общество находится в процессе постоянного развития, законодательство о несостоятельности не может быть статичным, но требует переоценки через регулярные промежутки времени для обеспечения того, чтобы оно отвечало текущим нуждам общества. Отклики на осознаваемые социальные изменения сопряжены с принятием решений, в которых могут учитываться оптимальные виды международной практики и которые могут предусматривать включение таких видов практики в национальные режимы несостоятельности, с учетом реальностей системы и имеющихся людских и материальных ресурсов.

C. Общие черты законодательства о несостоятельности

28. Разработка эффективного и действенного законодательства о несостоятельности предполагает рассмотрение общей совокупности вопросов, относящихся как к правовым основам (материальные и процессуальные права и обязательства сторон), так и к институциональным основам (для осуществления таких прав и обязательств), которые являются необходимыми. Вопросы существа, которые подробно рассматриваются в части второй настоящего *Руководства*, включают:

а) определение должников, в отношении которых может осуществляться производство по делу о несостоятельности, включая тех должников, которые могут требовать специального режима несостоятельности;

б) определение момента времени, в который может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может ходатайствовать об открытии производства, а также решение вопроса о том, должны ли критерии, касающиеся открытия производства, отличаться друг от друга в зависимости от того, какая сторона обращается с ходатайством об открытии производства;

в) определение степени, в которой должнику следует позволить сохранить контроль над коммерческим предприятием после открытия производства по делу о несостоятельности, или же его следует отстранить от ведения дел и назначить независимую сторону (в настоящем *Руководстве* содержится ссылка на управляющего в деле о несостоятельности) для контроля над предприятием должника и управления им, а также определение различия, которое должно быть проведено между ликвидацией и реорганизацией в связи с этим;

г) обеспечение защиты активов должника от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам, и определение того, каким образом экономическая стоимость обеспечительного интереса может быть защищена в ходе производства по делу о несостоятельности;

д) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может решать судьбу контрактов, заключенных должником до открытия производства, по которым и должник, и его контрагент не исполнили свои соответствующие обязательства полностью;

- f) определение степени, в которой права на зачет требований или взаимозачет могут быть реализованы или защищены, несмотря на открытие производства по делу о несостоятельности;
- g) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, входящие в имущественную массу, или распоряжаться ими;
- h) определение степени, в которой управляющий в деле о несостоятельности может расторгать определенные виды сделок, приводящих к причинению ущерба интересам кредиторов;
- i) в случае реорганизации подготовку плана реорганизации и установление ограничений, если в них есть необходимость, в отношении содержания такого плана, определение того, кто будет разрабатывать план, а также условий, необходимых для его утверждения и осуществления;
- j) определение статуса кредиторов для целей распределения поступлений от ликвидации;
- k) осуществление плана реорганизации;
- l) распределение поступлений от ликвидации;
- m) освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия при ликвидации; и
- n) завершение производства.

29. Помимо этих конкретных тематических областей, более общий вопрос, который надлежит рассмотреть, заключается в том, каким образом законодательство о несостоятельности будет соотноситься с другими материально-правовыми нормами и повлечет ли за собой законодательство о несостоятельности фактически внесение изменений в такие нормы. Соответствующие нормы могут включать нормы трудового законодательства, которые предусматривают определенные виды защиты служащих, нормы законодательства, которые ограничивают возможность зачета требований и взаимозачета, нормы, которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акции, и нормы, которые предусматривают меры контроля за использованием иностранной валюты и иностранных инвестиций, что может влиять на содержание плана реорганизации (см. договоры найма и служащие, часть вторая, главы II.B и V.B; зачет требований и взаимозачет, часть вторая, главы G и H; и содержание плана реорганизации, часть вторая, глава IV).

30. Хотя институциональные основы не рассматриваются подробно в настоящем Руководстве, некоторые из этих вопросов затрагиваются ниже. Невзирая на большое разнообразие материально-правовых вопросов, которые должны быть решены, законодательство о несостоятельности в значительной мере является процессуальным по своему характеру. Структура процессуальных норм играет решающую роль в определении того, какие функции следует возложить на различных участников, особенно с точки зрения принятия решений. В той степени, в какой законодательство о несостоятельности возлагает на институциональную инфраструктуру значительную ответственность за принятие ключевых решений, весьма важно, чтобы такая инфраструктура была в достаточной мере развита для выполнения требуемых функций.

II. Механизм устранения финансовых трудностей должника

A. Переговоры о добровольной реструктуризации

31. Переговоры о добровольной реструктуризации стали применяться несколько лет тому назад в банковском секторе в качестве альтернативы официальному реорганизационному производству по делу о несостоятельности. Такие переговоры, которые проводят и на которые воздействуют банки и финансовые учреждения, действующие на мировом рынке, постепенно получили распространение в значительном числе юрисдикций, хотя частота их использования различается: как сообщается, в некоторых юрисдикциях они используются редко, тогда как в других реорганизация в большинстве случаев проводится путем таких переговоров. До некоторой степени эти результаты могут отражать существование (или отсутствие) того, что иногда называется "культурой санации", то есть степенью, в которой участники считают этот вид переговоров, по всей вероятности, успешными, независимо от формального отсутствия черт производства согласно законодательству о несостоятельности, например моратория.

32. Использование переговоров о добровольной реструктуризации в целом ограничивалось случаями возникновения у компаний финансовых трудностей или их несостоятельности, когда речь идет о значительной задолженности банкам и финансовым учреждениям. Эти переговоры направлены на обеспечение соблюдения договорных соглашений как между самими кредиторами, так и между кредиторами и должником в отношении реструктуризации предприятия-должника при изменении порядка финансирования или без такого изменения. Это может явиться средством обеспечения гибкости режима несостоятельности путем снижения необходимости в судебной инфраструктуре, содействия более заблаговременному и эффективному принятию ответных мер кредиторами, чем это было бы обычно возможным в рамках официального производства по делу о несостоятельности, и избежания стигматизации, с которой часто связана несостоятельность. Успех таких переговоров, хотя они и не основываются на положениях законодательства о несостоятельности или не полагаются на такие положения, в значительной степени зависит от существования и наличия эффективного и действенного законодательства о несостоятельности и вспомогательной институциональной основы⁶ при установлении санкций, которые могут способствовать успешным добровольным переговорам. Если должник и его банк и финансовые кредиторы не воспользуются возможностью для объединения и добровольного проведения переговоров, этот должник или кредиторы могут применить законодательство о несостоятельности, что сопряжено с вероятностью причинения ущерба интересам как должника, так и его кредиторов, с точки зрения задержек, издержек и результатов.

33. Хотя это не регулируется законодательством о несостоятельности, многие правовые системы предусматривают, что должник может заключить соглашения или договоренности с некоторыми из его кредиторов, причем такие соглашения или договоренности могут регулироваться, например, договорным правом, законодательством о компаниях или коммерческим правом, или же гражданско-процессуальным правом, или в некоторых случаях соответствующими банковскими правилами. Вместе с тем существует несколько юрисдикций, в которых не

⁶ Вопросы институциональной инфраструктуры рассматриваются в разделе III, ниже.

допускается заключение соглашений или договоренностей, направленных на реструктуризацию предприятия-должника и его долгов, вне рамок судебной системы или же законодательства о несостоятельности. Законодательство некоторых стран будет рассматривать шаги, связанные с такими переговорами о добровольной реструктуризации, как достаточные для того, чтобы суды сделали заявление о несостоятельности. Аналогичным образом, в ряде юрисдикций, поскольку они возлагают на должника обязательства открыть официальное производство по делу о несостоятельности в течение определенного времени после конкретно указанного события несостоятельности, проведение таких добровольных переговоров ограничивается обстоятельствами, при которых формальные условия для открытия производства не были соблюдены. Тем не менее предполагается, что банки и другие кредиторы в этих правовых системах часто используют различные методы для достижения реорганизации должников в определенной форме.

1. Необходимые предварительные условия

34. Переговоры о добровольной реструктуризации зависят в плане эффективности от ряда хорошо определенных первоначальных предпосылок. Эти предпосылки могут включать:

- a) значительную сумму долга, который причитается ряду кредиторов, являющихся крупными банками или финансовыми учреждениями;
- b) возникшую неспособность должника погашать такой долг;
- c) согласие с мнением о том, что, возможно, было бы предпочтительным провести переговоры для достижения договоренности между должником и финансовыми учреждениями, а также между самими финансовыми учреждениями для устранения финансовых трудностей должника;
- d) применение относительно совершенных методов рефинансирования, создания обеспечения, а также других коммерческих методов, которые могут использоваться для изменения, реорганизации или реструктуризации задолженности должника или самого должника;
- e) санкцию, предусматривающую, что если процесс переговоров не может быть начат или прерывается, то можно оперативно и эффективно прибегать к законодательству о несостоятельности;
- f) вероятность получения больших выгод всеми сторонами в результате процесса переговоров, чем путем прямого и непосредственного применения положений законодательства о несостоятельности (отчасти потому, что в данном случае результат поддается контролю участвующих в переговорах сторон, и такой процесс является менее дорогостоящим и может быть проведен быстро, без нарушения деловых операций должника);
- g) то обстоятельство, что должнику не требуются освобождение от коммерческих долгов или выгоды от официальной несостоятельности, такие как автоматический мораторий или способность отклонять обременительные долги; и
- h) благоприятный или нейтральный налоговый статус при реорганизации как в юрисдикции должника, так и в юрисдикциях иностранных кредиторов.

2. Основные процедуры

35. Для того чтобы быть эффективными, переговоры о добровольной реструктуризации требуют принятия ряда различных мер и обладания рядом профессиональных навыков. Основные элементы такой процедуры рассматриваются ниже.

а) Начало переговоров

36. Добровольные переговоры по существу сопряжены с согласованием действий должника и кредиторов или, по меньшей мере, основных кредиторов, один или несколько из которых должны начать переговоры (поскольку нельзя полагаться на какой-либо закон или посредника для начала, обязательного ведения или содействия этим переговорам). Должник может и не испытывать желания начинать диалог с кредиторами или по крайней мере со всеми его кредиторами, а кредиторы, хотя и испытывают озабоченность в связи со своим положением, могут проявлять незначительный интерес к коллективным переговорам. Именно в такой момент наличие и эффективность средств защиты, связанных с индивидуальными кредиторами, или официального производства по делу о несостоятельности могут использоваться для поощрения начала и дальнейшего ведения таких переговоров. Должник, который по-прежнему проявляет нежелание участвовать, может оказаться объектом действий, направленных на погашение индивидуального долга, на принудительную реализацию обеспечения либо даже на производство по делу о несостоятельности, которое он не будет в состоянии выиграть или задержать. В то же время кредиторы могут также оказаться объектом официального производства по делу о несостоятельности, которое фактически лишает их возможности принудительно реализовать свои индивидуальные права и которое может и не представлять собой оптимальную процедуру для возвращения им долга. Поэтому создание форума, на котором должник и кредиторы могут объединить свои усилия для изучения возможности и проведения переговоров с целью заключения договоренности, направленной на устранение финансовых трудностей должника, имеет решающее значение.

б) Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета

37. Добровольные переговоры потребуют участия всех ключевых заинтересованных кругов; как правило, решающую роль в таких переговорах играет группа заимодателей и иногда группа основных кредиторов, которые могут затрагиваться соглашением о добровольной реструктуризации. Для оптимальной координации хода переговоров зачастую назначается основной кредитор, обеспечивающий руководство, организацию, управление и администрацию. Такой кредитор обычно подотчетен комитету, который представляет интересы всех кредиторов (руководящий комитет) и может обеспечивать содействие и выступать в качестве органа для изучения предложений в отношении должника.

в) Согласование "паузы"

38. В целях продолжения деловых операций и обеспечения достаточного времени для получения и оценки информации о должнике, а также для разработки и оценки предложений по устранению финансовых трудностей должника, может потребоваться договорное соглашение о приостановлении неблагоприятных действий как должником, так и основными кредиторами. Такое соглашение, как правило, должно

действовать в течение определенного, обычно краткого, периода времени, если только оно не является ненадлежащим в каком-либо конкретном случае.

d) Привлечение консультантов

39. Попытки провести добровольную реструктуризацию без участия независимых экспертов и консультантов по различным областям знаний (например, в областях права, бухгалтерского учета, финансов и регулирования предпринимательской деятельности, маркетинга) предпринимаются весьма редко, если они предпринимаются вообще. Хотя можно предположить, что такое участие будет вести к возникновению излишних издержек и вмешательству в дела должника и кредиторов, а также к потере контроля, как правило, оно является необходимым для обеспечения предоставления информации, проверенной на независимой основе, а также профессиональной разработки планов в отношении рефинансирования, реструктуризации, управления и функционирования, которые имеют весьма важное значение для успеха таких переговоров.

e) Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности

40. Должнику, который становится кандидатом для участия в переговорах о добровольной реструктуризации, зачастую будет требоваться сохранение доступа к созданным кредитным линиям или к предоставлению новых кредитов. Предоставление кредитов существующими обеспеченными кредиторами может и не представлять собой проблему. Однако, если такой возможности нет и если требуются новые кредиты, могут возникать трудности в гарантировании последующего возвращения новых кредитов в случае неудачи переговоров. Хотя этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с законодательством о несостоятельности путем предоставления некоторой формы приоритета такому ведущемуся кредитованию (см. часть вторую, главу II.D), такое законодательство, как правило, не будет распространяться на соглашение, достигнутое посредством добровольных переговоров.

41. Тем не менее те кредиторы, которые участвуют в добровольных переговорах, могут достичь соглашения о том, что если один или несколько из них предоставляют новые кредиты, то другие кредиторы будут отодвигать свои требования, с тем чтобы создать возможность погашения новых кредитов до удовлетворения их требований. Таким образом, во взаимоотношениях между такими кредиторами будет достигнуто договорное соглашение о возвращении новых кредитов в случае успешных переговоров о реструктуризации. Однако в случае неудачи таких переговоров и ликвидации предприятия-должника кредитор, который предоставил новый кредит, может остаться с необеспеченным требованием (если только не было создано обеспечение) и получить лишь частичный платеж наряду с другими необеспеченными кредиторами.

f) Доступ к информации о должнике

42. Для надлежащей оценки финансового положения должника и любых предложений для представления соответствующим кредиторам решающее значение имеет доступ к полной и надежной информации о должнике. Информация, касающаяся активов, обязательств и деловых операций должника, должна предоставляться всем соответствующим кредиторам, однако может потребоваться, чтобы такая информация рассматривалась как конфиденциальная, если только она не является уже открытой для публичного доступа.

g) Отношения с кредиторами

43. Сложный характер интересов кредиторов зачастую представляет собой существенные проблемы для добровольных переговоров. Учет этих разных интересов и убеждение тех кредиторов, которые уже предприняли действия по возвращению долгов и принудительной реализации своих прав в отношении должника, в том, что им следует участвовать в переговорах, могут быть возможными только в том случае, если существует перспектива получения более оптимального результата с помощью этих переговоров или же если угроза открытия официального производства по делу о несостоятельности будет сдерживать кредиторов от реализации своих индивидуальных прав.

44. Вместе с тем во многих случаях привлечение каждого кредитора к переговорам не представляется возможным (или фактически необходимым) либо из-за их числа и весьма разных интересов, либо вследствие неэффективности привлечения кредиторов, которым причитаются лишь небольшие суммы денежных средств или которые не обладают специальными познаниями в области коммерческой деятельности либо не будут эффективно участвовать в переговорах. Хотя кредиторы, входящие в эти категории, зачастую могут быть оставлены за рамками переговоров, их нельзя игнорировать, поскольку они могут играть важную роль в продолжении операций коммерческого предприятия (в качестве поставщиков важных товаров или услуг или в качестве участников важных этапов производственного процесса должника), причем не существует правил, которые могут принуждать таких кредиторов к согласию с решением, принятым большинством кредиторов.

45. Весьма часто при переговорах о добровольной реструктуризации коммерческие и мелкие кредиторы получают платеж полностью. Хотя это предполагает наличие неравного статуса, это может иметь коммерческий смысл для группы крупных кредиторов. Альтернативный подход заключается в достижении с основными кредиторами соглашения по плану реструктуризации, а затем в использовании такого плана в качестве основы для официальной реорганизационной процедуры под надзором суда, в которой участвуют другие кредиторы (такой план иногда именуется "заранее разработанным" планом, а в настоящем Руководстве – ускоренным реорганизационным производством – см. часть вторую, главу IV.B). Затем такой план может стать обязательным для других кредиторов. Без эффективного официального режима несостоятельности этот результат при таких условиях не может быть достигнут.

3. Правила и руководящие принципы добровольной реструктуризации

46. Для содействия проведению переговоров о добровольной реструктуризации и, в частности, для решения вышеуказанных проблем в контексте сложных многонациональных коммерческих предприятий, ряд организаций разработали принципы и рекомендации, не носящие обязательного характера. Один из таких подходов называется "лондонским подходом", который основывается на не имеющих обязательного характера рекомендациях, выносимых Банком Англии коммерческим банкам. Банкам настоятельно предлагается проявлять благоприятное отношение к своим должникам, которые сталкиваются с финансовыми трудностями. Решения относительно долгосрочного будущего должника должны приниматься только на основе всеобъемлющей информации, распространяемой среди всех банков и других сторон, которые будут участвовать в достижении любого соглашения о будущем должника. Промежуточному финансированию способствуют соглашения о

временном отказе от принятия мер и о субординации, а банки действуют совместно с другими кредиторами с целью достижения общего мнения по вопросу о том, следует ли и на каких условиях сохранять финансовую жизнеспособность предприятия-должника. Аналогичные рекомендации были разработаны центральными банками других стран. Международной организацией, которая провела работу в этой области, является ИНСОЛ (Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности), разработавшая *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. Принципы предназначены для упрощения добровольных переговоров о реструктуризации и повышения вероятности их успешного завершения за счет рекомендаций различным группам кредиторов относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общих согласованных правил.

В. Виды производства по делу о несостоятельности

47. Для законодательства о несостоятельности большинства стран общими являются два основных вида производства: реорганизация и ликвидация.

48. Традиционное различие, или разница, между этими двумя видами производства может быть несколько искусственным и приводит к излишней поляризации и негибкости. Оно не учитывает, например, случаи, которые нелегко отнести к противоположным частям спектра, то есть случаи, в которых гибкий подход к финансовому положению должника, по всей вероятности, позволит достичь в интересах как должника, так и кредиторов, наилучших результатов с точки зрения максимизации стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности. В некоторых случаях термин "реорганизация" используется, например, для обозначения конкретного способа сохранения и возможного увеличения стоимости имущественной массы в контексте ликвидационного производства, то есть в случаях, когда законодательство предусматривает проведение ликвидации путем передачи коммерческого предприятия другому юридическому лицу в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В такой ситуации термин "реорганизация" указывает лишь на применение какого-либо иного метода, помимо традиционной ликвидации (то есть прямой продажи по частям или реализации активов), которая используется для получения максимально возможной стоимости в результате реализации имущественной массы. Для такой продажи или реализации законодательство о несостоятельности должно включать элемент гибкости, которая, как правило, отсутствует в законодательстве, где ликвидация определяется как продажа активов в возможно более краткие сроки и где коммерческая деятельность может продолжаться только для этих целей. Например, законодательством ряда стран управляющему в деле о несостоятельности фактически предоставляются полномочия на осуществление более выгодной продажи или реализации активов должника, чем это было бы в случае ликвидации. Аналогичным образом, реорганизация может требовать продажи значительных частей коммерческого предприятия должника, предусматривать последующую ликвидацию либо продажу предприятия какой-либо другой компании или же роспуск существующей компании должника.

49. По этим причинам целесообразно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало нечто большее, чем просто выбор между одним узко определенным видом реорганизации и строго традиционной ликвидацией. Поскольку понятие реорганизации может быть сопряжено с целым рядом

договоренностей, целесообразно, чтобы в законодательстве о несостоятельности использовался подход, который не является предписывающим и который поддерживает договоренности, позволяющие достичь такого результата, какой предусматривает предоставление большей стоимости кредиторам, чем в случае ликвидации должника.

50. Когда речь идет об основных положениях эффективного и действенного режима несостоятельности, настоящее *Руководство* сосредоточивается на реорганизационном производстве, с одной стороны, и ликвидационном производстве – с другой. Однако принятие этого подхода не призвано указывать на то, что предпочтение отдается какому-либо конкретному производству или же тому, каким образом различное производство должно быть отражено в законодательстве о несостоятельности. Напротив, в *Руководстве* прослеживается стремление сопоставить и противопоставить основные элементы различных видов производства и содействовать использованию подхода, который сосредоточивается на максимизации результата для сторон, участвующих в производстве по делу о несостоятельности, а не на строгом определении видов производства. Это может быть достигнуто путем разработки такой структуры законодательства о несостоятельности, которая включала бы традиционные официальные элементы таким образом, чтобы это способствовало обеспечению максимальной гибкости.

1. Реорганизационное производство

51. Реорганизация является одним из средств устранения финансовых трудностей должника, призванным сохранить компанию, а если это невозможно, то предприятие. Такая процедура может принимать одну из нескольких форм и более существенно различаться в плане концепции, признания и применения, чем ликвидация. В целях упрощения пользования термин "реорганизация" используется в *Руководстве* в широком смысле для обозначения того вида производства, конечная цель которого заключается в создании условий, позволяющих должнику преодолеть свои финансовые трудности и возобновить или продолжить обычные коммерческие операции (даже хотя в некоторых случаях это может приводить к уменьшению масштабов деятельности коммерческого предприятия, его продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы другой компании или его последующей ликвидации).

52. Не все должники, которые совершают ошибки или сталкиваются с серьезными финансовыми трудностями на конкурентном рынке, должны быть ликвидированы в обязательном порядке; должнику с разумными перспективами дальнейшей деятельности (например, должнику, который располагает потенциально доходным предприятием) следует предоставить такую возможность, если можно показать, что большую ценность (и, следовательно, большую выгоду для кредиторов в долгосрочном плане) представляет собой сохранение основного предприятия и других составных частей должника. Реорганизационное производство призвано дать должнику некоторую "передышку", с тем чтобы он мог преодолеть свои временные трудности с ликвидностью или более постоянную чрезмерную задолженность, и, в случае необходимости, дать ему возможность реструктурировать свои операции и отношения с кредиторами. Если реорганизация является возможной, то в целом кредиторы отдадут предпочтение ей при условии, что стоимость, полученная в результате продолжения функционирования коммерческого предприятия должника, повысит стоимость их требований. Вместе с тем реорганизация не подразумевает, что все субъекты должны быть полностью защищены или что их финансовое или

коммерческое положение должно быть восстановлено в такой степени, какая была бы достигнута в случае ненаступления несостоятельности. Она не подразумевает, что предприятие должника будет полностью восстановлено или что его кредиторы получат платежи в полном размере, или что собственники и управляющие несостоятельного должника сохранят свое соответствующее положение. Руководящее звено может быть ликвидировано или заменено, стоимость акций акционеров может быть сведена к нулю, служащие могут попасть под сокращение, а источник рынка для поставщиков может исчезнуть. Однако в целом реорганизация подразумевает, что, какая бы форма плана, схемы или договоренности ни была согласована, кредиторы в конечном счете получают больше, чем в случае ликвидации предприятия должника.

53. Дополнительные факторы, поддерживающие использование реорганизации, обуславливаются, в частности, тем, что современная экономика значительно уменьшила степень, в которой может быть максимизирована стоимость активов должника посредством ликвидации. В тех случаях, когда технические специальные познания и хорошая репутация являются более важными, чем физические активы, сохранение людских ресурсов и деловых взаимоотношений представляет собой существенно важный элемент стоимости, который нельзя реализовать посредством ликвидации. Кроме того, более вероятно, что долгосрочные экономические выгоды будут получены с помощью реорганизационного производства, поскольку оно побуждает должников к принятию мер до того, как их финансовые трудности станут более серьезными. И наконец, существуют социальные и политические соображения, обуславливающиеся возможностью реорганизационного производства, которые защищают, например, служащих попавшего в затруднительное положение должника.

54. Реорганизация может принимать ряд различных форм. Они могут включать простое соглашение относительно задолженности (называемое мировым соглашением) в тех случаях, когда, например, кредиторы соглашаются получить определенную процентную долю причитающейся им задолженности в порядке полного и окончательного погашения их требований к должнику. Таким образом, размер задолженности сокращается, а должник становится состоятельным и может продолжать свою деятельность. Они могут быть также сопряжены со сложной реорганизацией, в рамках которой, например, производится реструктуризация задолженности (например, путем продления сроков кредитования и периода времени, в течение которого могут быть произведены платежи, переноса сроков выплаты процентов на более позднее время или изменения кредиторов); некоторые долги могут быть преобразованы в акции наряду с сокращением (или даже упразднением) существующего объема акций; вспомогательные активы могут быть проданы, а не приносящие дохода виды коммерческой деятельности прекращены. Выбор способа осуществления реорганизации, как правило, предполагает учет размеров предприятия и степень затруднительности конкретного положения должника.

55. Хотя реорганизация может и не включаться так же широко, как ликвидация, в законодательство о несостоятельности, и поэтому, возможно, не существует единого порядка ее осуществления, можно определить ряд ключевых или основных элементов, включая следующие:

а) согласие должника на осуществление данного производства (будь то по собственному заявлению или же на основании заявления кредиторов), которое

может предусматривать или же не предусматривать контроль или надзор со стороны суда;

b) автоматический и обязательный мораторий или приостановление процессуальных действий и производства в отношении активов должника, распространяющиеся на всех кредиторов в течение установленного срока;

c) продолжение коммерческих операций должника либо существующей администрацией, либо независимым управляющим или же на основе сочетания этих вариантов;

d) разработка плана, в котором предлагается режим в отношении кредиторов, акционеров и самого должника;

e) рассмотрение вопроса о принятии такого плана кредиторами и голосование по этому вопросу;

f) возможно, одобрение/подтверждение принятого плана в судебном порядке; и

g) осуществление плана.

56. Преимущества реорганизации получают все большее признание, и законодательство о несостоятельности многих стран включает положения, касающиеся официального реорганизационного производства. Степень, в которой официальное реорганизационное производство, в отличие от некоторой формы добровольных переговоров, используется для достижения целей реорганизации, является разной в различных странах. В любом случае, по общему признанию, существование ликвидации в рамках законодательства о несостоятельности может способствовать реорганизации предприятия-должника путем установления как для кредиторов, так и для должников, стимулов к достижению надлежащего соглашения посредством плана реорганизации.

57. Однако зачастую существует связь между степенью финансовых затруднений, с которыми сталкивается должник, сложным характером его деловых договоренностей и трудностями поиска надлежащего решения. Например, в том случае, если речь идет о каком-либо одном банке, вполне вероятно, что должник может провести переговоры с этим банком о заключении соглашения о добровольной реструктуризации и устранить свои трудности без привлечения коммерческих кредиторов и необходимости начать производство в рамках законодательства о несостоятельности. Если финансовое положение является более сложным и требует участия большого числа различных видов кредиторов, то, возможно, потребуется большая степень официальности для поиска решения, учитывающего различные интересы и цели этих кредиторов, поскольку соглашения о добровольной реструктуризации требуют единогласия участвующих сторон. Реорганизационное производство может способствовать достижению желаемой цели в том случае, если такое производство позволяет должнику и большинству кредиторов ввести в действие план, с которым не согласно меньшинство кредиторов, особенно когда имеются кредиторы, которые "воздержались" от участия во внесудебных переговорах. В некоторых случаях производство в рамках законодательства о несостоятельности весьма действенно, в особенности поскольку регулируется таким законодательством, тогда как в других случаях добровольные переговоры являются успешными в связи с отсутствием нормативных правил.

2. Ускоренное реорганизационное производство

58. Некоторые страны установили процедуры, которые можно охарактеризовать как "процедуры, используемые до наступления несостоятельности" или "заранее разработанные" процедуры (в настоящем *Руководстве* называемые "ускоренным реорганизационным производством"), и которые фактически представляют собой сочетание переговоров о добровольной реструктуризации и реорганизационного производства в рамках законодательства о несостоятельности. Например, законодательством о несостоятельности одной из стран разрешается открыть производство для получения официального подтверждения судом плана реорганизации, который был составлен на добровольной основе и одобрен кредиторами путем голосования, имевшего место до открытия этого производства. Такое производство призвано свести к минимуму затраты и задержки, связанные с официальным реорганизационным производством, обеспечивая в то же время средству, с помощью которого план реорганизации, разработанный в добровольном порядке, тем не менее может быть одобрен в отсутствие единодушной поддержки со стороны кредиторов. Такая процедура позволяет принять план реорганизации, составленный на основе добровольных переговоров, для обеспечения реорганизации, которая будет обязательной для всех кредиторов, и в то же время для распространения на затрагиваемых кредиторов мер защиты, которые предусматриваются законодательством о несостоятельности.

59. Принятое в другой стране законодательство о несостоятельности предусматривает, что для оказания содействия заключению мирового соглашения со своими кредиторами должник может просить суд назначить "посредника". Такой посредник не обладает особыми полномочиями, но может просить суд установить мораторий на действия всех кредиторов, если, по его мнению, такой мораторий способствовал бы заключению соглашения об урегулировании. В течение действия моратория должник не может производить какие-либо платежи для удовлетворения предыдущих требований (за исключением заработной платы) или распоряжаться какими-либо активами иначе, чем в ходе обычных коммерческих операций. Эта процедура прекращается тогда, когда достигнуто соглашение либо со всеми кредиторами, либо (при условии одобрения судом) с основными кредиторами; в последнем случае суд может сохранять действие моратория в отношении неучаствующих кредиторов путем установления для должника льготного периода продолжительностью до двух лет.

60. Эти виды процедур более подробно рассматриваются в части второй, главе IV.B.

3. Ликвидация

61. Вид производства, именуемый "ликвидацией", регулируется законодательством о несостоятельности и, как правило, предусматривает принятие каким-либо публичным органом (обычно, хотя вовсе не обязательно, судом, который действует через должностное лицо, назначенное для этой цели) в свое ведение активов должника для прекращения коммерческой деятельности должника, преобразования неденежных активов в денежную форму и последующего распределения поступлений от продажи или реализации активов на пропорциональной основе среди кредиторов. Хотя в целом может требоваться продажа или реализация активов по частям в возможно более краткие сроки, законодательство о несостоятельности некоторых стран позволяет ликвидацию, сопряженную с продажей коммерческого предприятия в качестве производственных

единиц или же в качестве функционирующей хозяйственной единицы; в соответствии с законодательством других стран это разрешается только в рамках реорганизации. Ликвидация обычно приводит к роспуску или прекращению существования предприятия-должника как коммерческого юридического лица.

62. Различные виды ликвидационного производства, как представляется, весьма похожи с точки зрения понятия, признания и применения и обычно осуществляются по следующей схеме:

a) подача заявления в суд или другой компетентный орган либо должником, либо кредитором (кредиторами);

b) вынесение постановления или решения о ликвидации должника;

c) назначение независимого лица для осуществления ликвидационной процедуры и управления ею;

d) прекращение коммерческой деятельности должника, если коммерческое предприятие должника не может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и прекращение полномочий собственников и директоров и найма служащих;

e) продажа или реализация активов должника либо по частям, либо в качестве функционирующей хозяйственной единицы;

f) рассмотрение требований кредиторов и вынесение решения по ним;

g) распределение имеющихся средств среди кредиторов (в соответствии с определенной формой приоритета); и

h) роспуск компании-должника, если она является корпорацией или имеет какую-либо иную форму юридического лица, или освобождение от обязательств в случае физического лица.

63. Существует ряд правовых и экономических обоснований ликвидации. В широком смысле можно утверждать, что коммерческое предприятие, которое не способно конкурировать в условиях рыночной экономики, должно быть устранено с рынка. Основным отличительным признаком неконкурентоспособного предприятия является то, что оно отвечает одному из критериев несостоятельности, то есть оно не способно выплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или же сумма его долгов превышает стоимость его активов. Если говорить более конкретно, то необходимость использования ликвидационного производства может рассматриваться как решение межкредиторских проблем (если активы несостоятельного должника являются недостаточными для удовлетворения требований всех кредиторов, то коренным интересам какого-либо кредитора будет отвечать принятие мер по удовлетворению его требований до того, как другие кредиторы смогут предпринять аналогичные действия) и как дисциплинирующий фактор, который остается существенно важным элементом устойчивых взаимоотношений между должником и кредиторами. Упорядоченное и эффективное ликвидационное производство позволяет решать межкредиторскую проблему путем возбуждения коллективного производства, направленного на недопущение таких действий, которые, хотя и могут считаться отдельными кредиторами отвечающими их собственным коренным интересам, по существу ведут к утрате стоимости для всех кредиторов. Коллективное производство призвано обеспечить справедливый режим для кредиторов путем установления равного статуса кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и максимально повысить стоимость

активов должника на благо всех кредиторов. Это обычно достигается путем установления моратория на принудительную реализацию индивидуальных прав кредиторов в отношении должника и назначения независимого лица, основная обязанность которого заключается в максимальном повышении стоимости активов должника для распределения среди кредиторов.

64. Упорядоченный и относительно предсказуемый механизм принудительной реализации коллективных прав кредиторов может также обеспечивать кредиторам элемент предсказуемости во время принятия ими решений о кредитовании, а также в более общем плане способствовать учету интересов всех участников экономической деятельности посредством облегчения кредитования и развития финансовых рынков. Это не означает, что законодательство о несостоятельности должно функционировать как средство принудительной реализации прав индивидуальных кредиторов, хотя между механизмами принудительной реализации и несостоятельности имеется ясная и значимая взаимосвязь. Эффективность и действенность процедур принудительной реализации индивидуальных прав кредиторов будут означать, что кредиторы не принуждаются к использованию производства по делу о несостоятельности с этой целью, особенно потому, что производство по делу о несостоятельности обычно требует определенного уровня доказывания и объема издержек и сопряжено с такой процессуальной сложностью, которая обуславливает его непригодность для использования таким образом. Тем не менее эффективное производство по делу о несостоятельности будет обеспечивать, чтобы в случае, когда механизмы принудительного взыскания задолженности не срабатывают, кредиторы располагали возможностью окончательного обращения за помощью, которая может действовать как эффективный стимул для упорно не исполняющего свои обязательства должника, побуждающий его к платежу конкретному кредитору.

4. Организация законодательства о несостоятельности

65. Существуют весьма различные подходы к структуре процедур несостоятельности, что ведет к выбору одной из таких процедур. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает гибкое, единое производство по делу о несостоятельности, с установлением одного требования в отношении его открытия, причем такое производство может привести либо к ликвидации, либо к реорганизации предприятия, в зависимости от обстоятельств конкретного случая. Законодательство других стран предусматривает два отдельных вида производства, для каждого из которых установлены особые требования в отношении доступа к ним и их открытия при различных возможностях преобразования одного производства в другое. В тех положениях законодательства, в которых ликвидация и реорганизация рассматриваются в качестве отдельных видов производства, это делается на основе различных основополагающих соображений социального и коммерческого характера. Вместе с тем, как следует из результатов рассмотрения соответствующих вопросов, которые приводятся ниже, в части второй, для ликвидации и реорганизации характерно значительное число общих вопросов, и в результате этого между ними возникают существенные совпадения и связи с точки зрения как процессуальных шагов, так и материально-правовых вопросов.

66. Вопрос о том, какой вид производства будет предусмотрен, решается по меньшей мере теоретически, на основе определения того, является ли предприятие несостоятельного должника жизнеспособным. Тем не менее на практике в момент начала реорганизации или ликвидации зачастую невозможно окончательно оценить

финансовую жизнеспособность коммерческого предприятия. Некоторые недостатки этого подхода заключаются в том, что его использование может привести к нежелательной степени поляризации между ликвидацией и реорганизацией и к задержкам, большим затратам и неэффективности, особенно, например, в том случае, если неудача в реорганизации требует подачи нового отдельного заявления в отношении ликвидации. Этот недостаток можно до некоторой степени преодолеть путем установления определенных взаимосвязей между двумя видами производства, с тем чтобы предусмотреть возможность преобразования одного вида производства в другой при определенных конкретных обстоятельствах, а также путем включения средств, призванных предупреждать злоупотребление производством по делу о несостоятельности, таких как открытие реорганизационного производства в целях уклонения от ликвидации или ее затягивания.

67. В связи с вопросом о выборе вида производства в некоторых странах предусматривается, что стороне, подающей заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности, первоначально предоставляется выбор между ликвидацией и реорганизацией. Если ликвидационное производство начинается по инициативе одного или более кредиторов, то законодательство зачастую предусматривает механизм, который позволяет должнику ходатайствовать о преобразовании этого производства в реорганизационное, когда это практически возможно. Если должник подает заявление о возбуждении реорганизационного производства либо по собственной инициативе, либо вследствие подачи кредитором заявления о возбуждении ликвидационного производства, то заявление о возбуждении реорганизационного производства должно логически рассматриваться в первую очередь. Тем не менее в целях защиты кредиторов в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается механизм, позволяющий преобразовывать реорганизационное производство в ликвидационное, если определяется, что реорганизационные процедуры вряд ли увенчаются успехом или не могут быть успешными. Другой механизм защиты кредиторов может предусматривать установление максимального срока, в течение которого может быть продолжено реорганизационное производство вопреки воле кредиторов.

68. Как правило, ликвидационное и реорганизационное производство, хотя они обычно предусматриваются в качестве отдельных процедур, осуществляются последовательно, то есть ликвидационное производство применяется только в том случае, если успешное проведение реорганизации представляется маловероятным или если мероприятия по реорганизации не увенчались успехом. В соответствии с общей презумпцией, принятой в некоторых системах урегулирования дел о несостоятельности, предприятие подлежит реорганизации, а ликвидационное производство может быть открыто только после провала всех попыток провести реорганизацию этого предприятия. В рамках систем урегулирования дел о несостоятельности, которые предусматривают возможность преобразования, заявление о преобразовании реорганизационного производства в ликвидационное может быть подано должником, кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств, предусмотренных в законодательстве. К таким обстоятельствам могут относиться неспособность должника производить платежи в период после подачи заявления по мере наступления сроков погашения; неутверждение кредиторами или судом плана реорганизации; неспособность должника выполнять свои обязательства в соответствии с утвержденным планом; или осуществление должником действий, представляющих собой попытку обмануть кредиторов (см. часть вторую, главу IV). Хотя возможность преобразования реорганизационного производства в ликвидационное

предусматривается довольно часто, большинство систем урегулирования дел о несостоятельности не допускает возможности повторного преобразования в реорганизационное производство после того, как реорганизационное производство уже было преобразовано в ликвидационное.

69. Трудности, связанные с определением на первоначальных этапах целесообразности применения по отношению к должнику ликвидационной процедуры вместо реорганизационной процедуры, вынудили некоторые страны пересмотреть свое законодательство о несостоятельности и заменить отдельные виды производства "единым" производством⁷. В соответствии с "единым подходом" устанавливается первоначальный период времени (который обычно именуется контрольным сроком и продолжительность которого, согласно имеющимся примерам единого законодательства, может составлять до трех месяцев), в течение которого не выдвигается какое-либо предположение о том, будет ли данное предприятие в конечном счете реорганизовано или же ликвидировано. Выбор между ликвидационным или реорганизационным производством происходит только после оценки финансового состояния должника и определения того, является ли реорганизация фактически возможной. Основные преимущества подобного подхода заключаются в его простоте в процессуальном отношении, его гибкости и возможной экономии с точки зрения затрат. Простое единое производство может также побуждать должников, сталкивающихся с финансовыми трудностями, к заблаговременному возбуждению производства, что повышает вероятность успешной реорганизации. Вместе с тем недостатком этого подхода может быть задержка, которая имеет место между принятием решения об открытии производства и принятием решения в отношении того, какое производство должно использоваться, а также последствия для коммерческого предприятия должника и стоимости активов должника, которые могут возникнуть в результате такой задержки. Чтобы ни предусматривало законодательство о несостоятельности с точки зрения ликвидации и реорганизации, оно должно обеспечивать, чтобы должник, который попал в эту систему, не мог выйти из нее без того или иного окончательного определения его будущего.

С. Административные процедуры

70. В течение последних лет в ряде стран, затрагиваемых кризисом, были разработаны полуофициальные "структурированные" формы процедур несостоятельности под воздействием, в первую очередь, правительств или центральных банков для решения системных финансовых проблем в рамках банковского сектора. Эти процедуры разрабатывались на основе схожей структуры. Во-первых, каждая из этих процедур предусматривает наличие ведомства, оказывающего содействие, с тем чтобы поощрять и отчасти координировать и управлять процедурой для установления стимулов и мотивации, необходимых для их разработки. Во-вторых, в основе каждой процедуры лежит соглашение между коммерческими банками, в котором участники соглашаются следовать совокупности "правил" в отношении корпоративных должников, которые имеют задолженность перед одним или несколькими банками и которые могут участвовать в этой процедуре. Эти правила предусматривают процедуры, которым необходимо следовать, и условия, которые необходимо устанавливать в случаях, когда

⁷ В случае выбора единой системы потребуется включить некоторые изменения в различные основные элементы законодательства о несостоятельности.

предпринимается попытка реорганизации какой-либо компании. В некоторых юрисдикциях компания-должник, которая стремится провести переговоры относительно реорганизации в рамках этой процедуры, должна согласиться с применением таких правил. В-третьих, предусматриваются предельные сроки осуществления различных частей таких процедур, а в некоторых случаях соглашения в принципе могут быть переданы в соответствующий суд для начала реорганизационного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности. Кроме того, одна из этих стран создала специальное ведомство, которое располагает, в соответствии с регулирующим его деятельностью законодательством, чрезвычайно широкими полномочиями по приобретению проблемных займов у банковского и финансового секторов, а затем применению внесудебных процедур в отношении компании-должника, не выполнившей свои обязательства, включая принудительную или вынужденную реорганизацию.

71. Поскольку эти процедуры являются относительно сложными и сопряжены с разработкой специальных правил и положений и поскольку они затрагивают конкретные ситуации системного отказа, они не рассматриваются в *Руководстве*.

III. Институциональные основы

72. Законодательство о несостоятельности является частью общей правовой системы в области торговли и в силу своего применения в данной области в значительной степени зависит не только от развитой правовой системы в области торговли, но и от разработанных институциональных основ применения законодательства. В связи с этим варианты разработки или реформирования законодательства о несостоятельности необходимо будет тесно увязывать с возможностями существующих институтов. Система несостоятельности будет эффективной лишь в том случае, если суды и должностные лица, отвечающие за ее осуществление на практике, будут обладать потенциалом, необходимым для обеспечения наиболее эффективных, своевременных и справедливых результатов для тех, в чьих интересах действует система несостоятельности. Если такой институциональный потенциал еще не создан, то весьма желательно, чтобы реформа законодательства о несостоятельности сопровождалась институциональной реформой, где затраты на создание и сохранение необходимых институциональных основ оцениваются с точки зрения преимуществ, которые приносит эффективная и действенная система, пользующаяся доверием общественности. Хотя подробное обсуждение средств, с помощью которых можно развить или укрепить институциональный потенциал, выходит за рамки данного руководства, можно сделать ряд замечаний общего характера.

73. В большинстве юрисдикций производство по делу о несостоятельности ведется судебным органом, зачастую через суды по торговым делам или суды общей юрисдикции, или же, в некоторых случаях, через специализированные суды по делам о банкротстве. Иногда судьи обладают специальными знаниями и занимаются только вопросами несостоятельности, в то время как в других случаях вопросы несостоятельности составляют лишь одну из целого ряда более широких обязанностей суда. В небольшом числе юрисдикций роль, которую в других юрисдикциях отводят судам, исполняют несудебные или квазисудебные учреждения.

74. При разработке законодательства о несостоятельности, возможно, было бы целесообразным учитывать, в какой степени суды должны будут осуществлять надзор за процессом и можно ли ограничить их роль в отношении различных частей

такого процесса или сбалансировать ее ролью других участников процесса, таких как кредиторы и управляющий в деле о несостоятельности. Это имеет особое значение в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности требует от судей оперативного рассмотрения сложных вопросов несостоятельности (которые часто включают в себя коммерческие и хозяйственные вопросы), а возможности судебной системы ограничены в силу ее размера, общей нехватки ресурсов в судебной системе и отсутствия специальных знаний и опыта в связи с такими вопросами, какие могут встречаться в делах о несостоятельности.

75. Чтобы ограничить роль, отводимую суду, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть, например, право управляющего принимать решения по ряду вопросов, таких как проверка и признание требований, необходимость в финансировании после открытия производства, перевод обеспеченных активов, не имеющих стоимости, в состав имущественной массы, продажа крупных активов, начало действий по расторжению сделок и режим в отношении контрактов, когда не требуется вмешательства суда, за исключением случаев возникновения спора. Применение такого подхода зависит от наличия соответствующего квалифицированного персонала, способного исполнять функции управляющих в делах о несостоятельности. Кредиторы также могут быть уполномочены давать консультации управляющему в деле о несостоятельности или утверждать некоторые его решения, например, об утверждении продажи важных активов или получении финансовых средств после открытия производства, когда не требуется вмешательства суда, за исключением случаев возникновения спора. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить процедуры, которые потребуют одобрения суда, например, определение приоритета над правами существующих обеспеченных кредиторов обеспечивать финансирование после открытия производства.

76. Способность суда заниматься нередко сложными коммерческими вопросами, возникающими в делах о несостоятельности, – это зачастую вопрос не только знаний и опыта в связи с конкретной юридической и деловой практикой, но и регулярного обновления современных знаний и опыта. Чтобы разрешить вопрос о потенциале судов, необходимо уделять особое внимание образованию и непрерывной подготовке судебного персонала, причем не только судей, но и секретарей и других работников судов, что поможет поддерживать режим несостоятельности, способный эффективным и действенным образом справляться с нагрузкой по делам о несостоятельности.

77. Еще одно соображение относительно способности суда осуществлять надзор в делах о несостоятельности касается сбалансированного представления в законодательстве о несостоятельности императивных и дискреционных компонентов. Хотя императивные элементы, такие как автоматическое открытие производства или автоматическое введение моратория, могут обеспечить высокую степень определенности и предсказуемости для должника и кредиторов, а также ограничить число вопросов, требующих рассмотрения в судах, они могут привести и к излишней жесткости, если элементов такого рода будет слишком много. Дискреционный подход позволяет суду оценивать факты и обстоятельства с учетом возникших ранее общих интересов и интересов лиц, затронутых принятым решением и рыночными условиями. Он также может возлагать определенное бремя на суд, если у него нет знаний или опыта, необходимых для оценки этих соображений, или ресурсов для своевременного реагирования. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, например, подтверждение

плана реорганизации судом, целесообразно не направлять суду просьбу о выполнении сложных экономических оценок осуществимости или целесообразности данного плана, а ограничить его работу процессом утверждения или решения других конкретных вопросов. Если законодательство о несостоятельности требует дискреционного подхода от того или иного директивного органа, например, суда, то желательно предусмотреть также соответствующие ориентиры в отношении применения такого дискреционного подхода надлежащим образом, особенно когда это связано с экономическими или коммерческими вопросами. Такой подход соответствует общей задаче установления режима несостоятельности, характеризующегося прозрачностью и предсказуемостью.

78. Адекватность правовой инфраструктуры и, в частности, ресурсов, имеющихся у судов, которые занимаются делами о несостоятельности, может иметь важное значение с точки зрения воздействия на эффективность рассмотрения дел о несостоятельности и на продолжительность времени, необходимого для производства по делам о несостоятельности. Это соображение может быть уместным при решении вопроса о том, следует ли в законодательстве о несостоятельности указывать временные рамки для ведения некоторых частей производства. Если судебная инфраструктура не способна своевременно отвечать на предъявляемые к ней требования, чтобы обеспечить соблюдение сторонами временных рамок и оперативное ведение производства по делам о несостоятельности, то включение таких положений в законодательство не приведет к достижению цели установления эффективного и действенного режима несостоятельности. Процессуальные нормы также будут иметь значение для ведения дел, а хорошо разработанные правила помогут судам и специалистам, занимающимся делами о несостоятельности, эффективно и упорядоченно учитывать экономическое положение должника, сводя к минимуму задержки, которые могут привести к снижению стоимости активов должника и ухудшить перспективы успешного производства по делу о несостоятельности (будь то ликвидационного или реорганизационного). Такие правила будут также способствовать достижению определенной степени предсказуемости и единообразия режима при переходе от одного дела к другому.

79. Практическое применение системы несостоятельности зависит не только от суда, но и от специалистов, участвующих в процессе по делу о несостоятельности, будь то управляющие в делах о несостоятельности, юрисконсульты, бухгалтеры, специалисты по оценке или другие профессиональные консультанты. Развитию потенциала может помочь принятие профессиональных стандартов и профессиональная подготовка. Возможно, было бы целесообразным оценить, какие функции в вопросах несостоятельности являются действительно публичными по своему характеру и должны осуществляться в публичном секторе для обеспечения необходимого уровня доверия и уверенности, необходимого для того, чтобы система несостоятельности была эффективной, и какие функции могут выполняться посредством создания достаточных стимулов для субъектов частного сектора, участвующих в процессе несостоятельности. Одним из примеров может быть управляющий в деле о несостоятельности.



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
30 September 2003

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Тридцатая сессия
Нью-Йорк, 29 марта – 2 апреля 2004 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Содержание

| | <i>Пункты</i> | <i>Стр.</i> |
|--|---------------|-------------|
| Часть вторая | | |
| Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности | 80–669 | 49 |
| I. Подача заявления и открытие производства | 82–152 | 49 |
| A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция | 82–99 | 49 |
| 1. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, которых должно охватывать законодательство о несостоятельности | 82–91 | 49 |
| a) Физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью... | 84–87 | 50 |
| b) Государственные предприятия | 88–90 | 52 |
| c) Должники, требующие особого режима | 91 | 53 |
| 2. Юрисдикция | 92–99 | 53 |
| a) Центр основных интересов | 93–94 | 53 |
| b) Предприятие | 95–96 | 54 |
| c) Наличие активов | 97–98 | 55 |
| d) Компетентные суды | 99 | 55 |
| Рекомендации 1–6 | | 56 |
| B. Открытие производства | 100–152 | 57 |
| 1. Введение | 100–102 | 57 |

| | | | |
|-----|---|---------|----|
| 2. | Стандарты открытия производства | 103–111 | 58 |
| a) | Критерий ликвидности, движения наличности или полного прекращения платежей | 103–104 | 58 |
| b) | Балансовый критерий | 105–106 | 59 |
| c) | Разработка стандарта открытия производства..... | 107–111 | 60 |
| 3. | Ликвидация..... | 112–122 | 62 |
| a) | Стороны, которые могут подать заявление | 112 | 62 |
| b) | Подача заявления должником | 113–115 | 62 |
| c) | Подача заявления кредитором | 116–119 | 64 |
| d) | Подача заявления государственным органом..... | 120–122 | 65 |
| 4. | Реорганизация | 123–131 | 66 |
| a) | Стороны, которые могут подавать заявление..... | 123 | 66 |
| b) | Подача заявления должником | 124–125 | 67 |
| c) | Подача заявления кредитором | 126–131 | 68 |
| 5. | Процессуальные вопросы | 132–146 | 70 |
| a) | Подача заявления об открытии производства | 132 | 70 |
| b) | Решение об открытии производства по делу о несостоятельности | 133–135 | 70 |
| c) | Установление предельного срока для вынесения решения об открытии производства | 136–137 | 71 |
| d) | Отклонение заявления об открытии производства | 138–140 | 72 |
| e) | Уведомление об открытии производства..... | 141–146 | 73 |
| 6. | Должники, имеющие недостаточный объем активов..... | 147–149 | 75 |
| 7. | Сборы в связи с производством по делу о несостоятельности | 150–151 | 77 |
| 8. | Прекращение производства после его открытия | 152 | 78 |
| | Рекомендации 7–23 | | 78 |
| II. | Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности..... | 153–360 | 82 |
| A. | Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности | 153–175 | 82 |
| 1. | Введение | 153–155 | 82 |
| 2. | Активы, включаемые в имущественную массу в делах о несостоятельности | 156–168 | 82 |
| a) | Общее определение имущественной массы в делах о несостоятельности | 156–158 | 82 |
| b) | Обремененные активы | 159–161 | 84 |
| c) | Активы, принадлежащие третьим сторонам | 162–164 | 85 |

| | | |
|---|---------|-----|
| d) Иностраннные активы | 165–166 | 86 |
| e) Возвращенные активы | 167–168 | 87 |
| 3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности | 169–172 | 87 |
| a) Исключения общего характера | 169 | 87 |
| b) Случай, когда должником является физическое лицо | 170–172 | 88 |
| 4. Момент образования имущественной массы в деле о несостоятельности и взыскания активов | 173–175 | 89 |
| Рекомендации 24–26 | | 90 |
| B. Защита и сохранение имущественной массы | 176–219 | 90 |
| 1. Введение | 176 | 90 |
| 2. Защита имущественной массы путем применения моратория | 177–180 | 91 |
| 3. Сфера применения моратория | 181–189 | 92 |
| a) Действия, к которым будет применяться мораторий | 181–183 | 92 |
| b) Исключения из сферы применения моратория | 184 | 94 |
| c) Обеспеченные кредиторы | 185–189 | 94 |
| 4. Дискреционное или автоматическое введение моратория | 190 | 96 |
| 5. Момент введения моратория | 191–200 | 97 |
| a) Указание конкретного момента вступления моратория в силу | 192 | 97 |
| b) Введение моратория с момента подачи заявления о возбуждении производства | 193 | 97 |
| c) Применение моратория с момента возбуждения производства | 194–200 | 97 |
| 6. Срок действия моратория | 201–204 | 100 |
| a) Необеспеченные кредиторы | 201 | 100 |
| b) Обеспеченные кредиторы | 203–204 | 100 |
| 7. Продление срока действия моратория | 205 | 101 |
| 8. Защита обеспеченных кредиторов | 206–215 | 102 |
| a) Защита от моратория | 207–209 | 102 |
| b) Защита стоимости | 210–215 | 103 |
| 9. Ограничения, накладываемые на распоряжение активами должником | 216–219 | 106 |
| Рекомендации 27–39 | | 107 |
| C. Использование активов и распоряжение ими | 220–239 | 111 |
| 1. Введение | 220 | 111 |
| 2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности | 221–235 | 112 |

| | | | |
|----|---|---------|-----|
| a) | Обычная хозяйственная деятельность | 221–224 | 112 |
| b) | Методы продажи | 225–228 | 113 |
| c) | Использование или реализация обремененных активов | 229–230 | 114 |
| d) | Способность управляющего в деле о несостоятельности осуществлять продажи активов, не обремененных интересами | 231–232 | 115 |
| e) | Активы, находящиеся в совместной собственности | 233 | 116 |
| f) | Обременительные, не имеющие ценности и труднореализуемые активы | 234 | 116 |
| g) | Дебиторская задолженность | 235 | 117 |
| 3. | Активы, принадлежащие третьим сторонам | 236–237 | 118 |
| 4. | Режим поступлений в виде наличности | 238–239 | 118 |
| | Рекомендации 40–48 | | |
| D. | Финансирование после открытия производства | 240–253 | 121 |
| 1. | Необходимость в финансировании после открытия производства | 240–244 | 121 |
| 2. | Источники финансирования после открытия производства | 245 | 123 |
| 3. | Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета | 246–250 | 123 |
| a) | Предоставление обеспечения | 247 | 124 |
| b) | Установление приоритета | 248–250 | 124 |
| 4. | Предоставление разрешения на привлечение финансовых средств после открытия производства | 251–252 | 125 |
| 5. | Последствия изменения характера производства | 253 | 126 |
| | Рекомендации 49–54 | | 126 |
| E. | Режим контрактов | 254–294 | 127 |
| 1. | Введение | 254–259 | 127 |
| 2. | Оговорки об автоматическом расторжении контракта | 260–265 | 130 |
| 3. | Продолжение исполнения контрактов или отказ от их исполнения | 266–283 | 132 |
| a) | Порядок продолжения исполнения контрактов или отказ от их исполнения | 266–273 | 132 |
| b) | Сроки вступления в силу решения об исполнении или отказе от исполнения контракта и уведомление о таком решении | 274–275 | 134 |
| c) | Продолжение исполнения контрактов в случае их невыполнения должником | 276 | 135 |
| d) | Последствия продолжения исполнения контракта либо отказа от его исполнения для контрагента | 277–282 | 135 |
| e) | Внесение поправок в контракты, исполнение которых продолжается | 283 | 137 |

| | | | |
|----|--|---------|-----|
| 4. | Договоры аренды земли и помещений | 284–285 | 138 |
| 5. | Уступка | 286–289 | 138 |
| 6. | Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения, отказ от исполнения и уступку контрактов | 290–293 | 139 |
| | a) Трудовые договоры | 291 | 140 |
| | b) Договоры об оказании незаменяемых и личных услуг | 292–293 | 140 |
| 7. | Контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности | 294 | 141 |
| | Рекомендации 55–72 | | 141 |
| F. | Процедура расторжения сделок | 295–348 | 145 |
| 1. | Введение | 295–302 | 145 |
| 2. | Критерии расторжения сделок | 303–313 | 147 |
| | a) Объективные критерии | 304 | 147 |
| | b) Субъективные критерии | 305 | 148 |
| | c) Сочетание критериев | 306–307 | 148 |
| | d) Обычные коммерческие операции | 308–312 | 149 |
| | e) Защитный механизм | 313 | 150 |
| 3. | Категории сделок, подлежащих расторжению | 314–328 | 150 |
| | a) Сделки, совершенные с намерением затруднить или задержать действия кредиторов или воспрепятствовать таким действиям | 316–317 | 151 |
| | b) Сделки по заниженной стоимости | 318–320 | 152 |
| | c) Преференциальные сделки | 321–323 | 153 |
| | d) Обеспечительные интересы | 324–325 | 154 |
| | e) Сделки с лицами, связанными с должником | 326–328 | 155 |
| 4. | Сделки, не подпадающие под действие положений по расторжению сделок | 329 | 156 |
| 5. | Последствия расторжения – ничтожные сделки или сделки, признаваемые ничтожными | 330–331 | 156 |
| 6. | Установление подозрительного периода | 332–335 | 157 |
| 7. | Применение процедур расторжения сделок | 336–346 | 158 |
| | a) Стороны, которые могут инициировать процедуру расторжения .. | 336–339 | 158 |
| | b) Финансирование процедуры расторжения сделок | 340 | 160 |
| | c) Предельные сроки возбуждения процедуры | 341 | 160 |
| | d) Соответствие сделки критериям расторжения | 342–346 | 161 |
| 8. | Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам | 347 | 162 |
| 9. | Преобразование реорганизационного производства в ликвидационное | 348 | 162 |

| | | | |
|------|---|---------|-----|
| | Рекомендации 73–84 | | 163 |
| G. | Права на зачет | 349–352 | 166 |
| | Рекомендация 85 | | 167 |
| H. | Финансовые контракты и взаимозачет | 353–360 | 167 |
| | Рекомендации 86–92 | | 169 |
| III. | Участники | 361–480 | 171 |
| A. | Должник | 361–393 | 171 |
| | 1. Введение | 361 | 171 |
| | 2. Продолжение функционирования предприятия должника и роль должника | 362–377 | 171 |
| | a) Ликвидация | 362–363 | 171 |
| | b) Реорганизация | 364–377 | 172 |
| | 3. Права должника | 378–380 | 176 |
| | 4. Обязательства должника | 381–392 | 177 |
| | a) Сотрудничество и помощь | 382 | 178 |
| | b) Предоставление информации | 383–386 | 178 |
| | c) Конфиденциальность | 387 | 180 |
| | d) Вспомогательные обязательства | 388 | 180 |
| | e) Привлечение специалистов для оказания помощи должнику | 390 | 181 |
| | f) Неисполнение обязательств | 391–392 | 181 |
| | 5. Ответственность должника | 393 | 181 |
| | Рекомендации 93–98 | | 182 |
| B. | Управляющий в деле о несостоятельности | 394–433 | 184 |
| | 1. Введение | 394 | 184 |
| | 2. Квалификационные требования | 395–402 | 184 |
| | a) Временный управляющий в деле о несостоятельности | 397 | 185 |
| | b) Знания и опыт | 398 | 185 |
| | c) Обеспечение надлежащей квалификации | 399 | 186 |
| | d) Личные качества | 400 | 186 |
| | e) Коллизии интересов | 401–402 | 186 |
| | 3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности | 403–406 | 187 |
| | a) Выбор и назначение судом | 404 | 187 |
| | b) Независимые органы, ведающие назначениями | 405 | 188 |
| | c) Роль кредиторов | 406 | 188 |

| | | | |
|-----|--|---------|-----|
| 4. | Надзор за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности .. | 407 | 189 |
| 5. | Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности | 408 | 189 |
| 6. | Конфиденциальность | 411 | 191 |
| 7. | Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности | 412–418 | 191 |
| | a) Определение размеров вознаграждениям | 412–416 | 191 |
| | b) Средства платежа | 417 | 193 |
| | c) Пересмотр вознаграждения | 418 | 194 |
| 8. | Ответственность управляющего в деле о несостоятельности | 419–424 | 194 |
| 9. | Агенты и сотрудники управляющего в деле о несостоятельности | 425–427 | 196 |
| | a) Ответственность за действия или бездействие | 426 | 197 |
| | b) Вознаграждение | 427 | 197 |
| 10. | Обжалование управления, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности | 428–431 | 197 |
| 11. | Отстранение управляющего в деле о несостоятельности | 432 | 198 |
| 12. | Замена управляющего в деле о несостоятельности | 433 | 199 |
| | Рекомендации 99–109 | | 199 |
| C. | Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности | 434–475 | 201 |
| | 1. Введение | 434 | 201 |
| | 2. Степень участия кредиторов в процессе принятия решений | 436–444 | 202 |
| | a) Различная степень участия | 436–437 | 202 |
| | b) Участие в ликвидации и реорганизации | 438 | 203 |
| | c) Механизмы, способствующие участию | 439–441 | 203 |
| | d) Поощрение участия кредиторов | 442 | 204 |
| | e) Потребность в информации и уведомлении | 443 | 205 |
| | f) Обеспеченные кредиторы | 444 | 205 |
| | 3. Функции, подлежащие выполнению кредиторами | 445–450 | 206 |
| | 4. Собрания кредиторов | 451–454 | 207 |
| | 5. Комитет кредиторов | 455–470 | 208 |
| | a) Кредиторы, которые могут назначаться в состав комитета | 457–462 | 209 |
| | b) Создание комитета кредиторов | 463–465 | 211 |
| | c) Функции комитета кредиторов | 466–468 | 212 |
| | d) Ответственность комитета кредиторов | 469 | 213 |
| | e) Смещение и замена членов комитета | 470 | 213 |
| | 6. Вопросы, требующие голосования кредиторов | 471–474 | 214 |
| | 7. Конфиденциальность | 475 | 215 |
| | Рекомендации 110–120 | | 215 |

| | | | |
|-----|---|---------|-----|
| D. | Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование | 476–480 | 217 |
| 1. | Право быть заслушанным | 476 | 217 |
| 2. | Процедуры обжалования | 477–479 | 218 |
| 3. | Право на обжалование | 480 | 219 |
| | Рекомендации 121–122 | | 219 |
| IV. | Реорганизация | 481–565 | 220 |
| A. | План реорганизации | 481–550 | 220 |
| 1. | Введение | 481–482 | 220 |
| 2. | Характер или форма плана | 483–485 | 220 |
| 3. | Предложение плана реорганизации | 486–496 | 221 |
| a) | Сроки представления предложения | 487 | 222 |
| b) | Стороны, уполномоченные на представление плана | 488–494 | 222 |
| c) | Сроки представления плана | 495–496 | 225 |
| 4. | План | 497–505 | 226 |
| a) | Содержание плана | 498–502 | 226 |
| b) | Информация, которая должна сопровождать план | 503–505 | 228 |
| 5. | Принятие плана | 506–529 | 229 |
| a) | Процедуры принятия | 509–511 | 230 |
| b) | Принятие плана обеспеченными кредиторами и кредиторами, имеющими преимущественное право требования | 512–517 | 231 |
| c) | Принятие плана обычными необеспеченными кредиторами | 518–521 | 233 |
| d) | Принятие плана держателями акций | 522–523 | 234 |
| e) | Лица, связанные с должником | 524 | 235 |
| f) | Требования, касающиеся принятия плана | 525–529 | 235 |
| 6. | Случаи, когда план не может быть принят | 530–531 | 237 |
| a) | Изменение предложенного плана | 530 | 237 |
| b) | Непринятие плана | 531 | 237 |
| 7. | Обязательность плана для категорий несогласных кредиторов | 532 | 238 |
| 8. | Утверждение плана судом | 533–539 | 238 |
| a) | Оспаривание принятия плана | 534–536 | 238 |
| b) | Действия, необходимые для утверждения плана судом | 537–539 | 239 |
| 9. | Действие принятого [и утвержденного] плана | 540 | 240 |
| 10. | Оспаривание плана после его утверждения судом | 541 | 241 |
| 11. | Внесение поправок в план после его принятия кредиторами | 542–544 | 241 |

| | | |
|---|---------|-----|
| 12. Выполнение плана | 545 | 242 |
| 13. Случаи срыва осуществления плана | 546–547 | 243 |
| 14. Преобразование в ликвидацию | 548–550 | 244 |
| Рекомендации 123–145 | | 245 |
| V. Ускоренное реорганизационное производство | 551–565 | 250 |
| 1. Введение | 551–553 | 250 |
| 2. Кредиторы, обычно принимающие участие в переговорах о добровольной реструктуризации | 554–555 | 252 |
| 3. Процедуры, связанные с выполнением соглашения о добровольной реструктуризации | 556–565 | 252 |
| a) Должники, имеющие право воспользоваться такими процедурами | 557–558 | 252 |
| b) Затрагиваемые обязательства | 559 | 253 |
| c) Применение законодательства о несостоятельности | 560–562 | 253 |
| d) Ускорение производства | 563–565 | 254 |
| Рекомендации 146–153 | | 255 |
| V. Ведение производства | 566–652 | 259 |
| A. Режим требований кредиторов | 566–612 | 259 |
| 1. Введение | 566 | 259 |
| 2. Представление требований кредиторов | 567–589 | 259 |
| a) Кредиторы, которые могут быть обязанными представлять требования | 567–570 | 259 |
| b) Ограничения в отношении требований, которые могут быть представлены | 571–576 | 260 |
| c) Процедура представления требований | 577–585 | 262 |
| d) Непредставление требований | 586–589 | 265 |
| 3. Проверка и признание требований | 590–611 | 266 |
| a) Список представленных требований | 590 | 266 |
| b) Процедуры проверки и признания | 591–602 | 267 |
| c) Оспариваемые требования | 603–604 | 270 |
| d) Последствия признания требования | 605 | 271 |
| e) Зачем взаимных требований | 606 | 271 |
| f) Требования, для которых обязателен специальный режим | 607–611 | 272 |
| 4. Непризнанные требования | 612 | 273 |
| Рекомендации 154–169 | | 274 |
| B. Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации] | 613–642 | 277 |
| 1. Приоритеты | 613–640 | 277 |
| a) Введение | 613–616 | 277 |

| | | | |
|-----|---|---------|-----|
| b) | Субординация требований | 617–623 | 278 |
| c) | Ранжирование требований по статусу | 624–640 | 279 |
| 2. | Распределение | 641–642 | 285 |
| a) | Ликвидация | 641 | 285 |
| b) | Реорганизация | 642 | 285 |
| | Рекомендации 170–178 | | 286 |
| C. | Режим корпоративных групп в деле о несостоятельности | 643–652 | 287 |
| 1. | Введение | 643–645 | 287 |
| 2. | Ответственность группы за внешние долги | 646–651 | 288 |
| 3. | Внутригрупповые долги | 652 | 290 |
| D. | Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности | | 291 |
| | Рекомендации 179–183 | | 291 |
| VI. | Завершение производства | 653–669 | 293 |
| A. | Освобождение от обязательств | 653–666 | 293 |
| 1. | Освобождение должника от обязательств при ликвидации | 653–664 | 293 |
| 2. | Освобождение от обязательств по долгам и требованиям при реорганизации | 665–666 | 296 |
| | Рекомендации 184–185 | | 297 |
| B. | Завершение производства | 667–669 | 298 |
| 1. | Ликвидация | 668 | 298 |
| 2. | Реорганизация | 669 | 298 |
| | Рекомендации 186–187 | | 299 |

Часть вторая

Основные положения, направленные на обеспечение эффективности и действенности законодательства о несостоятельности

80. Часть вторая *Руководства* сосредоточена на содержании законодательства о несостоятельности и на основных элементах, считающихся необходимыми, для того чтобы производство о несостоятельности, проводимое в соответствии с этим законодательством, было эффективным и действенным. Эти основные элементы рассматриваются в *Руководстве* по возможности в порядке, соответствующем порядку ведения производства.

81. В главе I анализируются критерии подачи заявления и открытия производства. В главе II рассматриваются последствия открытия производства по делу о несостоятельности для должника и его активов, включая состав имущественной массы в делах о несостоятельности, защиту и сохранение имущественной массы, использование активов и распоряжение ими, финансирование после открытия производства, режим в отношении контрактов, осуществление положений о расторжении сделок, права на зачет, а также финансовые контракты и взаимозачет. В главе III изучаются роли должника и управляющего в деле о несостоятельности в производстве по делу о несостоятельности и их различные обязанности и функции, а также механизмы обеспечения участия кредиторов. Наряду с тем, что вопросы реорганизации рассматриваются во всех главах *Руководства*, глава IV, в частности, касается плана реорганизации и упрощенного реорганизационного производства. В главе V рассматриваются различные виды требований кредиторов и их режим, а также установление приоритетов при распределении. Глава VI посвящена вопросам, касающимся итогов производства по делу о несостоятельности, включая освобождение от обязательств и завершение производства. [В главе VII приводится текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и *Руководства* по его принятию.]

I. Подача заявления и открытие производства

A. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикция

1. Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности: круг должников, которых должно охватывать законодательство о несостоятельности

82. Важным принципиальным вопросом при разработке законодательства о несостоятельности, касающегося должников, которые занимаются коммерческой деятельностью (независимо от того, осуществляется ли она с целью извлечения прибыли или нет), является установление и четкое определение круга должников, которые будут подпадать под действие такого законодательства. Если какой-либо должник исключается из сферы применения этого законодательства, то он не будет пользоваться обеспечиваемой этим законодательством защитой и на него не будут распространяться предусматриваемые данным законодательством требования. Это

говорит в пользу применения всеобъемлющего подхода к разработке законодательства о несостоятельности с ограниченным числом исключений. Разработка положений законодательства о несостоятельности, касающихся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, сопряжена с двумя основными вопросами. Во-первых, следует ли проводить в таком законодательстве различие между должниками – физическими лицами и должниками, которые являются в той или иной форме предприятиями или корпорациями с ограниченной ответственностью или иными юридическими лицами, поскольку с каждой из этих категорий связаны не только различные принципиальные соображения, но и соображения, касающиеся социальных и других подходов. Во-вторых, какие категории должников (независимо от того, является ли данный должник юридическим или физическим лицом) должны быть исключены из сферы применения такого законодательства, если вообще необходимо исключать из нее каких бы то ни было должников.

83. Страны используют различные подходы к определению сферы применения своего законодательства о несостоятельности. В некоторых странах законодательство о несостоятельности применяется ко всем должникам с определенными, конкретно оговоренными исключениями, например такими, как рассматриваемые ниже. Другие страны проводят различие между должниками – физическими лицами и должниками – юридическими лицами и предусматривают различные положения законодательства о несостоятельности в отношении каждой из этих категорий. В соответствии с еще одним подходом проводится различие между юридическими и физическими лицами на основе критерия их участия в коммерческой (или потребительской) деятельности. Положения такого рода законодательства некоторых стран регламентируют вопросы несостоятельности "торговцев", определение которых дается с помощью ссылки на участие в коммерческой деятельности в качестве обычного занятия, или несостоятельности компаний, инкорпорированных в соответствии с торговым законодательством, и других субъектов, которые регулярно занимаются коммерческой деятельностью. Законодательство некоторых стран предусматривает также различные процедуры в зависимости от объема задолженности, а в ряде стран разработаны отдельные режимы несостоятельности для различных секторов экономики, особенно для сельскохозяйственного сектора.

а) Физические лица, занимающиеся коммерческой деятельностью

84. Преобладающие подходы к индивидуальной или личной задолженности и несостоятельности часто определяются культурными традициями, которые не вполне уместны, когда речь идет о коммерческих должниках, и могут включать, например, отношение к возникновению личной задолженности; возможности получения помощи в случае непосильной задолженности; социальным последствиям банкротства для положения физических лиц; необходимости консультативных услуг и просветительской помощи в отношении индивидуальной задолженности и к предоставлению должникам возможности возобновить свою деятельность путем освобождения их от долгов и претензий. Напротив, принципиальные подходы к несостоятельности в коммерческом секторе, как правило, ограничиваются экономическими и коммерческими соображениями, такими как важность роли, которую предприятия играют в экономике; необходимость сохранения и поощрения коммерческой и предпринимательской деятельности и необходимость содействия предоставлению кредитов и обеспечения защиты кредиторов.

85. Интересы физических лиц, участвующих в коммерческой деятельности (включая, например, товарищества и индивидуальных участников торговли), отличаются от интересов потребительских должников, по крайней мере, по некоторым аспектам их задолженности, однако зачастую трудно отделить личную задолженность какого-либо физического лица от его коммерческой задолженности в целях определения того, какой режим должен применяться к ним в случае несостоятельности. Могут быть разработаны различные критерии, облегчающие принятие соответствующего решения, например по характеру проводимой деятельности, объему задолженности и по связи между задолженностью и коммерческой деятельностью. Признаками участия в коммерческой деятельности может служить следующее: зарегистрировано ли данное предприятие в качестве торгового или иного коммерческого предприятия; является ли оно юридическим лицом определенной категории в соответствии с торговым правом; характер его обычной деятельности; информация об обороте, а также об активах и пассивах.

86. Многие страны включают должников – физических лиц, занимающихся коммерческой деятельностью, в сферу применения своего законодательства о коммерческой несостоятельности. Опыт других стран свидетельствует, что, хотя предпринимательская деятельность, которой занимаются физические лица, является частью коммерческой деятельности, такие случаи часто лучше всего разбирать, исходя из режима несостоятельности физических лиц, поскольку, в конечном счете, собственник личного предприятия будет осуществлять свою деятельность с помощью структуры, в отношении которой не установлены какие-либо пределы ответственности, и будет по-прежнему нести личную ответственность, без каких бы то ни было ограничений, за долги предприятия. В таких случаях возникают также трудные проблемы в отношении освобождения от ответственности (полное или частичное освобождение должника от ответственности за определенные долги после завершения производства, см. главу VI), в том числе в отношении срока, по истечении которого должник может быть освобожден от ответственности, и тех обязательств, от исполнения которых может быть освобожден должник. Долги, от выплаты которых нельзя освободить, зачастую касаются таких личных вопросов, как урегулирование имущественных претензий в рамках бракоразводных процессов или установление обязательств в отношении материального обеспечения ребенка. Есть и дополнительное соображение о том, что включение физических лиц в сферу действия режима коммерческой несостоятельности может вызвать в некоторых странах нежелание использовать коммерческий режим вследствие социального отношения к личной несостоятельности независимо от ее коммерческого характера. При разработке законодательства о коммерческой несостоятельности целесообразно принимать во внимание эти особенности с учетом обычного порядка осуществления коммерческой деятельности в той или иной стране, а также наличия и эффективности законодательства о несостоятельности, касающегося физических лиц. Например, во многих странах коммерческая деятельность осуществляется почти исключительно физическими лицами, и их исключение из сферы применения законодательства о несостоятельности существенно ограничило бы его действие и эффективность. В других странах вопросы несостоятельности физических лиц, участвующих в коммерческой деятельности, специально регулируются законодательством о личной несостоятельности, поэтому эти физические лица исключаются из сферы действия коммерческого режима.

87. В настоящем *Руководстве* основное внимание сосредоточено на коммерческой деятельности¹ как юридических, так и физических лиц независимо от правовой структуры, на основе которой такая деятельность осуществляется, а также от того, осуществляется ли она с целью извлечения прибыли или нет². В нем отмечаются те вопросы, в связи с которыми потребуются дополнительные или иные положения в случае включения должников – физических лиц в сферу применения законодательства о несостоятельности.

b) Государственные предприятия

88. Законодательство о несостоятельности может применяться ко всем видам должников, участвующих в коммерческой деятельности, будь то частные или государственные предприятия, особенно те государственные предприятия, которые конкурируют на рынке, где выступают как самостоятельные торговые или коммерческие единицы, а в других отношениях имеют такие же коммерческие и экономические интересы, что и частные предприятия. Здесь не ставится цель рассмотреть в ходе данного обсуждения государства, региональные органы власти, муниципальные органы и другие аналогичные виды организации или органов государственной власти, кроме тех случаев, когда они являются государственными предприятиями, действующими в качестве коммерческих предприятий.

89. Сам по себе тот факт, что предприятие принадлежит государству, не может служить достаточным основанием для исключения данного предприятия из сферы применения законодательства о несостоятельности, хотя ряд стран и придерживается такого подхода. Когда государство выполняет различные функции в отношении предприятия – не только как собственник, но и как заимодавец и крупнейший кредитор, – обычные коммерческие стимулы не применимы, принятие компромиссных решений может быть затруднено, и налицо основания для возникновения коллизии интересов. Поэтому включение таких предприятий в сферу действия режима несостоятельности имеет то преимущество, что распространяет на них требования такого режима, указывает, что финансовая поддержка таких предприятий со стороны государства не будет неограниченной, а также устанавливает процедуру, которая дает возможность свести к минимуму коллизии интересов.

90. Необходимость сделать исключения из общего принципа распространения на такие предприятия сферы применения общих положений законодательства о несостоятельности может возникать в тех случаях, когда государство проводит политику предоставления прямых гарантий в отношении обязательств таких предприятий, когда режим государственных предприятий входит в сферу изменений в макроэкономической политике, например осуществления широкомасштабной

¹ В *Руководстве* не имеется в виду давать определение термина "коммерческая деятельность". Однако в тех случаях, когда такое определение требуется, в других документах ЮНСИТРАЛ, использующих этот термин, применяется широкое толкование, с тем чтобы охватить вопросы, возникающие при любых отношениях коммерческого характера, как договорных, так и иных. Отношения коммерческого характера включают, среди прочего, следующие операции: любую торговую операцию по поставке товаров или услуг или их обмену; соглашение о сбыте; торговое представительство или агентство; факторинг; лизинг; организацию работ; консалтинг; инжиниринг; лицензирование; инвестиции; финансирование; банковскую деятельность; страхование; договор об эксплуатации или концессию; совместное предприятие и иные формы промышленного или коммерческого сотрудничества; грузовые или пассажирские воздушные, морские, железнодорожные или автомобильные перевозки.

² К ней, например, может относиться коммерческая деятельность, осуществляемая в благотворительных целях.

программы приватизации, или когда государственные предприятия действуют в таких чувствительных секторах экономики, как оказание основных услуг или сфера коммунального обслуживания (например, электро- и водоснабжение). В таких случаях может быть оправданным принятие отдельных законодательных актов, регулирующих соответствующие вопросы, в том числе вопросы несостоятельности. В настоящем *Руководстве* не затрагиваются вопросы, конкретно относящиеся к такому отдельному законодательству.

с) Должники, требующие особого режима

91. Хотя, возможно, было бы целесообразным распространить действие средств правовой защиты и требований законодательства о несостоятельности на как можно более широкий круг должников, может быть предусмотрен особый режим для некоторых предприятий специализированного характера, таких как банковские и страховые учреждения, предприятия коммунальной сферы, а также биржевые или товарные брокеры. Исключения в отношении таких видов должников получили широкое распространение в законодательстве о несостоятельности и в других сферах ввиду наличия детально разработанного правового режима регулирования, который часто действует в отношении этих предприятий вне контекста несостоятельности. Для того чтобы охватить вопросы несостоятельности таких должников, режимы регулирования могут включать положения, специально предназначенные для определенного вида регулируемых предприятий, или же могут быть предусмотрены специальные нормы в рамках общего законодательства о несостоятельности. Особые соображения, возникающие в связи с несостоятельностью таких должников и потребительской несостоятельностью, специально в настоящем *Руководстве* не рассматриваются.

2. Юрисдикция

92. Помимо обладания необходимыми коммерческими или предпринимательскими признаками должнику необходимо иметь достаточную связь с государством, для того чтобы на него распространялось действие законодательства этого государства о несостоятельности. Во многих случаях вопрос о применимости такого законодательства о несостоятельности не будет возникать, поскольку должник будет гражданином этого государства или лицом, постоянно проживающим в этом государстве, и будет осуществлять в нем свою коммерческую деятельность через правовую структуру, зарегистрированную или инкорпорированную в этом государстве. Однако когда встает вопрос о связи должника с государством, законодательство о несостоятельности устанавливает различные критерии, в их числе тот факт, что у должника в данном государстве находятся центр его основных интересов, предприятие или активы.

а) Центр основных интересов

93. Хотя в законодательстве некоторых стран о несостоятельности используются такие критерии, как основное коммерческое предприятие, ЮНСИТРАЛ применила в Типовом законе о трансграничной несостоятельности (Типовой закон ЮНСИТРАЛ) критерий "центра основных интересов" должника для определения надлежащего места возбуждения так называемого "основного производства" в отношении этого должника. Этот критерий применяется также в Правиле Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности (Правило ЕС). В

Типовом законе ЮНСИТРАЛ этот термин не определяется; в Правиле ЕС (раздел 13) указывается, что этот термин должен обозначать "место, в котором должник осуществляет административное управление своими интересами на регулярной основе и которое поэтому третьи стороны могут установить в качестве такового". Надлежащим критерием был бы критерий, установленный в статье 16(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ и в статье 3 Правил ЕС: центром основных интересов считается зарегистрированная контора должника или обычное место жительства, когда речь идет о физическом лице, если не доказано, что центр его основных интересов расположен в ином месте. К должнику, центр основных интересов которого находится в том или ином государстве, должно применяться законодательство этого государства о несостоятельности.

94. Несмотря на введение критерия "центра основных интересов", в случае, когда речь идет о должнике, имеющем активы в нескольких государствах, может оказаться, что он отвечает требованиям, согласно которым к нему применимо законодательство о несостоятельности более чем одного государства, в силу использования различных критериев определения возможности открытия производства в отношении должника или же различий в толковании одного и того же критерия; в итоге во всех этих странах могут быть возбуждены отдельные производства по делу о несостоятельности. В таких случаях было бы целесообразным иметь законодательные акты, основывающиеся на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, для регулирования вопросов координации и сотрудничества³. В плане применения различных критериев в Типовом законе главный акцент делается на приоритете центра основных интересов и основного производства, но в то же время признается, что другие критерии, например, такие как наличие активов, могут применяться для возбуждения после признания основного производства в другой стране местного "неосновного" производства по вопросу о местных активах⁴.

b) Предприятие

95. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в той юрисдикции, в которой должник имеет предприятие. Термин "предприятие" определяется в статье 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ как означающий "любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги". Аналогичное определение содержится в статье 2 Правил ЕС, однако без упоминания "услуг". По существу предприятие представляет собой коммерческое предприятие, которое не обязательно является центром основных интересов. Это определение, как и термин "центр основных интересов", имеет важное значение для общей структуры Типового закона ЮНСИТРАЛ и установленного им режима для дел о трансграничной несостоятельности в качестве критерия признания иностранного производства по делу о несостоятельности и принятия мер по оказанию помощи. Во многих странах руководители предприятия, которое неспособно выплатить свои долги, несут личную ответственность перед кредиторами, если только они не откроют производство по делу о несостоятельности. Поэтому наличие права на открытие производства на основании такого критерия, как предприятие, имеет значение для внутреннего режима несостоятельности и режима активов данного должника в каком-либо конкретном государстве.

³ Типовой закон и Руководство по его принятию включены в настоящее *Руководство* в качестве главы VII.

⁴ Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 28.

96. В Правиле ЕС аналогичным образом предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в той юрисдикции, в которой должник имеет предприятие (так называемое вторичное производство). Как правило, такое производство ограничивается ликвидационным производством, охватывающим активы должника, которые находятся на территории этого государства. В зависимости от характера предприятия и соответствующих активов должника в ограниченном числе случаев могут возникать ситуации, когда реорганизационное производство может проводиться на базе предприятия.

c) Наличие активов

97. Законодательство некоторых стран предусматривает возможность открытия производства по делу о несостоятельности должником или в отношении должника, который имеет или имел активы в пределах данной юрисдикции, причем наличия предприятия или центра основных интересов должника в пределах этой юрисдикции не требуется. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает признания иностранного производства по делу о несостоятельности, открытого на основании наличия активов, хотя в нем предусматривается, что местное производство на основании наличия активов может быть открыто в государстве, признающем основное иностранное производство, для решения вопросов в отношении таких местных активов⁵.

98. Вероятно, можно было бы провести различие между ликвидационным и реорганизационным производством, открытым на основании наличия активов; хотя наличие активов и может служить надлежащей основой для возбуждения ликвидационного производства в отношении конкретных активов, находящихся в соответствующем государстве, этого условия может оказаться недостаточно для возбуждения реорганизационного производства, особенно в тех случаях, когда производство, возбужденное в центре основных интересов, является ликвидационным производством или когда соответствующие активы являются ограниченными. Хотя в одной из стран действительно предусматривается, что наличия активов достаточно для открытия реорганизационного производства (и что это производство может затрагивать активы должника, где бы они ни находились), этот вариант не получил широкого распространения. В случае открытия производства на основании наличия активов в отношении многонационального должника, как правило, возникает необходимость в координации этого производства с другими юрисдикциями, в которых должник имеет центр своих основных интересов и, возможно, предприятия. Поэтому применение критерия наличия активов может породить проблему множественной юрисдикции, включая возможность открытия нескольких производств и проблему координации и сотрудничества в связи с такими производствами, что может потребовать применения Типового закона ЮНСИТРАЛ.

d) Компетентные суды

99. В связи с юрисдикцией возникает также вопрос о том, какие суды компетентны возбуждать производство по делу о несостоятельности и решать вопросы, возникающие в ходе такого производства. Вопрос о компетенции возбуждать производство и все последующие проблемы, возникающие в ходе проведения производства по делу о несостоятельности, могут разрешаться одним и тем же судом того или иного государства, либо рассмотрение разных вопросов будет относиться к

⁵ Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 28, и Руководство по его принятию, пункты 184–187; см. главу VII.

компетенции разных судов. В целях повышения прозрачности и облегчения использования законодательства о несостоятельности на благо должников, кредиторов и третьих сторон (особенно если они из другой страны) в законодательстве следует четко указать, какие суды обладают юрисдикцией для выполнения тех или иных конкретных функций. Хотя положения, уточняющие, какие суды обладают юрисдикцией в отношении производства по делу о несостоятельности, могут не всегда включаться в законодательство о несостоятельности, было бы полезным включать в такое законодательство ссылку на положения другого законодательства, определяющего юрисдикцию судов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикции, – это установление:

- a) видов должников, подпадающих под действие этого законодательства;
- b) видов должников, которые могут быть исключены из сферы применения этого законодательства;
- c) должников, имеющих достаточную связь с государством, для того чтобы на них распространялось действие этого законодательства; и
- d) судов, обладающих юрисдикцией в отношении возбуждения и ведения производства по делам о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности

- 1) Законодательство должно регулировать производство по делу о несостоятельности в отношении всех должников, участвующих в коммерческой деятельности, будь то физические или юридические лица, включая государственные предприятия⁶, и независимо от того, занимаются ли они коммерческой деятельностью с целью извлечения прибыли или нет.
- 2) Исключения из сферы применения законодательства должны быть ограниченными и прямо указанными в таком законодательстве⁷.

⁶ Руководство для законодательных органов не предназначено для применения в отношении вопросов несостоятельности государств, региональных органов власти, муниципальных органов или других аналогичных организаций, за исключением тех случаев, когда они относятся к категории "государственных предприятий".

⁷ Для организаций, действующих в секторах, для которых характерна высокая степень регулирования, например, таких как банки и страховые компании, может потребоваться специальный режим, который соответственно может устанавливаться в отдельных нормативных актах о несостоятельности или в специальных положениях общего законодательства о несостоятельности. Могут также исключаться некоторые государственные предприятия, например, те из них, которые действуют в чувствительных секторах экономики.

Юрисдикция

3) В законодательстве должно быть конкретно указано, какие должники имеют достаточную связь с государством, позволяющую применять в отношении них это законодательство. Могут использоваться различные подходы к выявлению соответствующих связующих факторов, однако основания, на которых на должника может быть распространено действие этого законодательства, должны включать⁸:

a) центр основных интересов должника находится в данном государстве; или

b) предприятие должника находится в данном государстве.

4) В законодательстве должна быть предусмотрена презумпция, согласно которой при отсутствии доказательств противного считается, что центр основных интересов юридического лица находится в том государстве, в котором расположена его зарегистрированная контора, а центр основных интересов физического лица находится в том государстве, в котором оно имеет обычное местожительство.

5) Законодательство должно определять понятие "предприятие" как означающее "любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги"⁹.

6) В законодательстве должно быть четко указано (или должна содержаться ссылка на соответствующее законодательство, в котором устанавливается), какие категории судов обладают юрисдикцией в отношении открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства.

В. Открытие производства

1. Введение

100. Стандарт открытия производства занимает центральное место в структуре законодательства о несостоятельности. Этот стандарт, устанавливающий основополагающие условия, при соблюдении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, имеет важнейшее значение для выявления тех должников, на которых может распространяться действие защитных и регламентарных механизмов законодательства о несостоятельности, и для определения тех сторон, которые могут подавать заявления об открытии производства, будь то должник, кредиторы или иные стороны.

101. В качестве общего принципа желательно, чтобы стандарт открытия производства был прозрачным и недвусмысленным и содействовал удобному, эффективному с точки зрения затрат и оперативному доступу к производству по делу о несостоятельности с тем, чтобы поощрять находящиеся в трудном финансовом положении или несостоятельные коммерческие предприятия к

⁸ Настоящая рекомендация предназначена для указания минимальных и неисчерпывающих оснований для открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах используются другие основания, например наличие активов, в связи с этим см. главу I.A.2c), а также пункты 184–187 Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, включенные в главу VII.

⁹ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, пункт f) ст. 2.

добровольному открытию производства. Кроме того, желательно обеспечить гибкость доступа с точки зрения различных возможных видов производства по делу о несостоятельности (реорганизация и ликвидация), простоты определения производства, наиболее подходящего для конкретного должника, а также возможности преобразования одного вида производства в другой. Ограничительный доступ может стать фактором, удерживающим от открытия производства как должников, так и кредиторов, хотя любые задержки могут причинить ущерб в плане последствий для стоимости активов и успешного завершения производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации. Простоту доступа необходимо сочетать с установлением надлежащих и достаточных гарантий для предотвращения ненадлежащего использования производства. К примерам ненадлежащего использования можно отнести заявление должника, не испытывающего финансовых трудностей, поданное им с тем, чтобы воспользоваться предусмотренными законодательством защитными мерами, например, такими как автоматический мораторий, и избежать либо отсрочить платежи кредиторам, и заявление кредиторов, являющихся конкурентами должника, когда целью такого заявления является использование производства по делу о несостоятельности для нанесения ущерба деловым операциям должника и получения таким образом конкурентных преимуществ¹⁰.

102. Законодательство разных стран различно в отношении конкретного стандарта, который должен быть соблюден, прежде чем можно будет открыть производство по делу о несостоятельности. В законодательстве ряда стран предусматриваются также альтернативные стандарты и проводится различие между стандартами, применимыми к открытию ликвидационного и реорганизационного производства, а также между заявлениями должника и кредиторов.

2. Стандарты открытия производства

а) Критерий ликвидности, движения наличности или полного прекращения платежей

103. Стандарт, который широко используется для открытия производства по делу о несостоятельности, известен как стандарт ликвидности, движения наличности или общего прекращения платежей. Для этого требуется, чтобы должник вообще прекратил платежи и чтобы он не располагал достаточными наличными средствами для обслуживания своих существующих обязательств по мере наступления срока их исполнения в ходе обычной коммерческой деятельности. О полном прекращении платежей должником может свидетельствовать, в частности, невнесение им арендных платежей, неуплата налогов, невыдача заработной платы и надбавок служащим, неуплата по счетам расчетов с поставщиками и другие существенные коммерческие расходы. Этот критерий, как таковой, позволяет кредиторам выявлять определяющие факторы. Применение этого критерия призвано обеспечить открытие производства по делу о несостоятельности на достаточно ранних этапах в период тяжелого финансового положения должника, с тем чтобы свести к минимуму распыление активов и избежать острой конкуренции между кредиторами в борьбе за активы, что может привести к расчленению предприятия должника в ущерб коллективным интересам всех кредиторов. Если предусмотреть возможность

¹⁰ Этот аспект рассматривается также в контексте отказа в удовлетворении заявления об открытии производства и в прекращении производства, часть вторая, глава I.B.5d) и 8.

открытия производства только после того, как должник сможет продемонстрировать наступление балансовой несостоятельности (когда бухгалтерский баланс должника свидетельствует о том, что стоимость пассивов должника превышает стоимость его активов, о чем идет речь ниже), то это может привести лишь к отсрочке наступления неизбежного результата и к сокращению размера возмещения.

104. Одна из проблем, связанных с применением критерия общего прекращения платежей, которую следует учитывать, заключается в том, что неспособность должника оплатить свою задолженность после наступления срока ее погашения может указывать лишь на временные трудности с движением наличности или ликвидностью на предприятии, которое в остальном является жизнеспособным. На современных конкурентных рынках конкуренция может вынуждать участников рынка временно мириться со снижением доходов и даже терпеть убытки, ради того чтобы поднять конкурентоспособность и сохранить или получить долю на рынке. Хотя в каждом случае все зависит от фактических обстоятельств, желательно, чтобы законодательство по делу о несостоятельности послужило для судов руководством при определении того, был ли соблюден стандарт открытия производства, с тем чтобы избежать преждевременного вывода о несостоятельности.

b) Балансовый критерий

105. Одной из альтернатив критерию общего прекращения платежей может служить балансовый критерий, в основе которого лежит превышение пассивов над активами как показатель финансового неблагополучия. Поскольку этот критерий основывается на информации, находящейся под контролем должника, на практике применение этого критерия ограничивает то обстоятельство, что другие стороны редко имеют возможность убедиться в реальном состоянии финансовых дел должника до тех пор, пока его финансовые трудности станут неоспоримым и часто необратимым фактом, и таким образом кредиторам было бы непросто использовать этот критерий в качестве основания для подачи своих заявлений. Кроме того, этот критерий может создать ошибочное представление о финансовом положении должника, поскольку здесь главное внимание уделяется, по сути дела, вопросу бухгалтерского учета – как следует оценивать активы (например, ликвидационную стоимость в отличие от стоимости действующего предприятия), и поднимается вопрос о том, достоверен ли бухгалтерский баланс должника и является ли он подлинным свидетельством платежеспособности должника, особенно если стандарты бухгалтерского учета и методы исчисления стоимости приводят к получению результатов, которые не отражают справедливую рыночную стоимость¹¹ активов должника, или если рынки недостаточно развиты или стабильны для определения такой стоимости. Это особенно характерно для предприятий сферы обслуживания, которые по данному критерию могут быть с технической точки зрения несостоятельными из-за отсутствия активов даже тогда, когда предприятие, в

¹¹ Справедливой рыночной стоимостью, как правило, считается стоимость, которая, как можно разумно ожидать, может быть получена в результате операции купли-продажи между независимым покупателем и продавцом, когда ни одна из сторон не обязана покупать или продавать. В отсутствие реальной купли-продажи стоимость может иметь в известной мере умозрительный характер, поскольку она основывается на предположениях, сделанных в отношении условий купли-продажи данных активов. Для того чтобы сделка имела менее гадательный характер, разработаны методы определения приблизительной стоимости на основе купли-продажи сопоставимых предприятий и активов или на основе множественного потенциала предприятий с точки зрения получения доходов. На тех рынках, где трудно продать активы вследствие насыщения рынка или из-за того, что для данных активов рынка не существует, исчислить стоимость нелегко.

сущности, является жизнеспособным. С другой стороны, предприятие может иметь позитивное сальдо при отсутствии движения денежной наличности, необходимого для поддержания предприятия.

106. Применение этого критерия может также привести к задержкам и трудностям в доказывании, поскольку для определения справедливой рыночной стоимости предприятия, как правило, потребуются услуги эксперта для анализа документов бухгалтерского учета, отчетности и финансовых данных¹². Особенно трудно решить эту задачу в том случае, когда отчетность ведется ненадлежащим образом или не является легкодоступной. По этим причинам использование балансового критерия часто приводит к тому, что производство открывается тогда, когда уже не остается возможностей для реорганизации, а это может отрицательно повлиять на способность должника вести дело со своими кредиторами на коллективной основе, если он сохраняет управление своим предприятием, что, таким образом, мешает выполнению задачи по максимизации стоимости. Таким образом, этот критерий не является достаточно надежным, чтобы служить единственной основой определения рыночной стоимости, и его, по всей видимости, целесообразно использовать в сочетании с критерием прекращения платежей. Использование балансового критерия таким образом может помочь в установлении несостоятельности, поскольку переносит акцент на то, являются ли активы, независимо от того, во сколько они оценены, достаточными для исполнения должником своих обязательств, включая обязательства, срок исполнения которых еще не наступил.

с) Разработка стандарта открытия производства

107. В законодательстве о несостоятельности для установления стандарта открытия производства критерий общего прекращения платежей и балансовый критерий используются в различных сочетаниях. В законодательстве некоторых стран принята простая форма критерия общего прекращения платежей – если должник не в состоянии выполнить свои обязательства после наступления срока их исполнения. В законодательстве других стран этот критерий тоже принят, но дополняется и другими условиями, например, о том, что прекращение платежей должно свидетельствовать о трудном финансовом положении, которое не носит временного характера, что кредитоспособность должника под угрозой и что ликвидация предприятия должника является обоснованной и справедливой мерой. Чем больше условий добавляется к стандарту открытия производства, тем труднее будет их выполнять, особенно если добавленные условия имеют субъективный характер. Это может привести к оспариванию заявлений, что сопряжено с задержками, неопределенностью и расходами. Напротив, при использовании сравнительно простых и ясных критериев может возникнуть тенденция к включению большего

¹² Балансовая стоимость того или иного актива представляет собой сумму, указанную в отношении этого актива для целей бухгалтерского учета. Она, как правило, является производной от первоначальной покупной стоимости, скорректированной с учетом совокупного воздействия таких факторов, как износ, амортизация, уценка до уровня любой более низкой текущей рыночной цены или, иногда, переоценка в сторону повышения в соответствии с принципами бухгалтерского учета. Несмотря на существование общепринятых принципов бухгалтерского учета (ГААП), подробно истолкованных Международным советом по стандартам бухгалтерского учета, важно отметить, что не существует общепризнанных руководящих принципов бухгалтерского учета, диктующих основу для оценки активов для целей бухгалтерского учета. Кроме того, балансовая стоимость активов для целей управленческого учета может не совпадать со стоимостью, по которой эти же активы оцениваются при включении в проверенные финансовые отчеты по состоянию на конец года. В результате балансовая стоимость активов может иметь мало общего с суммами, за которые они могут быть реализованы для удовлетворения требований кредиторов, или вообще быть никак не связана с ними.

числа дел, однако это можно компенсировать упрощенной процедурой подачи заявления в результате использования таких критериев.

108. Еще один подход предусматривает сочетание критерия прекращения платежей с балансовым критерием. По условиям в одном из примеров требуется, чтобы должник помимо прекращения платежей имел чрезмерную задолженность, причиной которой является, например, неспособность должника оплатить свои долги после наступления срока их погашения в силу того, что его пассивы превышают его активы. Подход, сочетающий оба критерия, может помочь в открытии производства при отсутствии информации о наличии общего неисполнения (дефолта) и в получении более полного представления о финансовом положении должника в настоящее время и в будущем. Например, балансовый критерий может способствовать учету задолженности, срок погашения которой еще не наступил, что в ином случае при использовании критерия прекращения платежей не учитывалось бы, но будет весьма актуальным, например, в плане вероятности успешной реорганизации.

109. В законодательстве о несостоятельности может быть принят единый стандарт несостоятельности, и в этом случае критерий прекращения платежей обеспечивает эффективный механизм предоставления доступа к производству о несостоятельности; как отмечалось выше, балансовый критерий имеет целый ряд недостатков и не должен использоваться в качестве единственного критерия. В законодательстве о несостоятельности может быть также принят стандарт, содержащий как критерий прекращения платежей, так и балансовый критерий. Если следовать такому подходу, то производство может быть открыто при соблюдении любого из критериев.

i) Неизбежная несостоятельность (предполагаемая неликвидность)

110. Законодательство некоторых стран, где принят лишь критерий прекращения платежей, содержит также положение, согласно которому должник может подавать заявление об открытии производства на основании неизбежной несостоятельности или предполагаемой неспособности производить платежи в том случае, если должник будет не в состоянии исполнить свои будущие обязательства после наступления срока их исполнения. Хотя в некоторых случаях предполагаемая неспособность может относиться лишь к короткому периоду в будущем, могут иметь место случаи, в которых она будет относиться к гораздо более продолжительному периоду времени в зависимости от характера подлежащего исполнению обязательства. Фактические обстоятельства, которые могут позволить установить предполагаемую неспособность выполнить обязательства, могут включать случаи, когда должник имеет долгосрочное обязательство произвести платеж по долгу, который, как ему известно, он будет не в состоянии произвести, или когда речь идет об ответчике по коллективному деликтному иску, который знает, что он не сможет обеспечить себе успешную защиту и будет не в состоянии оплатить связанные с этим убытки.

ii) Виды производства, которое может быть открыто

111. Вторым аспектом стандарта открытия производства является вид производства, которое может быть открыто (см. также часть первую, главу II). В законодательстве некоторых стран стандарт открытия производства, независимо от того, основывается ли он на критерии общего прекращения платежей или на балансовом критерии, дает основание для открытия либо ликвидационного, либо

реорганизационного производства. Если заявление об открытии ликвидационного производства подается кредитором, законодательство о несостоятельности может разрешать должнику подавать заявление о преобразовании ликвидационного производства в реорганизационное. В соответствии с законодательством других стран о несостоятельности, где предпочтение отдается реорганизации, должно возбуждаться реорганизационное производство, однако оно может быть преобразовано в ликвидационное производство, если будет доказано, что предприятие должника не может быть реорганизовано. Согласно еще одному подходу отклик на заявления является нейтральным, и выбор между ликвидацией и реорганизацией будет сделан лишь по истечении определенного срока, в течение которого оценивается финансовое положение должника.

3. Ликвидация

а) Стороны, которые могут подать заявление

112. Законодательство о несостоятельности, как правило, допускает подачу заявления об открытии ликвидационного производства должником, одним или несколькими кредиторами, каким-либо государственным органом, либо в силу закона, если согласно ему неисполнение должником определенного требования закона (например, о сохранении установленного объема активов) автоматически приводит к открытию производства по делу о несостоятельности.

б) Подача заявления должником

113. В законодательстве многих стран о несостоятельности для подачи должником заявления об открытии ликвидационного производства установлен критерий общего прекращения платежей. Поскольку на практике заявление должника об открытии ликвидационного производства, как правило, является последним средством в условиях больших финансовых трудностей, законодательство некоторых стран разрешает должнику подавать заявление либо на основании того, что он перестал оплачивать долги по мере наступления срока их погашения, или же, в качестве альтернативы, на основании простой декларации о его финансовом положении, например, о том, что он не способен или не намерен погашать свою задолженность (в отношении юридического лица такая декларация может быть представлена директорами или другими членами руководящего органа). Законодательство о несостоятельности, по крайней мере в одной из стран, не требует, чтобы должник заявлял о каком-либо конкретном финансовом положении. В подобных случаях, независимо от того, какое бремя доказывания возложено на должника, в законодательстве о несостоятельности следует предусматривать, с одной стороны, ситуации, в которых можно допустить признание финансовой декларации должника при отсутствии возражений со стороны кредиторов, и, с другой стороны, ситуации, в которых у должника следует выяснить, каково его финансовое положение, в связи с возникновением сомнений относительно его финансового положения или в связи с возражениями кредиторов против открытия производства, и проводить различие между этими ситуациями. Эти вопросы могут в определенной степени учитываться с помощью процедуры открытия производства. Если от суда требуется вынести решение об открытии производства, то он, например, будет иметь возможность рассмотреть заявление, а кредиторы смогут представить свои возражения в ходе этого слушания. Если заявление предполагает автоматическое открытие производства, то кредиторы и другие заинтересованные стороны все равно будут

иметь возможность представить свои возражения, хотя и после открытия производства [см. пункты 5b) и 8, ниже]. В обоих случаях могут быть рассмотрены попытки злоупотребления процедурой подачи заявления.

i) *Установление обязательства должника подать заявление*

114. Одним из моментов, касающихся подачи заявлений должниками, является вопрос о том, следует ли возлагать на должника обязательство подать заявление об открытии производства на определенном этапе его финансовых трудностей. Какого-либо повсеместно принятого подхода к этому вопросу не существует. Законодательство некоторых стран о несостоятельности или надлежащем руководстве предприятием включает положения, обязывающие должника подать заявление в течение определенного периода времени (от двух недель до 60 дней) после того, как он оказался не в состоянии оплатить свои долги после наступления срока их погашения, или после того, как он узнал о своей чрезмерной задолженности, определяемой путем ссылки на баланс его предприятия. В законодательстве некоторых стран конкретно указывается порядок определения прекращения платежей, который может предусматривать, например, ссылку на банковскую отчетность, показывающую, что данный должник не выплатил определенную процентную долю своей совокупной задолженности в течение определенного периода времени, например двух месяцев. В случае ликвидации наложение такого обязательства может защитить интересы кредиторов путем предупреждения дальнейшего распыления активов должника, а в случае реорганизации – повысить вероятность ее успешного проведения, содействуя принятию мер уже на ранних этапах. Этот аспект может иметь важное значение в тех странах, где нет достаточного числа активных кредиторов, которые сами откроют производство. Вместе с тем накопленный в некоторых странах опыт позволяет предположить, что наложение на должника обязательства подать заявление по истечении определенного числа дней или недель после потери способности производить платежи или же прекращения платежей приводит лишь к подаче должниками заявлений, не отражающих подлинного состояния банкротства (и, таким образом, действительной необходимости в ликвидации или реорганизации). В некоторых странах это также накладывает дополнительную нагрузку и на инфраструктуру решения вопроса о несостоятельности, если она не развита в той мере, в какой необходимо для рассмотрения большого числа заявлений на этот предмет после наложения такого обязательства.

115. При введении такого обязательства могут также возникнуть сложные практические вопросы о том, как и когда оно должно применяться, особенно в том случае, когда задержка с подачей заявления об открытии официального производства может привести к возникновению личной ответственности работников предприятия должника, членов его руководящего органа или его управляющих. В подобных обстоятельствах действие этой нормы может удерживать должника от поиска альтернативных решений, касающихся его финансовых трудностей, например внесудебной договоренности о реорганизации, которая в определенных случаях может оказаться более приемлемой альтернативой¹³. Кроме того, обязательство подавать заявление ничего не даст, если оно не сочетается с наложением (и обеспечением исполнения) санкций за неисполнение этого требования. Установление стимулов (например, применение моратория для защиты

¹³ Этот вопрос подробнее рассматривается в контексте упрощенного реорганизационного производства и соответствующих критериев открытия производства, см. часть вторую, главу IV.B.

должника от принудительных и иных действий – см. главу II.B) может оказаться более действенным средством поощрения должников к открытию производства на раннем этапе, чем введение санкций за неисполнение обязательства о подаче заявления.

с) Подача заявления кредитором

116. Во многих странах в законодательстве о несостоятельности для подачи кредитором заявления об открытии ликвидационного производства в отношении должника предусматривается условие о прекращении платежей, которое часто сопровождается дополнительным условием о том, что значительная часть задолженности должна считаться неоспоримой и быть свободной от зачета требований. В законодательстве небольшого числа стран предусматривается, что задолженность должна основываться на судебном решении. В тех случаях, когда применительно к заявлениям кредитора установлен критерий общего прекращения платежей, может возникать проблема доказывания. Хотя отдельные кредиторы нередко способны доказать, что должник не совершил платеж по их требованию или требованиям, доказать факт общего прекращения платежей может быть непросто. На практике кредитору нужно иметь возможность представить в относительно простой форме доказательства, устанавливающие презумпцию несостоятельности должника, но чтобы при этом на кредиторов не возлагалось неоправданно тяжелое бремя доказывания. Для конкретизации критерия общего прекращения платежей с целью установления нижнего предела доказывания, который должен быть соблюден кредиторами, достаточно удобным и объективным критерием может послужить неспособность должника выплатить долг после наступления срока его погашения в течение установленного периода времени после предъявления письменного требования об оплате или после наступления срока платежа. Такие положения включены в законодательство о несостоятельности ряда стран, причем в тех случаях, когда необходимо предъявление формального требования, устанавливается конкретный срок – от восьми дней до 24 недель. Законодательство некоторых стран о несостоятельности включает также положение о том, что основанием для подачи заявления служит безуспешность попыток взыскания долга, предпринятых в течение конкретно установленного срока, например в течение трех месяцев, до подачи заявления об открытии производства. Если в законодательстве необходимо предусмотреть определенные сроки, то для выполнения основных задач по обеспечению быстрого доступа к производству по делу о несостоятельности и сохранению стоимости, вероятно, желательно предусмотреть сравнительно короткие сроки.

117. Законная заинтересованность в открытии производства по делу о несостоятельности есть и у кредиторов, срок погашения по требованиям которых еще не наступил. Особое беспокойство может возникать, например, у держателей долгосрочной задолженности. Там, где критерием является наступление срока погашения задолженности, эти кредиторы никогда не смогут получить право добиваться открытия производства, даже если очевидно, что должник будет не в состоянии выполнить свое соответствующее обязательство после наступления срока его исполнения. Один из подходов мог бы заключаться в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности предусматривалось, что невнесение обусловленного очередного платежа в счет долгосрочной задолженности может послужить основанием для подачи кредитором заявления. Однако разработка критерия, позволяющего подавать заявление в подобных обстоятельствах, может породить трудные проблемы в плане доказывания, особенно в отношении того, как

невнесение всего лишь одного платежа позволяет охарактеризовать финансовое положение должника. Если бы в законодательстве о несостоятельности допускалась подача заявлений кредиторами, срок погашения долговых требований которых еще не наступил, эти вопросы доказывания потребовалось бы сбалансировать с учетом задачи обеспечить удобный, недорогой и оперативный доступ к производству по делу о несостоятельности. Эти проблемы можно было бы разрешать с использованием стандарта, содержащего как критерий прекращения платежей, так и балансовый критерий.

118. Помимо требований, касающихся прекращения платежей, наступления срока погашения долга и неоспоримости долгового требования, законодательство некоторых стран о несостоятельности включает и другие требования, например о том, чтобы заявление об открытии производства подавалось не одним, а несколькими кредиторами (при этом от каждого из них может требоваться, чтобы он был необеспеченным кредитором, имеющим неоспариваемое требование), а также о том, чтобы кредиторы не только обладали долговыми требованиями с наступившим сроком погашения, но и чтобы их требования отражали оговоренную совокупную стоимость требований (либо предусматривается одновременно и оговоренное число кредиторов, и совокупная сумма требований).

119. В основе этих требований часто лежит желание свести к минимуму возможность ненадлежащего использования этой процедуры каким-либо одним кредитором, который может попытаться использовать процедуру несостоятельности вместо механизма принудительного взыскания задолженности, особенно в случае незначительного размера указанной задолженности, или небольшой группой кредиторов, задолженность которым составляет лишь часть общей суммы задолженности должника. Однако доводы в пользу такого подхода, возможно, потребуются сбалансировать с учетом задачи обеспечения быстрого и беспрепятственного доступа к производству по делу о несостоятельности. Обеспокоенность по поводу ненадлежащего использования может быть снята посредством учета стоимости долгового требования одного кредитора (хотя указание конкретной стоимости долговых требований не всегда может быть оптимальным методом разработки, поскольку колебания валютных курсов могут вызвать необходимость внесения поправок в законодательство) или принятия процедуры, требующей от должника предоставления суду информации, которая позволит ему определить, является ли неуплата долга результатом спора с конкретным кредитором или она действительно свидетельствует об отсутствии ликвидных активов. Обеспокоенность по поводу ненадлежащего использования можно также снять, сосредоточив усилия на мерах, удерживающих от ненадлежащего использования, вместо установления сложного стандарта открытия производства, способного пойти во вред всем правомочным должникам, а также предусмотрев определенные последствия, например возмещение убытков за вред, причиненный должнику. Такое возмещение может относиться не только к издержкам и расходам, понесенным должником, но и к нарушению коммерческой деятельности должника.

d) Подача заявления государственным органом

120. Если кредитором является государство, оно должно иметь такое же право на возбуждение ликвидационного производства, что и любой другой кредитор. Этим правом, как правило, наделяется какой-либо конкретный государственный орган (обычно прокуратура или орган с теми же функциями) или иное надзорное

учреждение, при этом обычно должен применяться тот же стандарт открытия производства, что и при подаче заявлений другими кредиторами.

121. В некоторых странах для государственных органов или иных надзорных учреждений предусматриваются дополнительные более широкие полномочия по использованию режима несостоятельности с целью прекращения деятельности предприятия в обстоятельствах, при которых этот государственный орган необязательно является кредитором, но закрытие предприятия считается отвечающим интересам государства и общества. В таком случае не всегда требуется демонстрация факта неликвидности, что позволяет государству прекращать операции предприятий, занимающихся определенными видами деятельности, имеющими, как правило, мошеннический или преступный характер или связанными с грубым нарушением регулирующих их деятельность обязательств либо характеризующимися сочетанием и тех и других факторов. Принимая во внимание возмущение злоупотребления этими полномочиями в обстоятельствах, не связанных с несостоятельностью, и слишком широкого определения оснований с точки зрения интересов государства и общества, весьма желательно, чтобы такие полномочия предоставлялись лишь в весьма ограниченных обстоятельствах и лишь в качестве крайней меры при отсутствии надлежащих средств правовой защиты в соответствии с другими положениями законодательства. Эти ограниченные обстоятельства могут включать использование полномочий в случае несостоятельности в сочетании с приведением в исполнение законодательных положений, например положений, касающихся отмывания денег или регулирования ценных бумаг, когда демонстрация факта несостоятельности может не потребоваться. Они также могут включать обстоятельства, связанные с фактическими признаками несостоятельности, когда, например, орган государственной власти действует в интересах большого числа мелких кредиторов, ни одному из которых не причитается достаточно большая сумма задолженности, оправдывающая подачу заявления об открытии производства, но которым деятельность должника тем не менее наносит ущерб.

122. При необходимости использования режима несостоятельности подобным образом могут также потребоваться определенные меры защиты. Например, может потребоваться предварительное расследование дел должника или могут быть приняты предварительные меры, такие как ходатайство о моратории и назначении временного управляющего в деле о несостоятельности в целях предотвращения возможности ненадлежащих действий в период, пока не последовало решение суда о том, какие дальнейшие меры следует принять в отношении предприятия. Рассмотренные выше дополнительные полномочия должны предоставляться, как правило, только для открытия ликвидационного производства, хотя могут быть и исключительные обстоятельства, при которых ликвидация может быть преобразована в реорганизацию при условии соблюдения ряда условий. Эти условия могут включать требование о законном характере коммерческой деятельности и о передаче управления предприятием должника управляющему в деле о несостоятельности или государственному учреждению.

4. Реорганизация

а) Стороны, которые могут подавать заявление

123. По вопросу о том, кто может подавать заявление об открытии реорганизационного производства, подходы, используемые в законодательстве о

несостоятельности, различаются еще больше, чем в отношении заявлений об открытии ликвидационного производства, а в законодательстве ряда стран подача заявления разрешена только должнику.

b) Подача заявления должником

124. Одной из целей реорганизационного производства является создание основы, поощряющей должников к усилиям по урегулированию своих финансовых проблем на раннем этапе, что позволило бы продолжать деятельность предприятия на благо как должника, так и кредиторов. Этой цели отвечал бы более гибкий стандарт открытия производства, чем в случае ликвидации, который не обязывал бы должника прежде, чем подать заявление, дожидаться общего прекращения платежей, а разрешал бы подавать заявление при финансовых обстоятельствах, которые, если их не урегулировать, приведут к несостоятельности. В законодательстве различных стран о несостоятельности используются разные подходы к вопросу о подаче должником заявления о реорганизации. В законодательстве некоторых стран реорганизационная процедура фактически не требует соблюдения какого-либо материально-правового стандарта: должник может подать заявление, когда пожелает, и единственным требованием является направление простого ходатайства в соответствующий суд. В законодательстве других стран, включая законодательство тех стран, в которых используется единый подход (см. часть первую, главу II.D), указывается, что должник может подать заявление, если предполагает, что в будущем он будет не в состоянии оплатить свои долги после наступления срока их погашения (предполагаемая или неизбежная несостоятельность или неликвидность). Положения законодательства ряда стран, касающиеся реорганизации, также требуют привести доказательства реальной или обоснованно предполагаемой перспективы сохранения предприятия должника или экономической жизнеспособности его предприятия.

125. Можно предположить, что упрощение стандарта открытия производства могло бы стать стимулом для злоупотребления производством по делу о несостоятельности. Например, должник, не испытывающий финансовых трудностей, может обратиться с заявлением об открытии производства и представить план реорганизации, направленный на то, чтобы дать ему возможность избежать исполнения обременительных обязательств, например трудовых соглашений, с тем чтобы получить возможность провести новые переговоры по своей задолженности или уклониться от оплаты и лишить кредиторов возможности своевременного получения платежей по долгам в полном объеме. Эту ситуацию следует отличать от тех ситуаций, в которых должников следует поощрять к подаче заявления об открытии производства, например, потому, что оплата задолженности, срок погашения которой наступил, вызвала финансовые трудности, способные привести к несостоятельности, и должник может отвечать критерию неизбежной несостоятельности или предполагаемой неликвидности [см. главу I.B.2c)i), выше], даже если на момент подачи заявления он фактически не является несостоятельным. Иными словами, в ситуации, когда имеются финансовые основания для подачи заявления. Возможно ли такое ненадлежащее использование производства, зависит от того, каким образом спланированы элементы реорганизационного производства, включая стандарт открытия производства, требования о подготовке плана реорганизации, сохранение должником контроля над предприятием после открытия производства и санкции за ненадлежащее использование такой процедуры. Как отмечено выше, вероятно, целесообразно, чтобы законодательство о

несостоятельности было направлено на предотвращение ненадлежащего использования этой процедуры, а не на усложнение процедуры открытия производства, что может нанести ущерб всем сторонам, имеющим право подавать заявления. Вопрос о ненадлежащем использовании производства должником может быть урегулирован, например, путем включения положения о том, что соответствующий суд вправе отклонить заявление и что в этом случае должник несет ответственность за возмещение кредиторам их затрат, понесенных в связи с возражением против заявления, а также за любой вред, причиненный таким заявлением.

с) Подача заявления кредитором

126. Хотя в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что ликвидационное производство может быть открыто по инициативе как кредитора, так и должника, нет единого мнения о том, может ли реорганизационное производство возбуждаться и по инициативе кредитора, и, как отмечено выше, в законодательство ряда стран включено положение, предусматривающее подачу заявлений только должниками. С учетом того, что одной из целей реорганизационного производства является повышение стоимости активов и, таким образом, увеличение поступлений по искам кредиторов благодаря продолжению деятельности и реорганизации предприятия должника, желательно, чтобы правом на подачу заявления обладал не только должник. Еще одна причина для предоставления кредиторам права подавать заявления заключается в том, что могут быть случаи, когда должник не будет или не сможет подавать заявление об открытии производства, например, из-за отставки руководства. Право кредиторов на подачу заявлений о реорганизации имеет также основное значение для решения вопроса о том, могут ли кредиторы предлагать план реорганизации (см. главу IV). Ряд стран придерживается позиции, согласно которой кредиторам следует предоставить возможность предлагать такой план, поскольку во многих случаях они являются основными бенефициарами успешной реорганизации. Если придерживаться такого подхода, то представляется целесообразным предусмотреть, чтобы кредиторы также могли подавать заявление об открытии реорганизационного производства.

127. В законодательстве о несостоятельности, в котором кредиторам разрешается ходатайствовать о реорганизации предприятия должника, используются различные подходы к стандарту открытия производства. Один из подходов отражен в тех положениях законодательства о несостоятельности, которые устанавливают такой же критерий, включая предполагаемую неликвидность, какой применяется в случае подачи заявления о реорганизации должником. Согласно другому подходу считается, что использование одного и того же критерия не вполне обоснованно. Это обусловлено не только трудностями, связанными со способностью кредиторов доказать соблюдение должником стандарта предполагаемой неликвидности, но и тем, что в принципе открытие производства по делу о несостоятельности в какой-либо форме против воли должника представляется необоснованным, кроме как в случаях, когда кредиторам удастся доказать, что их права уже были нарушены.

128. Для разрешения этих проблем, касающихся открытия реорганизационного производства кредитором, в законодательстве некоторых стран установлен стандарт открытия производства, который требует от кредиторов продемонстрировать некоторые другие факторы в дополнение к несостоятельности. Например, что текущие наличные средства будут достаточными для покрытия расходов на повседневную деятельность предприятия, что объем активов окажется достаточным для осуществления реорганизации и что объем поступлений кредиторам в

результате реорганизации может превысить объем поступлений в результате ликвидации. Один из явных недостатков таких подходов заключается в том, что от кредиторов требуется перед подачей заявления произвести или иметь возможность произвести детальную оценку предприятия. В свою очередь, такая оценка может основываться на получении от должника информации, необходимой для такой оценки и достаточно достоверной для того, чтобы можно было произвести такую оценку. Эти проблемы можно разрешить, если, например, предусмотреть, что в случае подачи заявления кредиторами оценку финансового положения должника осуществит независимый орган. Такая процедура может иметь то преимущество, что она обеспечивает открытие производства только в надлежащих случаях. Однако необходимо принять меры для обеспечения того, чтобы дополнительные требования не усложняли порядок подачи заявления, что отбивает у кредиторов охоту предлагать реорганизацию и заставляет их предпочесть ликвидацию, как более легкий альтернативный вариант, или ведет к задержке в открытии производства со всеми вытекающими из этого неблагоприятными последствиями для максимизации стоимости активов и вероятности успешного завершения реорганизации. Следует также позаботиться о том, чтобы ситуация, связанная с несостоятельностью, не использовалась конкурентом должника для получения ценной коммерческой или конфиденциальной информации либо для того, чтобы нарушить деятельность его предприятия путем навязывания необоснованных требований в отношении оценки его финансового положения.

129. Законодательство некоторых стран о несостоятельности устанавливает свой вариант критерия прекращения платежей, требуя, чтобы заявление подавалось конкретно установленным числом кредиторов или кредиторами, предъявляющими долговые требования на конкретно установленную сумму, срок исполнения которых наступил, либо теми и другими кредиторами. Законодательство других стран требует, чтобы кредиторы, подавая заявление, вносили залог или производили платеж для покрытия издержек, связанных с открытием производства¹⁴. Можно сказать, что эти требования имеют те же недостатки, какие были отмечены выше в отношении требования о том, чтобы для успешного осуществления реорганизации имелись достаточные средства.

130. Вопрос о сложности или простоте стандартов открытия производства тесно связан с последствиями открытия и ведения производства по делу о несостоятельности. Например, согласно положениям такого законодательства о несостоятельности, в котором после открытия производства автоматически вводится мораторий, способность предприятия продолжать коммерческие операции и перспективы успешной реорганизации могут быть оценены после открытия производства (а преобразование производства в ликвидационное может произойти в том случае, если будет определено, что реорганизация является нецелесообразной, при условии, что закон разрешает такие действия). В других системах такая информация может требоваться до подачи заявления, поскольку выбор процедуры реорганизации предполагает, что она приведет к более значительным поступлениям для кредиторов, чем процедура ликвидации.

131. По причинам, рассмотренным в предыдущих пунктах, возможно, было бы целесообразным применять один и тот же стандарт открытия производства к заявлениям кредиторов, касающимся как ликвидации, так и реорганизации

¹⁴ Такой платеж может также использоваться для выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности (см. часть вторую, главу III.B; см. также обсуждение вопроса об издержках, связанных с производством по делу о несостоятельности, часть вторую, главу I.B.6).

предприятия должника (то есть критерий общего прекращения платежей). Такой стандарт, как представляется, соответствует как двойному, так и единому подходу (см. часть первую, главу II.D), если применение иного стандарта открытия производства связано не с видом возбуждаемого производства, а с тем фактом, является ли заявитель должником или кредитором. Исключением из подхода, предусматривающего один и тот же стандарт открытия производства в отношении как ликвидации, так и реорганизации, были бы те системы, в которых более предпочтительной является реорганизация и в рамках которых как должнику, так и кредитору запрещается инициировать ликвидационное производство до тех пор, пока не будет установлено, что реорганизация невозможна. В этом случае критерием открытия ликвидационного производства будет не общее прекращение платежей, а решение о том, что реорганизация не может иметь успеха.

5. Процессуальные вопросы

а) Подача заявления об открытии производства

132. В законодательстве о несостоятельности следует предусматривать конкретный порядок открытия производства по делу о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности многих стран требует, чтобы заявление подавалось в тот или иной конкретный суд, хотя имеются и другие примеры, такие как законодательное положение, предусматривающее, что открытие производства осуществляется путем подачи должником заявления в орган, регулирующий деятельность корпораций. В связи с этим возникает вопрос об участии суда в производстве по делу о несостоятельности, который рассматривается в части первой. Помимо законодательства о несостоятельности, порядок открытия производства по делу о несостоятельности может затрагиваться и другими нормами права, например, такими как нормы конституционного права (которые могут касаться, например, роли судов и административных учреждений и вопросов компетенции), процессуального права (включая регламент суда) или права, регулирующего деятельность акционерных компаний.

б) Решение об открытии производства по делу о несостоятельности

133. Предварительный процессуальный вопрос касается порядка открытия производства после подачи соответствующего заявления. Во многих странах обычной практикой является вынесение компетентным судом на основании заявления решения о том, выполнены ли необходимые условия для открытия производства. В ряде стран такое решение может быть вынесено также соответствующим административным учреждением или трибуналом, если это учреждение играет центральную надзорную роль в производстве по делу о несостоятельности. В то же время основной вопрос заключается не столько в том, какой орган выносит решение об открытии производства, сколько в том, что должен сделать этот орган для утверждения заявления и открытия производства. Условия открытия производства, составленные так, чтобы содействовать своевременному и беспрепятственному доступу к производству по делу о несостоятельности, не только способствуют рассмотрению заявления судом или другим органом благодаря упрощению процессуальных процедур и в надлежащих случаях помогают суду принять своевременное решение, но и могут способствовать сокращению издержек, связанных с таким производством, а также увеличению прозрачности и предсказуемости. Кроме того, меньше вероятность того, что такие условия открытия

производства окажутся обременительными для систем, которым может не хватать институционального потенциала или опыта проведения сложных расследований, требующих специальных знаний и опыта в коммерческой и предпринимательской сфере. Вопрос об издержках и выплатах, связанных с доступом к производству по делу о несостоятельности, имеет особое значение для мелких и средних коммерческих предприятий. Еще одним фактором, который следует отметить в связи с процедурой открытия производства, является появившаяся в последнее время в законодательстве ряда стран о несостоятельности тенденция к признанию того, что должник имеет основное право быть заслушанным судом или органом, который будет выносить решение относительно заявления об открытии производства, независимо от того, подано ли заявление должником или кредитором.

134. При выдвижении требований относительно открытия производства в законодательстве некоторых стран проводится различие между заявлением должника и заявлением кредитора. Согласно законодательству ряда стран, заявление должника служит признанием несостоятельности и ведет к автоматическому открытию производства, если только не будет доказано, что должник злоупотребляет законодательством о несостоятельности. Напротив, если, согласно законодательству этих стран, заявление подается кредитором, от суда требуется до вынесения решения об открытии производства рассмотреть вопрос о том, были ли соблюдены критерии в отношении открытия производства. При этом главная цель – избежать злоупотреблений со стороны кредиторов или других заинтересованных сторон. Согласно законодательству некоторых других стран, суд, независимо от того, подано ли заявление должником или кредиторами, должен не только вынести решение о том, были ли соблюдены условия открытия производства, но и определить, соответствует ли испрашиваемый вид производства конкретному положению должника.

135. Если требуемая оценка сложна, то существует вероятность не только затягивания промежутка между временем подачи заявления и временем открытия производства, но и возникновения за этот период новых долгов, поскольку должник продолжает свою коммерческую деятельность и идет на увеличение торговой задолженности ради сохранения потока наличных средств, а также распыления активов в результате действий кредиторов. Если от суда требуется дать оценку по различным аспектам, прежде чем может быть открыто производство, один из способов, позволяющих по возможности упростить такую потенциально сложную оценку, заключается в том, чтобы предусмотреть, во-первых, проведение оценки после открытия производства, когда суд может рассчитывать на содействие со стороны управляющего в деле о несостоятельности и других специалистов, и, во-вторых, возможность преобразования ликвидации в реорганизацию и наоборот. В случае применения этого подхода в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется предусмотреть четкие нормы в отношении применения моратория (см. главу II.B), приоритет погашения возникшей задолженности [см. главу V.C.1b)] и правомочие должника распоряжаться активами в течение данного периода (см. главу II.A.2), а также режима несанкционированных сделок, совершаемых в период проведения оценки (см. главу II.F).

с) Установление предельного срока для вынесения решения об открытии производства

136. Если от суда требуется вынести решение об открытии производства, то целесообразно, чтобы такое решение было вынесено своевременно для обеспечения как определенности, так и предсказуемости процесса принятия решения и

эффективного, без проволочек, ведения производства. Это особенно важно в случае реорганизации для избежания дальнейшего снижения стоимости активов и для повышения шансов на успешную реорганизацию. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности устанавливаются предельные сроки в отношении периода после подачи заявления, в течение которого должно быть принято решение об открытии производства. В этом законодательстве часто проводится различие между заявлениями должников и кредиторов, причем в случае подачи заявления должниками решение, как правило, принимается более оперативно. Любой дополнительный период для подачи заявлений кредиторами имеет целью создать возможность для незамедлительного направления должнику соответствующего уведомления, а должнику – возможность дать ответ в связи с таким заявлением.

137. Хотя подход, при котором устанавливаются предельные сроки, может содействовать обеспечению определенности и прозрачности в интересах как должника, так и кредиторов, преимущества от достижения этих целей следует, очевидно, сопоставить с возможными недостатками данного подхода. Например, фиксированный срок может не обеспечивать достаточной гибкости для учета обстоятельств конкретного дела. Такой срок может быть установлен произвольно без учета ресурсов, имеющихся в распоряжении органа, ответственного за осуществление надзора над производством о несостоятельности, или местных приоритетов такого органа (особенно если несостоятельность является лишь одним из вопросов, которыми он ведает). Кроме того, может быть нелегко обеспечить соблюдение установленных сроков органом, ответственным за принятие решения, и предусмотреть соответствующие последствия в случае несоблюдения таких сроков. Период времени между подачей заявления и принятием решения об открытии производства должен также соответствовать виду испрашиваемого производства, процессу подачи заявления и отражать последствия открытия производства в любом конкретном режиме. Например, насколько далеко должен продвинуться прогресс уведомления заинтересованных сторон и сбора информации перед открытием производства, зависит от режимов, предусматривающих разные периоды времени. В силу этих причин целесообразно использовать в законодательстве о несостоятельности гибкий подход, подчеркивающий преимущества оперативного принятия решения и содержащий рекомендации относительно того, какой срок следует считать разумным, и в то же время признающий местные ограничения и приоритеты.

d) Отклонение заявления об открытии производства

138. В предыдущих пунктах упоминался ряд примеров, когда желательно, чтобы в случаях, когда от суда требуется вынесение решения об открытии производства, суд имел право отклонить заявление об открытии производства либо по причине ненадлежащего использования законодательства о несостоятельности, либо по техническим причинам, касающимся соблюдения требований стандарта открытия производства. Упомянутые примеры включают случаи подачи заявления как должником, так и кредитором. Главными среди оснований для отклонения заявления по техническим причинам могут быть те случаи, когда установлено, что должник не в состоянии соблюсти стандарт открытия производства; когда долг является предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме долга или превышающей эту сумму; когда производство не имеет смысла, поскольку, например, сумма обеспеченной задолженности превышает сумму активов; и когда должник не обладает достаточным объемом активов для оплаты расходов по управлению имущественной массой в деле о несостоятельности, а в законе не предусмотрено иного положения об управлении этой имущественной массой.

139. К примерам ненадлежащего использования можно отнести те случаи, когда должник использует заявление об открытии производства по делу о несостоятельности для уклонения от незамедлительной оплаты своей задолженности кредиторам или для необоснованного лишения кредиторов возможности получения такой незамедлительной оплаты либо в качестве средства, позволяющего освободиться от исполнения обременительных обязательств, например, таких как трудовые соглашения. Если заявление подает кредитор, к таким примерам можно отнести те случаи, когда кредитор использует несостоятельность в качестве ненадлежащей замены процедуры принудительного взыскания задолженности (которая может быть недостаточно разработанной); в качестве попытки вытеснить с рынка жизнеспособное предприятие или получить выплаты на преференциальной основе путем применения принудительных мер в отношении должника (в случае осуществления подобных выплат на преференциальной основе и несостоятельности должника основной функцией производства по делу о несостоятельности будет проведение расследования).

140. Как отмечено выше, при наличии доказательства ненадлежащего использования производства по делу о несостоятельности со стороны должника или кредиторов в законодательстве о несостоятельности, помимо отклонения заявления, может быть предусмотрено, что на сторону, допускающую ненадлежащее использование производства, могут быть наложены санкции и что эта сторона должна оплатить расходы и, возможно, возместить убытки другой стороне за любой причиненный ей вред. Средства правовой защиты могут также предусматриваться положениями другого законодательства, не связанного с вопросами несостоятельности.

е) Уведомление об открытии производства

141. Среди нескольких ключевых задач режима несостоятельности центральное место занимает уведомление о факте подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, а также об открытии этого производства. Оно обеспечивает прозрачность процесса и достаточную информированность на равной основе всех заинтересованных сторон – кредиторов в случае подачи заявления должником и должника в случае подачи заявления кредитором.

і) Заявления, поданные должниками, – уведомление, направляемое кредиторам

142. В случае подачи заявления должником кредиторы и другие соответствующие стороны прямо заинтересованы в получении уведомления об открытии производства и о возможности оспорить презумпции правомочности (возможно, в течение установленного срока, для того чтобы не допустить необоснованного затягивания производства). Вместе с тем возникает вопрос о том, когда следует направлять уведомление кредиторам – когда подано заявление или когда открывается производство. В определенных обстоятельствах, невзирая на заинтересованность кредиторов в получении информации о факте подачи заявления, вероятно, следует учитывать возможность того, что в случае направления уведомления о подаче заявления отклонение затем этого заявления может оказать нежелательное негативное воздействие на положение предприятия должника или же у кредиторов может появиться стимул для предъявления в последний момент исков о взыскании по своим требованиям. Эти проблемы могут быть решены, если предусмотреть общее положение о том, что кредиторы будут получать уведомление лишь об открытии производства. Другая проблема может быть связана с возможными

последствиями для кредиторов задержки на время между моментом подачи заявления должником и моментом открытия производства, если они будут получать уведомление только об открытии производства. В этот промежуточный период кредиторы будут заинтересованы в получении уведомления о подаче заявления, с тем чтобы иметь возможность принять компетентное решение относительно продолжения предоставления товаров и услуг должнику во избежание дальнейшего накопления задолженности. Хотя не исключена возможность принятия гибкого положения об уведомлении, позволяющего суду предусматривать направление уведомления в подобных обстоятельствах, было бы лучше решать этот вопрос в рамках законодательства о несостоятельности путем указания на сроки для принятия решения об открытии производства и на необходимость избегать задержки.

ii) Заявления, поданные кредиторами, – уведомление, направляемое должнику

143. В случае подачи кредитором заявления об открытии производства по делу о несостоятельности все чаще признается, что должник должен иметь непременное право на немедленное уведомление о подаче заявления, а также возможность быть заслушанным и оспорить претензии заявителей относительно его финансового положения (см. главу Ш.А.3). В случае исчезновения должника или его уклонения от вручения уведомления ему лично, вероятно, достаточно предусмотреть публичное уведомление или же уведомление может быть направлено по последнему известному адресу должника. Тем не менее могут возникнуть исключительные обстоятельства, в которых может быть предусмотрена возможность с согласия суда обойтись без личного уведомления должника на том основании, что оно может противоречить цели данного конкретного заявления. Эти обстоятельства могут включать случаи, когда в результате направления уведомления о подаче заявления должник может переместить активы таким образом, что они станут недоступными для кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности. Контраргумент заключается в том, что в случае неуведомления должника он может по незнанию продолжать действовать в ущерб стоимости своих активов, а стало быть, и в ущерб кредиторам. Эту проблему лучше всего было бы решать с помощью таких временных мер, как установление моратория вместо отказа от уведомления о подаче заявления. Однако если в законодательстве суду и разрешается обходиться без уведомления о подаче заявления, должник тем не менее должен как можно скорее получить уведомление об открытии производства.

iii) Уведомление об открытии производства, направляемое иным сторонам помимо кредиторов

144. Помимо кредиторов может быть целый ряд иных сторон, которым может требоваться уведомление об открытии производства. К этим сторонам можно отнести почтовое ведомство (особенно если в законодательстве требуется, чтобы корреспонденция на имя должника доставлялась управляющему в деле о несостоятельности), налоговые органы, органы социального обеспечения и органы, регулирующие деятельность корпораций.

iv) Порядок направления уведомления

145. Помимо вопроса о том, когда следует направлять уведомление, в законодательстве о несостоятельности для обеспечения эффективности уведомления, вероятно, следует предусмотреть порядок направления уведомления и

информацию, которую оно должно содержать. Порядок направления уведомления может касаться таких вопросов, как сторона, которая должна направить уведомление (например, суд или сторона, подающая заявление об открытии производства), и порядок предоставления информации, причем основное внимание должно быть уделено доставке или публикации в той форме, которая в целом с наибольшей вероятностью позволит довести информацию до сведения заинтересованных сторон. Например, наряду с возможностью направления в индивидуальном порядке уведомления непосредственно известным кредиторам¹⁵ (хотя в отдельных случаях эффективность этого метода будет зависеть от состояния учетных документов должника), необходимость информирования неизвестных кредиторов заставила законодателей принять широкие требования, такие как публикация в официальном правительственном издании либо в коммерческой или широко распространяемой газете. Эта газета может быть регионального, национального или местного уровня (в смысле распространения там, где находится предприятие должника) в зависимости от обстоятельств дела и от того, что окажется эффективнее с точки зрения затрат. Например, не всегда может потребоваться дорогостоящая публикация в национальной газете, если предприятие должника базируется и действует на местном уровне. Во избежание излишней громоздкости процесса уведомления и чтобы в каждом случае не требовалось выяснять, какой способ направления уведомления окажется наиболее эффективным, в соответствующем обязательстве должна быть ссылка на стандартные формы, допускающая определенную гибкость для учета местных условий. Другие варианты обеспечения эффективного уведомления могут включать различные формы электронной связи и использование соответствующих общедоступных государственных реестров.

v) *Содержание уведомления*

146. Информация, которую требуется отразить в уведомлении, может касаться последствий открытия производства (особенно в отношении введения моратория – см. главу II); срока для предъявления исков; порядка и места предъявления исков; процедуры и любых формальных требований, необходимых для предъявления исков; рекомендаций в отношении того, какие кредиторы должны предъявлять иски (например, должны ли обеспеченные кредиторы предъявлять иск – см. главу V.A); последствий непредъявления иска или его предъявления в неустановленной форме; и информации относительно подтверждения исков и совещаний кредиторов.

6. Должники, имеющие недостаточный объем активов

147. Многие должники, которые могли бы отвечать критерию открытия производства по делу о несостоятельности, не подвергаются формальной процедуре ликвидации их предприятий либо потому, что кредиторы не желают возбуждать производство, если представляется, что должник не имеет или имеет недостаточно активов для финансирования ведения производства по делу о несостоятельности, либо потому, что должники в подобном положении редко предпринимают шаги с целью открытия производства. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что в случае подачи заявления об открытии производства в подобных обстоятельствах заявление отклоняется на основании

¹⁵ Этому будет способствовать ссылка на список кредиторов, который должен быть предоставлен должником в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, см. главу III.A.4b) и III.B.4. См. также статью 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

оценки степени недостаточности активов, произведенной судом, тогда как в законодательстве других стран предусматривается механизм назначения управляющего в деле о несостоятельности и выплаты ему вознаграждения (см. главу III.B.3). В некоторых других странах в законодательстве предусматривается взыскание с кредиторов дополнительных средств для оплаты расходов по управлению имущественной массой (см. раздел "Сборы", ниже).

148. Имеется ряд причин, особенно связанных с интересами государства и общества, для разработки механизма, позволяющего при очевидном недостатке или отсутствии активов управлять предприятием должника в рамках официального производства. Если в законодательстве о несостоятельности не предусматривается проведение предварительного расследования несостоятельных компаний с недостаточным объемом активов или вообще не имеющих активов, это законодательство вряд ли обеспечит соблюдение норм справедливой коммерческой деятельности или реализацию стандартов благого управления коммерческими предприятиями. Активы могут изыматься из компаний или переводиться в компании-партнеры еще до ликвидации без опасений в отношении возможного расследования или применения положений об оспаривании либо других гражданско-процессуальных или уголовно-процессуальных норм. Наличие механизма управления поможет развеять представление о допустимости такого злоупотребления, сможет обеспечить возврат средств кредиторам в случае расторжения предшествующих сделок, а также возможность расследования деятельности по управлению предприятиями таких должников и может стимулировать предпринимательскую деятельность и осознанное принятие экономических рисков посредством освобождения от ответственности и предоставления возможности возобновить деятельность предпринимателям и другим лицам, участвующим в коммерческой деятельности – в случае добросовестности должника карательные и сдерживающие аспекты законодательства о несостоятельности будут не столь актуальными.

149. Как отмечалось выше, механизмы управления такой имущественной массой могут включать: взимание с кредиторов дополнительного сбора для финансирования процесса управления; создание какого-либо государственного органа или использование существующего органа для управления имуществом несостоятельных должников; учреждение фонда, из которого могут покрываться такого рода издержки; назначение одного из включенных в реестр специалистов по вопросам несостоятельности – по списку или на основе системы ротации, – что призвано обеспечить справедливое и упорядоченное распределение всех дел о несостоятельности как при недостаточном, так и при достаточном объеме активов, когда управляющий в деле о несостоятельности будет получать установленное вознаграждение от государства или когда издержки будут покрывать непосредственно управляющий в деле о несостоятельности и в целом перекрестно субсидироваться его клиентами (поскольку, если управляющий является специалистом, ставки его вознаграждения могут быть скорректированы с учетом неоплачиваемой работы, такой подход не может использоваться в том случае, когда управляющий в деле о несостоятельности является государственным должностным лицом). В случае включения этого механизма в законодательство о несостоятельности, вероятно, потребуется также уделить внимание определению тех должников, в отношении которых применимы эти положения, например, путем упоминания должника, стоимость имеющихся активов которого меньше предписанной стоимости не обремененных долгами активов и нет постоянного источника дохода, что в ином случае позволило бы приступить к процессу ликвидации.

7. Сборы в связи с производством по делу о несостоятельности

150. Помимо оперативности и действенности, одним из важных аспектов эффективного режима несостоятельности, существенным на всех этапах производства по делу о несостоятельности, является эффективность с точки зрения затрат. Поэтому при разработке режима несостоятельности важно избежать возникновения ситуации, при которой такое производство сопряжено со значительными издержками, которые будут сдерживать кредиторов, препятствовать открытию производства и мешать достижению основных целей этого производства. Данный аспект имеет особое значение в случае несостоятельности малых и средних предприятий. Кроме того, он может быть особенно важным, когда, например, должник имеет крупную задолженность, охватывающую целый ряд более мелких кредиторов, индивидуальные долги которым могут оказаться недостаточными для покрытия издержек, связанных с процедурой подачи заявления, или когда в имущественной массе имеется мало активов.

151. Подача заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности как должниками, так и кредиторами может быть сопряжена с уплатой сборов. В отношении уровня взимаемых сборов могут использоваться разные подходы. Один из них может заключаться в установлении сбора, который может использоваться для содействия покрытию издержек, связанных с системой несостоятельности. Однако, если итоговая сумма сбора будет высокой, это может стать сдерживающим фактором и противоречить цели обеспечения удобного, эффективного с точки зрения затрат и легкодоступного производства по делу о несостоятельности. С другой стороны, очень низкая сумма сбора может оказаться недостаточной для предотвращения подачи непродуманных заявлений, и поэтому желательно добиться сбалансированности этих целей. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности от кредиторов, подающих заявление, требуется гарантия покрытия издержек, связанных с производством, но не свыше определенной фиксированной суммы, уплаты определенной процентной доли от общей суммы исков либо какой-либо фиксированной суммы в качестве гарантии оплаты издержек. Согласно законодательству тех стран, в которых требуется выплата определенной суммы в качестве обеспечения издержек, эта сумма может быть возмещена за счет имущественной массы при наличии достаточных активов, а некоторые кредиторы, например служащие, освобождаются от предоставления требуемого обеспечения. В законодательстве некоторых других стран в качестве условия для открытия производства требуется, чтобы необремененные долгами активы, входящие в состав имущественной массы, были достаточными для покрытия издержек, связанных с производством. Если их размер недостаточен, то в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается отклонение заявления или распространение на него режима, предусмотренного положениями об имущественной массе, имеющей небольшую сумму активов или не имеющей их вообще (см. выше). Согласно еще одному подходу устанавливается сумма сборов, которая может взиматься в виде фиксированной процентной доли от стоимости активов, входящих в состав имущественной массы. В случае крупной задолженности это может привести к уплате существенной суммы сбора за счет имущественной массы, что удерживает как кредитора, так и должника от подачи заявлений.

8. Прекращение производства после его открытия

152. Помимо обстоятельств, в которых заявление об открытии производства может быть отклонено, как об этом говорится выше [глава II.B.5d)], бывает, что законодательство о несостоятельности разрешает прекратить производство уже после его открытия. Процедура прекращения применима независимо от того, влечет ли заявление должника автоматическое открытие производства и в момент открытия производства не существует никакой возможности, позволяющей кредиторам и другим заинтересованным сторонам оспорить заявление, или от того, что решение об открытии производства принято судом. Основания для прекращения производства, в сущности, те же, что и для отклонения заявления, то есть ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности будь то должником или кредиторами или несоответствие должника критерию открытия производства на момент его открытия.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений об открытии производства по делу о несостоятельности:

- a) облегчить должникам и кредиторам доступ к предусмотренным законодательством средствам правовой защиты;
- b) установить прозрачные и четкие критерии открытия производства;
- c) создать возможности для подачи и рассмотрения заявлений об открытии производства по делу о несостоятельности оперативным, действенным и эффективным с точки зрения затрат образом;
- d) установить гарантии защиты как должников, так и кредиторов от ненадлежащего использования процедуры подачи заявлений;
- e) установить требования относительно эффективного уведомления об открытии производства.

Содержание законодательных положений

7) Законодательство должно включать положения, касающиеся как реорганизации, так и ликвидации предприятия должника.

Стандарт открытия производства

– *Лица, которым разрешается подавать заявление*

8) В законодательстве должны указываться стороны, которым разрешается подавать заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, к которым следует отнести должника и любого из его кредиторов¹⁶.

¹⁶ К их числу будет относиться и государственный орган, являющийся кредитором должника.

– *Заявление, подаваемое должником*

9) В законодательстве следует предусмотреть, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто по заявлению должника, если должник сможет доказать, что:

- a) он в целом не может или не сможет оплатить свои долги по мере наступления срока их погашения; или
- b) стоимость его пассивов превышает стоимость его активов¹⁷.

– *Заявления, подаваемые кредиторами*

10) В законодательстве следует предусмотреть, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто по заявлению кредитора, если можно доказать, что:

- a) должник в целом не способен оплатить свои долги после наступления срока их погашения; или
- b) стоимость пассивов должника превышает стоимость его активов.

Презумпция неплатежеспособности должника

11) В законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрена презумпция того, что если должник не оплатит один или несколько из своих долгов, срок погашения которых наступил, и если вся сумма долга не является предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме испрашиваемого долга или превышающей эту сумму, то данный должник считается в целом неспособным уплатить свои долги¹⁸.

Открытие производства по заявлению должника

12) В законодательстве следует предусмотреть, что в случае подачи заявления об открытии производства должником:

- a) заявление об открытии производства приведет к автоматическому открытию производства по делу о несостоятельности; или
- b) суд немедленно примет решение о своей юрисдикции, а также о том, является ли должник правомочным и соблюден ли стандарт открытия производства, и в случае позитивного решения открывает производство по делу о несостоятельности.

¹⁷ Настоящая рекомендация и рекомендация относительно подачи заявлений кредиторами направлены на то, чтобы законодатели проявляли гибкость при разработке стандартов открытия производства на основании подхода, использующего единый или двойной критерий. Если в законодательстве используется единый критерий, он должен основываться на неспособности должника оплатить долги по мере наступления срока их погашения (критерий прекращения платежей), а не на балансовом критерии. Если в законодательстве предусматриваются оба критерия (критерий прекращения платежей и балансовый критерий), производство может быть открыто в случае соблюдения одного из этих критериев.

¹⁸ Если должник не уплатил долг с наступившим сроком погашения и кредитор получил судебное решение в отношении должника в связи с этим долгом, необходимости в установлении презумпции неспособности должника уплатить свои долги не возникает. Должник может опровергнуть эту презумпцию, показав, например, что он способен оплатить свои долги, что его долг является предметом правомерного спора или что срок погашения долга не наступил. Рекомендации в отношении направления уведомления об открытии производства обеспечивают должнику защиту путем установления требования о том, чтобы уведомление о подаче заявления об открытии производства направлялось должнику, и путем предоставления должнику возможности опровергнуть данную презумпцию.

Открытие производства по заявлению кредитора

13) Если заявление об открытии производства подается кредитором, то в законодательстве в целом следует предусмотреть, что:

- а) уведомление о подаче заявления должно быть немедленно направлено должнику¹⁹;
- б) должнику должна быть предоставлена возможность дать ответ на заявление; и
- в) суд должен немедленно принять решение о своей юрисдикции, а также о том, является ли должник правомочным и соблюден ли стандарт открытия производства, и в случае позитивного решения открыть производство по делу о несостоятельности²⁰.

Отклонение заявления об открытии производства

14) В законодательстве следует предусмотреть, что, если решение об открытии производства должно приниматься судом, суд может отклонить такое заявление и в случае необходимости возложить на заявителя издержки или применить против него санкции, если установит, что:

- а) он не обладает юрисдикцией; должник не является правомочным лицом либо не отвечает стандарту открытия производства; или
- б) подача заявления представляет собой ненадлежащее использование законодательства.

15) В случае подачи заявления кредитором в законодательстве следует предусмотреть, что должник незамедлительно уведомляется о решении отклонить заявление.

Уведомление об открытии производства

16) В законодательстве следует установить процедуры направления уведомления об открытии производства по делу о несостоятельности.

– Общее уведомление

17) В законодательстве следует предусмотреть, что способы направления уведомления об открытии производства по делу о несостоятельности должны быть надлежащими²¹ с целью обеспечения вероятности того, что соответствующая информация дойдет до заинтересованных сторон²². В законодательстве следует указать сторону, которая несет ответственность за направление такого уведомления.

¹⁹ Если местонахождение должника неизвестно и с ним нельзя установить связь, в общем законодательстве можно предусмотреть соответствующие нормы, касающиеся направления уведомления в подобных обстоятельствах.

²⁰ Принятие решения о том, соблюден ли стандарт открытия производства, бывает сопряжено с рассмотрением вопроса о том, является ли задолженность предметом правомерного спора или зачета в сумме, равной сумме задолженности или превышающей эту сумму [см. также главу II.B.5d)].

²¹ Вопрос о том, что считается надлежащим в том или ином конкретном случае, будет связан также с соображениями эффективности с точки зрения затрат, и в законодательстве о несостоятельности не следует, например, требовать дорогостоящей публикации в национальной газете, если можно обойтись публикацией в местной газете.

²² Общее уведомление, как правило, делается путем изложения информации в таком издании, как, например, официальная правительственная газета, широко распространяемая национальная, региональная

– *Направление уведомления кредиторам*

18) В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление об открытии производства должно направляться кредиторам в индивидуальном порядке, если только суд не сочтет, что в данных обстоятельствах было бы целесообразнее использовать какую-либо иную форму уведомления²³.

– *Содержание уведомления*

19) В законодательстве следует предусмотреть, что уведомление об открытии производства по делу о несостоятельности должно содержать:

- a) информацию, касающуюся предъявления исков, включая время и место предъявления;
- b) процедуру и требования в отношении формы предъявления исков;
- c) последствия непредъявления иска в соответствии с пунктами a) и b); и
- d) информацию, касающуюся подтверждения исков, установления моратория и его последствий, а также совещаний кредиторов.

Должник, не имеющий достаточного объема активов

20) В законодательстве следует предусмотреть режим для должников, чьи активы и источники дохода недостаточно для покрытия расходов на ведение производства по делу о несостоятельности. Могут быть использованы разные подходы, в том числе:

- a) отклонение заявления, за исключением случаев, когда должник является физическим лицом, имеющим право на освобождение от ответственности; или
- b) открытие производства, когда могут быть использованы различные механизмы назначения управляющего в деле о несостоятельности и выплаты ему вознаграждения²⁴.

Прекращение производства по делу о несостоятельности

21) Законодательство должно разрешать суду прекращать производство, если после его открытия суд определит, например, что:

- a) производство представляет собой ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности; или
- b) должник не был правомочным лицом или не отвечал стандарту открытия производства на момент его открытия.

22) В законодательстве следует предусмотреть, что в случае прекращения производства суд может, в зависимости от обстоятельств, возложить на заявителя расходы или санкции, связанные с открытием производства.

23) Законодательство должно содержать требование о направлении уведомления о решении суда относительно прекращения производства.

или местная газета, с помощью электронных средств или через соответствующие государственные реестры.

²³ Обязательство о подготовке списка кредиторов, которым должно быть направлено уведомление, рассматривается в рамках обязательств управляющего в деле о несостоятельности и должника (см. главу III).

²⁴ См. главу III.B.

II. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

A. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

1. Введение

153. Основопологающим элементом производства по делам о несостоятельности является необходимость выявления, сбора, сохранения и реализации активов, которые принадлежат должнику. Во многих системах урегулирования дел о несостоятельности в отношении этих активов устанавливается специальный режим, иногда именуемый имущественной массой в делах о несостоятельности, в отношении которой управляющий в деле о несостоятельности будет обладать, за некоторыми исключениями, конкретно оговоренными полномочиями.

154. В настоящем руководстве термин "имущественная масса" используется в его функциональном смысле для ссылки на активы должника, которые находятся под контролем управляющего в деле о несостоятельности и на которые распространяется производство по делу о несостоятельности. В толкованиях понятия имущественной массы применительно к делам о несостоятельности в разных правовых системах имеются некоторые важные различия. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что правовой титул на активы передается назначенному должностному лицу (обычно управляющему в деле о несостоятельности). В других странах должник продолжает оставаться юридическим собственником активов, однако его полномочия на управление активами или распоряжение ими ограничены, потому что управляющий в деле о несостоятельности будет полностью контролировать эти активы либо потому что должник сможет распоряжаться активами лишь в ходе обычной предпринимательской деятельности, и пользование или распоряжение ими вне рамок обычной предпринимательской деятельности, в том числе путем создания обеспечительных интересов, требует согласия управляющего в деле о несостоятельности или в некоторых случаях суда.

155. Независимо от правовых традиций соответствующей страны, в законодательстве о несостоятельности необходимо будет четко указывать те категории активов, на которые будет распространяться действие производства по делам о несостоятельности и которые, таким образом, будут включаться в понятие имущественной массы, и определять порядок, при котором они подпадают под действие таких процедур, включая уточнение относительных полномочий различных участников. Идентификация активов и их режим будут определять сферу применения и процедуру ведения производства и будут иметь существенные последствия для возможного успеха такого производства, в частности в случае реорганизации. Внесение в законодательство о несостоятельности четких и всеобъемлющих положений по этим вопросам позволит обеспечить прозрачность и предсказуемость процесса как для кредиторов, так и для должника.

2. Активы, включаемые в имущественную массу в делах о несостоятельности

а) Общее определение имущественной массы в делах о несостоятельности

156. Можно предположить, что в имущественную массу должны включаться все активы должника, в том числе его права и интересы в отношении собственности, где

бы она ни находилась и независимо от того, находится ли она во владении должника на момент открытия производства, включая все материальные (как движимые, так и недвижимые) и нематериальные активы. В состав этой массы должны также включаться права и интересы в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, и в активах третьих сторон [в тех случаях, когда дальнейшее использование этих активов как части имущественной массы может подпадать под действие иных положений законодательства о несостоятельности (см. главу II.C)]. Как правило, активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности либо должником, либо управляющим в деле о несостоятельности [за некоторыми исключениями, когда должниками являются физические лица (см. ниже)], равно как и активы, взыскиваемые путем расторжения сделок или каких-либо иных действий, также должны включаться в имущественную массу. Часть таких активов может быть свободно продана или обменена, тогда как на другие активы могут распространяться ограничения, связанные с положениями договорного либо иного права (например, не подлежащая передаче государственная лицензия или перечень клиентов, подпадающий под действие положений о конфиденциальности) либо касающиеся проблем посредничества, которые могут возникнуть в связи с другими правами на эти активы. Тем не менее желательно, чтобы, несмотря на подобные ограничения, такие активы включались в имущественную массу.

157. К материальным активам относятся активы, которые легко можно найти в балансе должника, такие как кассовая наличность, оборудование, товарные запасы, незавершенные строительные объекты, банковские счета, дебиторская задолженность и недвижимость. Активы, относимые к категории нематериальных, могут по-разному определяться в различных государствах в зависимости от внутригосударственного законодательства, однако к ним могут относиться интеллектуальная собственность, ценные бумаги и прочие финансовые документы, страховые полисы, договорные права (включая права на активы, которые находятся в собственности третьих сторон) и право на иск, возникающее из деликта²⁵ в объеме, соответствующем интересу должника. Включение в имущественную массу части нематериальных активов может вступить в противоречие с другими законами, в частности с законами, ограничивающими возможность передачи прав или связанными с защитой конфиденциальности. В случае физических лиц в имущественную массу могут включаться и такие активы, как права наследования, в которых должник имеет интерес или на которые он может претендовать в случае открытия производства по делу о несостоятельности или которые возникают в процессе производства по делу о несостоятельности, а также интерес должника в активах, находящихся в совместном владении должника и другого лица, включая супругу (супруга) должника.

158. Несмотря на желательность принятия широкого определения имущественной массы, включение в ее состав нескольких видов активов может вызвать определенные возражения. Часть этих активов – например принадлежащие должнику ничем не обремененные активы, активы, не оспариваемые третьими сторонами, и активы, полученные в порядке возмещения управляющим в деле о несостоятельности либо по иску, предъявленному третьей стороне, либо на основании решения об отмене предыдущих судебных решений, – могут быть

²⁵ В тех случаях, когда должником является физическое лицо, некоторые правовые системы исключают деликты личного характера, например диффамацию, ущерб кредитоспособности или репутации либо причинение телесного вреда, когда должник сохраняет личное право предъявить иск и удерживать возмещение на том основании, что в ином случае стимул к возмещению вреда был бы ослаблен, но не имеет права требовать возмещения потери дохода, связанной с подобными основаниями иска.

включены в имущественную массу без особых затруднений. Другие же активы могут легко исключаться из состава имущественной массы, например, активы, которые принадлежат третьей стороне и в которых должник имеет интерес, либо активы, принадлежащие полностью на правах собственности супругу (супруге) должника. Но такие виды активов, как обремененные обеспечением, активы, находящиеся в совместной собственности и находящиеся за рубежом, а также некоторые нематериальные активы и активы, которые принадлежат третьим сторонам и в которых должник имеет интерес, могут вызывать некоторые трудноразрешимые вопросы. Эти вопросы будут рассмотрены в нижеследующих разделах.

b) Обремененные активы

159. Один из вопросов, имеющих достаточно важное значение, заключается в том, охватывает ли законодательство о несостоятельности обремененные активы в качестве части имущественной массы в делах о несостоятельности. В законах о несостоятельности используются различные подходы применительно к режиму активов, обремененных обеспечительными интересами. В законодательстве многих стран предусматривается, что обремененные активы включаются в имущественную массу в делах о несостоятельности, причем открытие производства обуславливает наступление различных последствий, например, ограничение осуществления обеспечительных прав, принадлежащих кредиторам или третьим сторонам, в результате введения моратория или наступления других последствий открытия производства. Включение в имущественную массу обремененных активов и вытекающее отсюда ограничение на осуществление прав обеспеченных кредиторов может не только способствовать обеспечению равного режима для кредиторов, но и играть важнейшую роль в ходе производства, когда обремененные активы имеют решающее значение для предприятия. Например, когда производственное оборудование или арендованные производственные помещения играют жизненно важную роль для предприятия должника, реорганизация или продажа этого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы не может быть произведена без сохранения такого оборудования или арендуемых помещений для использования в рамках судебного производства. Преимущества, в частности при реорганизации и когда предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, заключаются в том, что могут использоваться все активы должника, доступные в составе имущественной массы по делу о несостоятельности с момента открытия производства по такому делу.

160. Если обремененные активы включаются в имущественную массу в делах о несостоятельности, то на них также могут распространяться определенные меры защиты, например меры, касающиеся сохранения стоимости обремененного актива или части актива, обеспеченного правом требования кредитора, а также оговоренных ситуаций, в которых обремененный актив может быть отделен от имущественной массы (см., например, главу II.C). В законодательстве о несостоятельности следует четко установить, что подобное включение не лишает обеспеченных кредиторов их имущественных прав на обремененные активы, даже если это в действительности приводит к ограничению осуществления таких прав (например, к отсрочке их осуществления путем применения моратория).

161. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается, что обеспечительное право не затрагивается производством по делу о несостоятельности и что обеспеченные кредиторы могут предпринимать действия для реализации своих

юридических и договорных прав. Признавая, что могут возникать дела, в ходе производства по которым обремененные активы могут играть решающую роль, следует иметь в виду, что имеются и примеры законодательных положений, предусматривающих, что даже в том случае, когда такие активы не затрагиваются процедурой о несостоятельности, должник с согласия управляющего в деле о несостоятельности может просить суд не допускать принудительного исполнения, если данный актив является необходимым для продолжения функционирования предприятия. Преимущество исключения обремененных активов может заключаться, как правило, в расширении возможностей получения кредита, поскольку обеспеченные кредиторы будут уверены в том, что открытие производства по делу о несостоятельности не будет иметь неблагоприятных последствий для их интересов. В то же время все чаще признают, что это общее преимущество для экономики является менее важным, чем те преимущества, которые могут быть получены в результате включения обремененных активов в состав имущественной массы в делах о несостоятельности и ограничения возможностей обеспеченных кредиторов осуществлять свои права, как было отмечено выше.

с) Активы, принадлежащие третьим сторонам

162. В некоторых правовых системах допускается, чтобы активы, на которые кредитор сохраняет правовой титул или право собственности (например, в случае удержания правового титула или в соответствии с договором аренды), отделялись от имущественной массы в делах о несостоятельности на том основании, что в законодательстве о несостоятельности должны уважаться законные права кредиторов на эти активы. В других же правовых системах вопросы отделения таких активов ставятся в зависимости от положений законодательства о несостоятельности, касающихся режима контрактов. Однако эта имущественная масса будет, как правило, включать, как указано выше в общем определении имущественной массы, любые права, которыми должник может обладать в отношении активов, принадлежащих таким третьим сторонам. Могут иметь место случаи, когда принадлежащие третьим сторонам активы могут, так же как обремененные активы, иметь решающее значение для продолжения деятельности предприятия, будь то при реорганизации или продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации. Для таких случаев в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразным предусмотреть определенный механизм, который позволит сохранять активы, принадлежащие третьей стороне, для использования в ходе производства по делу о несостоятельности при условии соблюдения интересов собственника, являющегося третьей стороной, и сохранения за этой третьей стороной права оспорить такое включение. Эти вопросы рассматриваются в главе II.C, ниже.

163. Если экономические условия сделки говорят о том, что она является механизмом финансирования приобретения активов, пусть даже оформленным, например, как аренда, то в некоторых законах такой механизм трактуется как договор об обеспеченном кредитовании, и в случае несостоятельности на арендодателя распространяется действие того же режима, что и на других обеспеченных кредиторов. Какая-либо сделка будет способом финансирования в том случае, если в конце срока аренды либо должник может сохранять данный актив для выплаты номинальной суммы, либо остаточная стоимость данного актива является незначительной. В законодательстве о несостоятельности права должника могут рассматриваться как часть имущественной массы в делах о несостоятельности, и оно

может допускать при определенных условиях использование такого актива управляющим в деле о несостоятельности, как об этом говорится в главе II.C.

164. В тех случаях, когда интерес в активах, на который претендует должник, оспаривается третьей стороной, желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности возможность временной защиты таких активов с целью обеспечения их сохранения до вынесения судом решения по вопросу о том, кому они принадлежат. Для тех случаев, когда суд решит, что активы не входят в состав имущественной массы, в законе можно также предусмотреть урегулирование вопросов возмещения третьей стороне ущерба, возникшего в результате сохранения правового титула за должником. Вопрос об убытках может возникнуть и тогда, когда третья сторона удерживает в своем владении активы, признанные входящими в состав имущественной массы.

d) Иностранные активы

165. В связи с вопросом о том, станут ли активы должника, находящиеся за пределами страны, в которой ведется производство по делу о несостоятельности, частью имущественной массы, возникают также вопросы, связанные с проблематикой трансграничной несостоятельности. Это может иметь большое значение при реорганизации, когда исключение иностранных активов может в значительной степени помешать успешному проведению судебного разбирательства. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности используется подход, согласно которому должно иметь место единое производство по делу о несостоятельности, проводимое в стране, где должник имеет свою головную контору либо которая является местом его регистрации или инкорпорации (центр основных интересов), и которое будет касаться активов должника, где бы они ни находились (универсальный подход). Этот подход подразумевает, что использующее его государство будет принимать к рассмотрению те же иски, которые были предъявлены согласно законодательству о несостоятельности, существующему в каком-либо другом государстве. В других же странах законодательство о несостоятельности основывается на подходе, ограничивающем сферу применения законодательства о несостоятельности территорией, на которую распространяется юрисдикция властей, принявших такое законодательство (территориальный подход). Такой подход требует открытия различных производств в каждой стране, в которой должник имеет активы или в которой находятся его различные филиалы или предприятия. Еще один подход представляет собой модифицированный вариант, согласно которому государство требует универсального применения своего собственного законодательства, но не признает такого же универсального применения законов других государств.

166. Существование различных подходов к данному вопросу порождает значительную неопределенность и подрывает эффективное применение внутригосударственного законодательства о несостоятельности. Однако по мере того, как различия между законодательствами о несостоятельности сокращаются и растет сходство, становится все меньше причин для сохранения территориального подхода. Постоянно растет потребность в том, чтобы согласно законодательству о несостоятельности имущественная масса в делах о несостоятельности включала в себя все активы должника независимо от их местонахождения. Однако поскольку различия, скорее всего, еще некоторое время сохранятся, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности устанавливает режим эффективного сотрудничества по делам о трансграничной несостоятельности посредством признания иностранных решений и обеспечения доступа иностранных представителей к производству по делам о несостоятельности в местных судах. Предполагается, что

этот режим будет сопоставимым со всеми правовыми системами, о нем подробно говорится в главе VII.

е) Возвращенные активы

i) Производство с целью расторжения сделки

167. Активы, на которые будет распространяться производство, будут включать любые активы или их стоимость, возвращенные управляющим в деле о несостоятельности в рамках производства с целью расторжения сделки, когда в результате сделки некоторым кредиторам предоставляется преференциальный режим или сделка наносит ущерб имущественной массе в деле о несостоятельности либо совершается с целью нарушения коллективных прав кредиторов (см. главу II.F).

ii) Несанкционированные сделки, заключенные после подачи заявления об открытии производства или после его открытия

168. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает принятие мер, призванных ограничить степень, в которой должник, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, может распоряжаться своими активами, как обремененными, так и необремененными, без разрешения суда или управляющего в деле о несостоятельности [см. главу II.B.8b) и 9]. Эти ограничения, как правило, будут применяться после открытия производства по делу о несостоятельности, но могут применяться и после подачи заявления об открытии такого производства в тех случаях, когда полномочия распоряжаться активами имущественной массы предоставлены временному управляющему в деле о несостоятельности. Законодательство некоторых стран о несостоятельности рассматривает несанкционированные сделки как ничтожные и не подлежащие исполнению в отношении имущественной массы в делах о несостоятельности и предусматривает возможность истребования любых переданных активов, за исключением некоторых случаев, в которых контрагент предоставляет стоимость или может доказать, что сделка не нанесла ущерба правам кредиторов. Законодательство других стран о несостоятельности добивается того же результата, распространяя на несанкционированные договоры действие положений, предусматривающих расторжение сделок, в зависимости от порядка расчета подозрительного периода (см. главу II.F.3).

3. Активы, исключаемые из имущественной массы в делах о несостоятельности

а) Исключения общего характера

169. Законодательство о несостоятельности может предусматривать исключение определенных активов из имущественной массы. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к этому вопросу. Активы, исключаемые из имущественной массы, могут включать, в частности, определенные активы, принадлежащие какой-либо третьей стороне, которые находятся во владении должника в момент открытия производства, например активы, находящиеся в доверительной собственности, и активы, на которые распространяется действие какого-либо соглашения (будь то договорного или иного), сопряженного не с передачей правового титула, а скорее с использованием данных активов и возвращением их собственнику после достижения цели, для которой они были

переданы во владение должника²⁶. В состав активов, исключаемых из имущественной массы, могут, по законодательству некоторых стран, также входить активы, в отношении которых предъявлены требования о возврате, например товары, поставленные должнику до открытия производства, но не оплаченные им и подлежащие возврату поставщику (в том случае, если они могут быть идентифицированы, а также с соблюдением других соответствующих условий).

b) Случай, когда должником является физическое лицо

170. В случае несостоятельности физического лица законодательство о несостоятельности может предусматривать, что из имущественной массы должны исключаться определенные активы, в частности поступления, полученные после подачи заявления в результате оказания должником личных услуг, а также активы, которые необходимы должнику для того, чтобы зарабатывать средства к существованию, плюс личные и домашние активы, такие как мебель, бытовая техника, постельные принадлежности, одежда и другие активы, которые необходимы для удовлетворения элементарных бытовых потребностей должника и его семьи. Такие подпадающие под исключение активы обычно не оказываются в распоряжении должников юридического лица. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусматриваются исключения в отношении активов физического лица, такие исключения должны быть четко оговорены, а их число и стоимость сведены к минимуму, необходимому для защиты личных прав должника и предоставления ему возможности зарабатывать средства на жизнь. При определении таких исключений, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о применимых обязательствах с точки зрения прав человека, включая международно-правовые обязательства, которые призваны защищать должника и соответствующих членов семьи и которые могут затрагивать предполагаемые исключения²⁷. При этом также, возможно, нужно будет учитывать экономические последствия таких исключений; по данным некоторых исследований, полное или существенное исключение личных активов из состава массы, являющейся предметом производства по делам о несостоятельности, может дать положительный эффект с точки зрения развития предпринимательства и желания идти на риск.

Активы, находящиеся в совместной собственности

171. Если должник является физическим лицом и если личные активы находятся в совместной собственности должника и его супруги или супруга, то в законодательстве о несостоятельности или в каких-либо иных нормах права при определении режима подобных активов используются различные подходы, связанные, например, с режимом общей собственности супругов или прав собственности на имущество. В некоторых странах с федеративным устройством эта проблема может затрагивать вопросы, касающиеся законодательства штата и федерального законодательства. От взаимодействия норм такого другого законодательства и законов о несостоятельности может зависеть порядок применения таких актов о несостоятельности, как, например, актов, касающихся расторжения сделок.

172. Один из подходов к режиму совместных активов заключается в полном их исключении из состава имущественной массы. Другой подход предусматривает, что если производство открыто в отношении активов одного из супругов, то часть

²⁶ Таким соглашением может быть передача в зависимое держание или передача на хранение.

²⁷ В Европе, например, уместно применение Европейской конвенции по правам человека 1950 года.

взаимных активов, принадлежащих данному супругу, может стать частью имущественной массы в деле о несостоятельности, если в соответствии с другими правовыми нормами помимо законодательства о несостоятельности эти активы могут быть разделены для целей исполнения судебных решений (в тех случаях, когда разделение таких активов не будет связано с законодательством о несостоятельности и производством по делу о несостоятельности). Следовательно, выбор между этими двумя подходами может зависеть от характера действия других правовых норм помимо законодательства о несостоятельности и от того, насколько легко можно разделить такие активы (см. главу II.C.2).

4. Момент образования имущественной массы в деле о несостоятельности и взыскания активов

173. Законодательство о несостоятельности должно указывать дату образования имущественной массы путем ссылки на активы, которые будут считаться частью имущественной массы, с тем чтобы обеспечить определенность для должника и кредиторов. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности указывается дата открытия производства, тогда как в законодательстве других стран говорится о дате подачи заявления об открытии производства или об акте о несостоятельности, являющемся основанием подачи такого заявления. Разница между этими двумя датами имеет значение в плане режима (и, самое главное, защиты) активов должника в промежуточный период между подачей заявления и открытием производства. По этой причине в законодательстве ряда стран момент образования имущественной массы устанавливается с даты подачи заявления. По законодательству других стран в целях четкости и определенности момент образования имущественной массы устанавливается с даты открытия производства, но в нем также содержатся положения, ограничивающие права должника по распоряжению имуществом в течение соответствующего срока после подачи заявления. Активы, реализованные в пределах этого срока, могут быть востребованы управляющим в деле о несостоятельности. Другими обстоятельствами, которые должны учитываться с точки зрения защиты активов в период между подачей заявления и открытием производства, являются применение положений о расторжении сделок и дата начала отсчета подозрительного периода (см. главу II.F.6).

174. Независимо от выбора даты можно предположить, что в имущественную массу должны включаться все активы должника по состоянию на выбранную дату, а также активы, приобретенные управляющим в деле о несостоятельности и должником после этой даты, будь то в результате осуществления полномочий по расторжению сделок (см. главу II.F) или же в ходе обычного функционирования предприятия должника.

175. После того как определено, какие активы должны быть включены в состав имущественной массы, они должны быть взысканы. Для этого в законодательстве о несостоятельности необходимо предусмотреть полномочия, позволяющие управляющему в деле о несостоятельности установить контроль над активами, определенными как часть имущественной массы, а также обязательства должника и других соответствующих сторон оказывать содействие и сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности по этим вопросам. В тех случаях, когда активы находятся в какой-либо иной стране, потребуются принятие дополнительных мер, например тех, которые сформулированы в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся имущественной массы в делах о несостоятельности, заключаются в следующем:

- а) определить те активы, которые подлежат включению в имущественную массу, образованную после открытия производства, в том числе интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, а также в активах третьих сторон;
- б) определить активы, если таковые существуют, подлежащие исключению из состава имущественной массы.

Содержание законодательных положений

Активы, образующие имущественную массу

24) В законе должны быть определены активы, образующие имущественную массу, включая:

- а) активы должника [находящиеся в собственности²⁸ должника], в том числе его интересы в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, и в активах третьих сторон на [момент подачи заявления об открытии производства] [открытия производства] по делу о несостоятельности;
- б) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности; и
- с) активы, возвращенные в результате расторжения сделок и других действий.

25) В случае открытия производства по делу о несостоятельности, когда должник имеет центр своих основных интересов, в законодательстве должно указываться, что имущественная масса включает все активы кредитора, где бы они ни находились²⁹.

Активы, исключаемые из состава имущественной массы в случаях, когда должником является физическое лицо³⁰

26) В законодательстве должно быть четко указано, какие активы, если таковые имеются, следует исключать из имущественной массы в тех случаях, когда должником является физическое лицо.

В. Защита и сохранение имущественной массы

1. Введение

176. Одной из важнейших целей эффективной системы урегулирования дел о несостоятельности является создание защитного механизма для обеспечения того, чтобы стоимость имущественной массы не сокращалась в результате действий

²⁸ Права собственности устанавливаются путем ссылки на соответствующее применимое законодательство.

²⁹ Во всех случаях, когда в законодательстве будет использован рекомендуемый в настоящем документе универсальный подход, закон должен также регулировать вопрос о признании иностранного производства, см. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (глава 7).

³⁰ Для должников, являющихся юридическими лицами, исключения, как правило, не делаются. По вопросу об активах, которые могут быть исключены применительно к физическим лицам, см. главу II.3b).

различных сторон и чтобы управление производством по делу о несостоятельности могло осуществляться на справедливой и упорядоченной основе. Сторонами, от действий которых требуется обеспечить защиту имущественной массы в первую очередь, являются должник и его кредиторы.

2. Защита имущественной массы путем применения моратория

177. Что касается кредиторов, то один из основополагающих принципов законодательства о несостоятельности заключается в том, что производство носит коллективный характер, а это требует защиты интересов всех кредиторов от индивидуальных действий, предпринимаемых одним из них. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает создание механизма, не только препятствующего кредиторам добиваться принудительной реализации своих прав с помощью имеющихся средств правовой защиты в течение всего или части срока проведения ликвидационных или реорганизационных процедур, но и приостанавливающего уже предпринимаемые действия в отношении должника и препятствующего началу новых действий. В зависимости от сферы применения этого механизма для его обозначения используются различные термины, такие как мораторий, приостановление или временное приостановление. Для целей настоящего *Руководства* используется термин "мораторий" в широком смысле, который охватывает как приостановление процессуальных действий, так и мораторий на их возбуждение.

i) Ликвидация

178. В качестве общего принципа в случае ликвидации основное внимание уделяется полной или частичной продаже активов, с тем чтобы можно было как можно скорее удовлетворить требования кредиторов за счет реализации имущественной массы. Главная цель заключается в максимальном повышении стоимости активов. Введение моратория может обеспечить справедливое и упорядоченное управление процедурами ликвидации, предоставить в распоряжение управляющего в деле о несостоятельности достаточный период времени, для того чтобы избежать вынужденной продажи, при которой нельзя было бы максимально повысить стоимость ликвидируемых активов, а также дать ему возможность понять, не может ли предприятие быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, если коллективная стоимость активов может быть выше, чем в случае продажи активов по частям. Кроме того, введение моратория предоставляет управляющему в деле о несостоятельности возможность оценить положение должника, в том числе и с точки зрения уже предъявленных исков, и дает ему время подробно проанализировать все возможные действия, которые могли бы способствовать достижению результата, не наносящего ущерба интересам должника и кредиторов. Проблема заключается в обеспечении труднодостижимого в ходе ликвидационного процесса баланса между конкурирующими интересами обеспеченных кредиторов, которые нередко обладают обеспечением в отношении важнейших активов предприятий, и интересами необеспеченных кредиторов.

ii) Реорганизация

179. В случае реорганизационного производства введение в действие моратория облегчает продолжение операций коммерческого предприятия и предоставляет должнику передышку для приведения в порядок своих дел, время для подготовки и утверждения плана реорганизации и принятия других мер, включая, когда это необходимо, свертывание убыточных направлений деятельности и прекращение

обременительных контрактов. Как и при ликвидации, это также дает возможность рассмотреть иски, предъявленные должнику. С учетом целей реорганизации мораторий оказывает гораздо большее воздействие и выполняет, таким образом, более важные функции, чем при ликвидации, и может являться важным стимулом, побуждающим должников инициировать реорганизационное производство. В то же время открытие производства и введение моратория служат уведомлением для деловых партнеров должника о неясных перспективах коммерческого предприятия. Это может вызвать кризис доверия, а также неопределенность в вопросе о том, каковы будут последствия производства по делу о несостоятельности для поставщиков, клиентов и служащих предприятия должника.

180. Необходимо будет сопоставить преимущества, которые получает должник в краткосрочной перспективе в результате общего моратория, оперативно введенного для ограничения процессуальных действий кредиторов, и долгосрочные преимущества, которые связаны с ограничением степени воздействия моратория на договорные отношения между должниками и кредиторами, прежде всего обеспеченными.

3. Сфера применения моратория

а) Действия, к которым будет применяться мораторий

181. В некоторых странах применяется подход, согласно которому для обеспечения эффективности моратория он должен иметь весьма широкую сферу охвата и применяться по отношению ко всем средствам правовой защиты и процессуальным действиям в отношении должника и его активов, независимо от того, предпринимаются ли они в административном, судебном или индивидуальном порядке, и должен ограничивать действия как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов по осуществлению их прав в принудительном порядке, а также действия правительств по реализации их преимущественных прав. В числе примеров действий и актов, на которые может быть наложен мораторий, можно привести следующие: возбуждение или продолжение исковых или процессуальных действий против должника или в отношении его активов, возбуждение или продолжение действий по принудительному взысканию в отношении активов должника, включая исполнение судебных решений и окончательное оформление или принудительную реализацию обеспечительных интересов; действия любого собственника или арендодателя по возвращению имущества, которое используется или занято должником или находится в его владении; погашение суммы, которую должник взял в долг до даты открытия производства, или предоставление обеспечения в отношении такого долга; право должника на передачу, обременение или иной вид распоряжения любыми его активами (в случае реорганизации такое право может ограничиваться передачей, обременением или распоряжением вне рамок обычных коммерческих операций); право контрагента на прекращение действия контракта с должником (за исключением случаев, когда в контракте предусмотрена дата его прекращения, которая наступает после открытия производства)³¹, и прекращение, временное приостановление или перерыв в предоставлении должнику важнейших услуг (например, водо-, газо- и электроснабжения, а также телефонной связи). В статье 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. главу VII) предусматривается, например, что возбуждение или продолжение производства в отношении

³¹ Это предоставит управляющему в деле о несостоятельности время для оценки важности контракта, а также для определения того, какие меры следует принять для продолжения его действия или отказа от этого контракта. См. главу II.E.

индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов должника, прав, обязательств или ответственности должника, а также производство исполнительных действий в отношении активов должника приостанавливаются. В число вышеупомянутых конкретных исков должны входить иски, поданные как в суды общей юрисдикции, так и в арбитраж³².

182. Одна из причин распространения действия моратория на продолжающееся производство состоит в том, что необходимость привлечения управляющего в деле о несостоятельности к уже открытому судебному производству (в котором должник лишен контроля) может распылить и отвлечь ресурсы, требующиеся для выполнения им своей задачи по управлению имущественной массой. Так, например, в отношении должника может быть принято решение о нарушении обязательств, способное лечь в основу требования кредитора в деле, тогда как в случае надлежащего судебного решения иск мог быть отклонен или назначена меньшая сумма выплат. Поскольку в законодательствах большинства стран о несостоятельности предусмотрены соответствующие механизмы рассмотрения требований (их подачи, проверки и удовлетворения) и распределения выплат, то с учетом того обстоятельства, что большая часть процессуальных действий по таким требованиям проводится вне рамок дел о несостоятельности, подобные действия оказываются излишними. Тем не менее законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что, когда юридические процессуальные действия в отношении должника (включая как возбуждение, так и продолжение таких процессуальных действий) подпадают под действие моратория в случае ликвидации, подобные действия могут быть начаты или продолжены по усмотрению суда, если он считает необходимым сохранить требование или установить его количественный объем³³.

183. Законодательство других стран о несостоятельности предусматривает, что возбуждение или продолжение юридических процессуальных действий допускается (без разрешения суда), однако применение моратория исключает принудительное исполнение любого соответствующего предписания суда. Законодательство некоторых стран о несостоятельности ограничивает иски, которые могут быть возбуждены, и лишь конкретные иски, например иски работников к должнику, могут быть возбуждены или продолжены, однако на любые меры по принудительному исполнению решений, принятых в результате рассмотрения этих исков, будет наложен мораторий. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности проводится различие между регулятивными и денежными исками. В некоторых странах законодательство допускает продолжение как регулятивных, так и денежных исков, а в других странах — лишь регулятивных исков, в частности тех, которые направлены не на получение денег для включения их в состав имущественной массы, а на защиту жизненно важных и не допускающих отлагательства общественных интересов, ограничение деятельности, причиняющей ущерб окружающей среде, либо деятельности, представляющей угрозу здоровью и безопасности граждан.

³² Приостановить ход арбитражного разбирательства можно, однако не во всех случаях. Это например, невозможно тогда, когда дело о несостоятельности рассматривается в арбитраже иностранного государства, а не в том государстве, где было открыто производство.

³³ В пункте 3 статьи 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности предусматривается, например, что применение моратория к возбуждению или продолжению производства в отношении индивидуальных исков и процессуальных действий в отношении должника не должно затрагивать право на возбуждение индивидуальных исков или процессуальных действий в той мере, в которой это необходимо для сохранения выдвинутого против должника требования.

b) Исключения из сферы применения моратория

184. В целях обеспечения прозрачности и предсказуемости весьма желательно четкое определение в законодательстве о несостоятельности действий, которые могут быть включены или специально исключены из сферы охвата моратория, независимо от того, какие лица станут, возможно, инициировать совершение таких действий, будь то необеспеченные кредиторы (включая преференциальных кредиторов, таких как работники предприятия, держатели предусмотренных законом залоговых прав или органы управления); третьи стороны (такие как арендодатель или собственник имущества, которое находится во владении должника либо используется или занято им); обеспеченные кредиторы или другие лица. Исключения могут включать следующее: права на зачет требований и взаимозачет по финансовым контрактам (см. главу II.G); действия, направленные на защиту публичных интересов, например в целях ограничения нанесения ущерба окружающей среде, здоровью и безопасности населения; действия, направленные на предотвращение злоупотреблений, например использования процедур несостоятельности в качестве прикрытия для незаконной деятельности; иски, инициируемые в целях сохранения требования в отношении должника, и иски против должника, возбужденные в связи с причинением личного вреда или требованием, предъявляемым на основе семейного права³⁴. Что же касается требований к должнику, потенциально связанных с выплатой очень крупных сумм компенсации, таких как множественные требования по деликтным искам, то было бы желательно включать их в сферу действия моратория.

c) Обеспеченные кредиторы

185. В вопросе о действии моратория в отношении различных прав законодательство о несостоятельности в разных странах имеет существенные отличия. Практически не существует разногласий в отношении необходимости применения моратория в целях приостановления или недопущения начала процессуальных действий необеспеченных кредиторов против должника или его активов. В то же время применение моратория в отношении обеспеченных кредиторов сопряжено с большими проблемами и требует обеспечения баланса между различными конкурирующими интересами. Необходимо, например, обеспечить соблюдение установленных до наступления несостоятельности приоритетов обеспеченных кредиторов в том, что касается их прав на обремененные активы; свести к минимуму последствия моратория с точки зрения стоимости обремененных активов и в случаях реорганизации обеспечить доступность в ходе производства всех активов, необходимых для успешной реорганизации жизнеспособного должника.

186. Как правило, кредиторы стремятся получить обеспечение для защиты своих интересов в случае неспособности должника вернуть кредит. Если признать эту цель предоставления обеспечения, то могут быть приведены доводы о том, что после открытия производства по делу о несостоятельности для обеспеченных кредиторов не должны устанавливаться запреты, задерживающие незамедлительное осуществление его прав на обремененные активы или препятствующие такому осуществлению. В конечном итоге обеспеченный кредитор получает обеспечение в

³⁴ Например, законодательство некоторых стран исключает из сферы применения моратория выполнение должником обязательств, не влияющих на состояние имущественной массы, в частности обязательств, касающихся встреч родителей с детьми в соответствующих ситуациях, предусмотренных семейным правом.

обмен на стоимость, которая отражает уверенность в возможности воспользоваться таким обеспечительным интересом. По этой причине решение вопроса о введении любых мер, которые ослабят уверенность в способности обеспеченного кредитора взыскать долг или нанесут ущерб стоимости обеспечительных интересов, например в результате применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов, необходимо, по-видимому, тщательно взвесить. Подобные меры могут в конечном итоге подорвать не только автономию сторон в их коммерческих операциях и важность соблюдения условий коммерческих сделок, но также и доступность кредита по приемлемым ставкам; если защита, предоставляемая обеспечительным интересам, ослабляется, то цена кредита может возрасти для компенсации более высокого риска. В некоторых странах, где законы о несостоятельности исключают обеспеченных кредиторов из сферы действия моратория, пристальное внимание уделяется, в качестве альтернативы мораторию, поощрению проведения до открытия производства переговоров между должником и кредиторами, направленных на достижение соглашения о будущем порядке действий.

i) Реорганизация

187. В то же время в законодательстве все большего числа стран о несостоятельности признается, что во многих случаях порядок, разрешающий обеспеченным кредиторам свободно осуществлять свои права на обремененные активы, может создать препятствие для достижения основных целей производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации, и по этой причине они при условии применения некоторых мер защиты включаются в сферу действия моратория. Следует отметить, что увеличение числа случаев, когда банки и другие финансовые учреждения соглашались на введение моратория в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, проводимых в соответствии с такими правилами, как "Лондонский подход" (см. главу II части первой), частично объясняет рост числа случаев, когда обеспеченные кредиторы соглашались на применение в их отношении моратория в ходе производства по делам о несостоятельности.

188. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к вопросу о применении моратория в отношении обеспеченных кредиторов при ликвидационном производстве. В качестве общего принципа, в случаях, когда функции управляющего в деле о несостоятельности состоят в том, чтобы собрать и реализовать активы и распределить вырученные средства среди кредиторов как дивиденды, обеспеченному кредитору может быть разрешено свободно осуществлять свои права на обремененный актив, для удовлетворения своего требования без ущерба для ликвидации каких-либо иных активов. Поэтому в законодательстве некоторых стран о несостоятельности обеспеченные кредиторы исключаются из сферы действия моратория на том основании, что в случаях, когда активы подлежат ликвидации, чаша весов будет склоняться в пользу подкрепления прав обеспеченных кредиторов на принудительное обеспечение своих прав. В то же время в тех случаях, когда используется этот подход, потребуется, возможно, предусмотреть определенную гибкость на тот случай, если управляющий в деле о несостоятельности имеет возможность добиться лучших результатов с точки зрения максимального повышения стоимости активов в общих интересах всех кредиторов, когда мораторий применяется в отношении обеспеченных кредиторов. Это может быть уместно, когда в рамках ликвидационного производства предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Это также может быть оправдано и в некоторых случаях, когда — даже

несмотря на то, что активы предполагается продать по частям, – требуется некоторое время для организации продажи, которая приведет к получению наибольшей выручки в интересах всех необеспеченных кредиторов.

189. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы включаются в сферу действия моратория, в законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены меры, которые будут гарантировать интересы обеспеченного кредитора даже в случае введения моратория. Такие меры могут охватывать срок действия моратория, защиту стоимости обремененных активов, уплату процентов и положение о снятии моратория в случае недостаточной защиты обремененных активов или в случае, когда такие активы не являются необходимыми с точки зрения продажи всего предприятия или его производственного подразделения³⁵.

4. Дискреционное или автоматическое введение моратория

190. При введении моратория прежде всего возникает вопрос о том, должен ли мораторий вводиться автоматически (в силу закона о несостоятельности) или же по усмотрению суда. На принятие решения по этому вопросу могут повлиять местные политические соображения и такие факторы, как наличие надежной финансовой информации и возможность доступа должника и кредиторов к независимому судебному органу, обладающему опытом в рассмотрении дел о несостоятельности. Применение моратория на дискреционной основе может позволить приспособить его условия к потребностям конкретного дела (в том, что касается должника, его активов и кредиторов, а также момента введения моратория) и избежать как неоправданных случаев введения моратория, так и неоправданного вмешательства в права обеспеченных кредиторов. Однако такой подход может вызвать задержки, обусловленные сроками рассмотрения судом соответствующих вопросов; не создает прогнозируемую ситуацию для тех кредиторов и третьих сторон, в отношении которых мораторий может в конечном итоге применяться; и может вызвать необходимость в разработке определенного механизма, например временных мер, для использования в течение периода принятия судом решения о введении моратория, а также потребовать направления уведомления о введении моратория. В качестве альтернативного подхода, сводящего к минимуму задержки и способствующего максимальному повышению стоимости активов и обеспечению справедливости, упорядоченности, а также прозрачности и предсказуемости производства по делам о несостоятельности, может быть предусмотрено автоматическое введение моратория в отношении конкретных процессуальных действий (либо после подачи заявления об открытии производства, либо после его открытия) с возможностью распространения моратория на другие действия по усмотрению суда. Такой подход использован в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: в статье 20 указаны виды процессуальных действий, в отношении которых мораторий применяется автоматически после признания основного иностранного производства, а в статье 21 приведены примеры дополнительных мер судебной защиты, о чем может быть дано распоряжение после признания по усмотрению суда. Автоматический мораторий предусматривается многими современными юридическими режимами несостоятельности, и его можно

³⁵ В тех случаях, когда режим обеспеченных сделок предусматривает льготный период для формализации какого-либо обеспечительного интереса, необходимо рассмотреть вопрос о том, должно ли законодательство о несостоятельности признавать этот льготный период, а также вопрос о распространении исключения из сферы применения моратория обеспеченных кредиторов, чтобы дать им в соответствующих обстоятельствах возможность формализации своих обеспечительных интересов (см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам обеспеченных сделок).

сочетать с положениями, разрешающими освобождение от моратория при определенных обстоятельствах.

5. Момент введения моратория

191. Еще один аспект, вызывающий озабоченность в отношении введения моратория, связан с моментом, с которого мораторий начнет применяться как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве. Существует в основном два подхода. В соответствии с первым из них мораторий применяется с момента подачи заявления о возбуждении производства, а согласно второму подходу – с момента открытия производства, причем предусматривается возможность временных мер на период между подачей заявления и открытия производства.

a) Указание конкретного момента вступления моратория в силу

192. Прежде всего и независимо от того, вводится ли мораторий автоматически путем ссылки на момент подачи заявления или открытия производства, важно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был урегулирован вопрос о том, в какой именно момент мораторий вступит в силу для обеспечения защиты имущественной массы, особенно в отношении платежей. Имеются различные подходы к решению этого вопроса. В законодательстве некоторых стран мораторий вступает в силу в момент вынесения судом решения об открытии производства, в законодательстве других стран – в момент обнародования решения об открытии производства, а в ряде стран мораторий вступает в силу ретроактивно в первый час того дня, когда принимается предписание об открытии производства. Не менее разнообразные подходы используются и в тех случаях, когда мораторий вступает в силу после подачи заявления об открытии производства. Независимо от того, какой из подходов будет принят, норма, включенная в законодательство о несостоятельности, должна быть четкой.

b) Введение моратория с момента подачи заявления о возбуждении производства

193. Что касается момента, когда мораторий должен вступать в силу, существует один подход, согласно которому мораторий должен применяться с момента подачи заявления о ликвидационном или реорганизационном производстве независимо от того, подается такое заявление должником или кредитором. Такой подход, как представляется, позволяет избежать необходимости рассматривать возможность назначения временных или предварительных мер на период между подачей заявления и открытием производства, однако в рамках такого подхода потребуются ввести мораторий в тот момент, когда может отсутствовать ясность в отношении числа фактических вопросов, в частности, будет ли должник соответствовать критериям возбуждения производства. Во избежание риска злоупотреблений в такой ситуации желательно, чтобы в случае применения такого подхода в законодательстве о несостоятельности были предусмотрены четкие процедуры обеспечения защиты от введения моратория на ускоренной основе.

c) Применение моратория с момента возбуждения производства

194. Наиболее распространенный подход к применению моратория предусматривает его введение при возбуждении производства, когда вопросы приемлемости, юрисдикции и удовлетворения критериям открытия производства уже решены и становится ясно, что производство будет открыто и заявление не будет отклонено.

i) Временные меры

195. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности введение моратория при открытии производства дополняется временными мерами для урегулирования проблем, возникающих в период между подачей заявления и открытием производства в целях защиты активов должника и коллективных интересов кредиторов. Даже тогда, когда решение об открытии производства принимается в сжатые сроки, существует потенциальная опасность изменения в эти сроки положения на предприятии должника и распыления активов должника: должник может поддаться искушению вывести активы из своего коммерческого предприятия, а кредиторы, узнав о подаче заявления, могут воспользоваться средствами правовой защиты против должника, с тем чтобы предвосхитить последствия любого моратория, который может быть введен при открытии производства. Невозможность применить в этот период и при таких обстоятельствах временные меры защиты может повредить достижению целей производства по делу о несостоятельности. Как и в отношении большинства других временных мер, потребность в защите обычно оказывается весьма срочной, и она должна покрывать потенциальный ущерб, который такие меры могут нанести.

196. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности разрешает применение временных мер, важно, чтобы в нем предусматривался и периодический пересмотр этих временных мер и в случае необходимости их обновление судом, а также был урегулирован вопрос о том, как эти меры применяются после открытия производства по делу о несостоятельности. Во многих случаях потребность в дальнейшем применении временных мер после открытия производства может отпасть, поскольку их заменят меры, применяемые после открытия производства в автоматическом порядке. Однако если специальная предварительная защита не обеспечивается принятием мер, применяемых в автоматическом порядке, а потребность в таком виде защиты остается и после открытия производства, суд может при соответствующих обстоятельствах продлить действие временных мер.

ii) Виды временных мер

197. Временные меры могут быть приняты на основании заявления должника, кредиторов, третьих сторон или постановления суда, принятого им по собственной инициативе. Они могут включать следующее: назначение в предварительном порядке управляющего в деле о несостоятельности или какого-либо иного лица (кроме должника), которое должно будет вести дела должника или осуществлять надзор за его хозяйственными операциями с целью защиты активов и интересов кредиторов; наложение запрета на действия должника по распоряжению активами; установление контроля над некоторыми или всеми активами должника; приостановление действий кредиторов по принудительной реализации обеспеченных прав в отношении должника; введение моратория на любые иски кредиторов в отношении активов должника, например со стороны обеспеченного кредитора или путем сохранения правового титула за его обладателем; либо предотвращение возбуждения индивидуальных исков кредиторами с целью принудительного взыскания по их требованиям. Если управляющий в деле о несостоятельности назначается в качестве временной меры, он не может обладать столь же широкими правами, что и управляющий, назначенный после открытия производства, а функции его могут ограничиваться защитой активов и интересов кредиторов. Ему, в частности, может быть предоставлено право использовать активы должника и распоряжаться ими в ходе обычных хозяйственных операций, а также полностью или частично реализовывать эти активы с целью защиты и

сохранения стоимости тех активов, которые в силу их характера или каких-либо иных обстоятельств являются скоропортящимися, могут подвергнуться обесценению или какому-либо иному риску. В любом случае и с учетом отсутствия на тот момент решения об открытии производства по делу о несостоятельности может потребоваться сбалансировать меру ответственности в отношении ведения хозяйства должника между ним самим и управляющим в деле о несостоятельности. Если производство по делу о несостоятельности открыто не будет, то может быть нанесен серьезный ущерб предприятию должника или правам кредиторов. Как правило, должник продолжает свою хозяйственную деятельность, а также использует принадлежащие ему активы и распоряжается ими, но в пределах, ограниченных судом.

iii) Требования в отношении доказательств

198. Поскольку эти меры носят временный характер и принимаются до вынесения судом решения о соблюдении критериев открытия производства, законодательство может предусматривать требование к суду относительно того, что он будет удовлетворен существованием достаточной вероятности того, что должник будет удовлетворять требованиям, необходимым для открытия производства. Если о назначении такой меры ходатайствует не должник, а какая-либо иная сторона, суд может предложить заявителю представить ему доказательства необходимости такой меры для сохранения стоимости активов должника или предотвращения их распыления. В том случае, когда производство впоследствии не возбуждается или назначение меры, о которой ходатайствовали, наносит определенный ущерб хозяйственной деятельности должника, может также потребоваться обеспечение в той или иной форме для покрытия затрат, сборов или убытков, например сумм, предоставленных в качестве залога. Когда временные меры назначаются с нарушением каких-либо правил, целесообразно предоставить суду право оценить затраты, сборы и убытки и присудить их возмещение заявителем, ходатайствовавшим о такой мере.

iv) Уведомление и постановление о назначении временных мер

199. В законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуются также рассмотреть вопрос об уведомлении, касающемся как ходатайства, так и постановления о назначении временных мер (в том числе и момента введения их в действие) и о сторонах, которым такое уведомление должно направляться. В соответствии с общими правилами должнику следует направить уведомление о назначении временных мер, а также о том, что подобный акт он имеет возможность оспорить. Желательно, чтобы только в исключительных случаях уведомление должнику не направлялось, а временные меры продолжали приниматься в одностороннем порядке. Во многих законах допускается возможность осуществления временных мер в одностороннем порядке, но, как правило, это делается исходя из того, что заявитель должен предоставить обеспечение для покрытия расходов и убытков и доказать срочный характер назначения таких мер, то есть доказать нанесение невосполнимого ущерба в том случае, если заявителю придется добиваться назначения требуемой меры в соответствии с обычной процедурой, требующей направления уведомления за несколько дней³⁶. Несмотря на это, если постановление о назначении временных мер выносится в одностороннем

³⁶ См. материалы ЮНСИТРАЛ по вопросу о временных мерах в поддержку арбитража: документ A/CN.9/WG.II/WP.119 [Yearbook 2001, Part two].

порядке, у должника обычно должно иметься право на получение уведомления о вынесении такого постановления и на возможность быть заслушанным. Принимая во внимание необходимость избежать излишних расходов для должника, против которого производство по делу о несостоятельности впоследствии не будет возбуждено, уведомление относительно постановления о назначении временных мер необходимо направлять лишь сторонам, которых непосредственно затрагивает это постановление.

v) *Защита в отношении временных мер*

200. Потребность в предоставлении защиты может возникнуть в тех случаях, когда в результате применения временных мер, в частности изменения или прекращения, наносится ущерб интересам лиц, против которых направлены такие меры. Случаи, когда подобная защита может потребоваться, включают дела, связанные со скоропортящимися продуктами, а также действия, касающиеся поддержания или определения количественных параметров требований к должнику и обеспеченным кредиторам (см. пункт 206, ниже). Масштабы такой защиты потребуются, по всей видимости, соразмерять с потенциальным ущербом совокупным интересам кредиторов или активам должника. Защита подобного рода может предоставляться по ходатайству заинтересованной стороны, управляющего в деле о несостоятельности или по решению суда, принятому по его собственной инициативе, и будет, как правило, требовать, чтобы лицу или лицам, которых коснулось изменение или прекращение, было направлено соответствующее уведомление и была предоставлена возможность оспорить такие изменения или прекращения.

6. Срок действия моратория

a) Необеспеченные кредиторы

201. Законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает, что мораторий применяется к необеспеченным кредиторам на протяжении всего ликвидационного и реорганизационного производства. При ликвидации речь, как правило, идет о применении моратория вплоть до завершения ликвидации активов и закрытия производства. В случае реорганизации в некоторых законодательствах предусматривается закрытие производства после утверждения и вступления в действие плана реорганизации, а в других закрытие производства откладывается до полной реализации плана. Необходимости во введении моратория до этого более позднего момента может не возникнуть потому, что в плане реорганизации должны быть учтены требования необеспеченных кредиторов, которые будут связаны утвержденным планом.

202. В особых случаях, например касающихся установления количественного объема или сохранения требования [см. главу II.В.3а), выше], для необеспеченных кредиторов может быть предусмотрено исключение их из сферы применения моратория.

b) Обеспеченные кредиторы

i) Реорганизация

203. Иногда желательно, чтобы мораторий распространялся на обеспеченных кредиторов в течение срока, достаточного для обеспечения того, чтобы реорганизация могла проводиться упорядоченно, а активы не могли быть выделены

из имущественной массы до ее окончания. Во избежание введения моратория на неопределенный или излишне продолжительный период и чтобы не допускать задержки и способствовать быстрому завершению производства, может оказаться целесообразным предусмотреть ограничение действия моратория сроком, который может быть разумным с точки зрения введения в действие плана реорганизации при условии, что этот период нельзя будет растягивать на годы, не предлагая и не утверждая плана. Такое ограничение может также иметь то преимущество, что обеспеченные кредиторы будут иметь некоторую определенность и предсказуемость в отношении продолжительности срока, в течение которого их права будут затрагиваться, а также предусмотренного планом режима таких прав. В качестве альтернативы может быть установлен и какой-то фиксированный срок. В то же время проблема установления фиксированного срока заключается в том, что такой срок не всегда может быть достаточно длительным с учетом масштабов и сложности реорганизации и требований в отношении плана, и обеспечение его соблюдения может быть сопряжено с трудностями. В качестве вариантов решения этой проблемы можно предложить установление четких сроков с возможностью их продления (см. ниже) или предусмотреть снятие моратория при определенных обстоятельствах (см. ниже). Важно, чтобы общая концепция законодательства о несостоятельности способствовала быстрому и эффективному ходу производства и создавала возможности для сведения к минимуму сроков применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов, особенно при реорганизации.

ii) *Ликвидация*

204. В законодательствах о несостоятельности по вопросу о применении моратория в отношении обеспеченных кредиторов в случае ликвидации используются различные подходы. В законодательствах некоторых стран, в которых предусматривается применение моратория в отношении обеспеченных кредиторов, используется подход, согласно которому мораторий вводится автоматически после открытия ликвидационного производства, но лишь на короткий срок – например, 30–60 дней. Этот срок устанавливается с тем, чтобы предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность приступить к своим обязанностям и оценить стоимость активов и пассивов в имущественной массе, а также выбрать наиболее оптимальные способы ликвидации активов. В тех случаях, когда обремененный актив имеет важное значение для продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в некоторых законодательствах предусматривается продление установленного срока моратория. Когда для продажи предприятия обремененный актив не требуется, мораторий может быть отменен (см. ниже). Еще один подход состоит в распространении действия моратория на обеспеченных кредиторов на весь срок ликвидационного производства при условии вынесения судом решения об отмене моратория в тех случаях, когда может быть доказано, что обремененный актив обесценивается и сохранять его стоимость не представляется возможным.

7. Продление срока действия моратория

205. В тех случаях, когда мораторий вводится на какой-то оговоренный срок, в законодательстве может быть предусмотрено положение о продлении его действия. Опыт ряда стран показывает, что к продлению моратория там относятся как к рядовой процедуре, в результате чего моратории продлеваются на сроки до нескольких лет, и в конечном итоге производство утрачивает свой смысл, а активы – стоимость, которую кредиторы могли бы получить в начале. Чтобы избежать этого,

желательно установить в законодательстве о несостоятельности четкие правила относительно возможности продления моратория, ограничить число сторон, которые могут ходатайствовать о продлении моратория, и основания, на которых он может быть продлен. Мораторий, в частности, может быть продлен на основании заявления управляющего в деле о несостоятельности, если может быть доказано, что продление необходимо для максимального повышения стоимости (например, существует обоснованная возможность продать предприятие должника или какое-либо его подразделение в качестве функционирующей хозяйственной единицы), но при условии, что это не нанесет ущерба интересам обеспеченных кредиторов. Для того чтобы обеспечить дополнительную защиту и избежать применение моратория в течение неопределенного или неоправданно продолжительного срока, в законодательстве о несостоятельности желательно ограничить период возможного продления моратория и, вероятно, число раз, когда мораторий может продлеваться.

8. Защита обеспеченных кредиторов

206. Как отмечалось выше, в тех случаях, когда действие моратория распространяется и на обеспеченных кредиторов, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть определенные меры, которые защищали бы их интересы. Помимо ограничения продолжительности моратория эти меры могут включать положения о снятии моратория и осуществлении других мер, направленных на обеспечение защиты стоимости обремененного актива от ее уменьшения либо в результате использования актива, либо наложения моратория – в тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования больше или практически равна стоимости обремененного актива. Поскольку эти меры связаны друг с другом, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности применялся последовательный подход. Например, для тех случаев, когда мораторий устанавливается на короткий срок, возможно, и нет необходимости в том, чтобы закон содержал требование о защите стоимости обремененных активов. Но когда мораторий вводится на длительный период, более эффективным средством правовой защиты в экономическом плане может оказаться не обеспечение защиты стоимости актива, а снятие моратория, если данный актив не требуется для целей производства. Интересы обеспеченных кредиторов можно, конечно, защищать и в более широком плане, например, консультируясь с ними по вопросам использования и продажи обремененных активов, выплачивая им проценты в той мере, в какой это позволяет поступления от актива, и передавая им активы, стоимость которых не превышает стоимости обеспеченного требования. Эти меры будут рассмотрены в нижеследующих разделах. Желательность осуществления подходов, предусматривающих защиту стоимости обремененных активов, потребует, вероятно, соизмерить с потенциальной сложностью и затратностью подобных мер, а также необходимостью того, чтобы суд был в состоянии принимать трудные коммерческие решения по вопросу о защите. В тех случаях, когда предусмотрена защита, будет, возможно, желательным предусмотреть в законодательстве о несостоятельности рекомендации для определения того, когда и каким образом кредиторы, которым принадлежат те или иные обеспечительные интересы в отношении активов должника, будут иметь право на защитные меры, описанные ниже.

а) Защита от моратория

207. В ходе ликвидационного или реорганизационного производства могут возникнуть обстоятельства, при которых целесообразно предоставить защиту от

моратория. Обеспеченному кредитору можно разрешить обращаться за получением такой защиты в суд, а управляющему в деле о несостоятельности можно позволить разблокировать обеспечение (без необходимости в получении разрешения суда). К соответствующим обстоятельствам могут относиться случаи, когда стоимость требования обеспеченного кредитора превышает стоимость обремененного актива; когда обеспеченный кредитор не получает защиты против уменьшения стоимости обремененного актива; когда предоставление защиты может оказаться невыполнимым или слишком обременительным для имущественной массы; когда обремененный актив не требуется для реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы; когда защита нужна для целей охраны или обеспечения стоимости таких активов, как скоропортящиеся товары; или когда при реорганизации план не утверждается в течение какого-либо действующего срока.

208. В тех случаях, когда предоставляется защита от моратория, в законодательство о несостоятельности можно включить положение, предусматривающее передачу обремененного актива обеспеченному кредитору, и тогда данный актив исключается из состава имущественной массы, а обеспеченному кредитору предоставляется свобода осуществления принадлежащих ему прав. В законодательстве некоторых стран от управляющего в деле о несостоятельности иногда требуется принять решение, передавать ли актив обеспеченному кредитору или же отказаться от такого актива. Эти два варианта отличаются друг от друга по цене последствий для имущественной массы. Например в том случае, когда актив представляет собой какое-либо крупногабаритное оборудование, передача его кредитору может потребовать выделения средств из имущественной массы на оплату расходов на транспортировку, тогда как в случае отказа бремя транспортных расходов ложится на кредитора.

209. Хотя положения о защите от моратория в первую очередь направлены на учет интересов обеспеченных кредиторов, имеются примеры законов о несостоятельности, которые предусматривают, что необеспеченному кредитору может быть предоставлено освобождение от действия моратория. Это может иметь отношение, например, к случаям, когда товар является скоропортящимся и когда законодательство о несостоятельности не допускает возбуждения или продолжения процессуальных действий на основании требований, с тем чтобы позволить передачу соответствующего требования на рассмотрение другому органу, где производство по делу может находиться на уже достаточно продвинутом этапе и его завершение будет сочтено целесообразным, или предоставить возможность для предъявления требования к страховщику должника.

b) Защита стоимости

210. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности содержатся положения, специально направленные на предотвращение негативных последствий моратория для обеспеченных кредиторов путем сохранения экономической стоимости обеспеченных требований в течение срока действия моратория (в некоторых правовых системах такой комплекс мер называется "надлежащей защитой").

i) Защита стоимости обремененного актива

211. В тех случаях, когда стоимость обремененных активов может быть сохранена в рамках имущественной массы, можно использовать несколько различных подходов.

Один из таких подходов заключается в том, чтобы обеспечить защиту стоимости самого обремененного актива при условии, что после ликвидации выручка от продажи этого обремененного актива будет непосредственно передана кредитору в объеме обеспеченной части его требования. Применение такого подхода может потребовать принятия ряда мер.

212. В течение срока действия моратория стоимость обремененного актива может сократиться. Поскольку в момент возможного распределения степень, в которой обеспеченный кредитор получит приоритет, будет ограничена стоимостью обремененного актива, подобное снижение стоимости может нанести ущерб интересам обеспеченного кредитора. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен защищать обеспеченных кредиторов от снижения стоимости либо путем предоставления дополнительных или замещающих активов, либо за счет периодических выплат наличными, соответствующими объему такого снижения стоимости. Такой подход является необходимым лишь в тех случаях, когда стоимость обремененного актива ниже суммы обеспеченного требования. Если стоимость превышает требование, снижение стоимости не будет наносить ущерба обеспеченному кредитору до тех пор, пока стоимость не станет недостаточной для производства платежей по обеспеченному требованию. В некоторых странах, в которых стоимость обремененного актива сохраняется подобным образом, также допускается выплата процентов в течение срока действия моратория, с тем чтобы обеспечить компенсацию за задержки, вызванные процессом производства. В то же время выплата процентов может допускаться лишь в том объеме, в котором стоимость обремененного актива превышает стоимость обеспеченного требования. В противном случае компенсация за задержку может сократить стоимость активов, доступных для необеспеченных кредиторов. Такой подход может стать стимулом для ссудодателей, и они будут стремиться получать обеспечение, которое надлежащим образом защищало бы стоимость их требований.

Оценка обремененных активов

213. Главным в концепции защиты стоимости обремененных активов является механизм определения их стоимости, что должно дать суду возможность решить, удовлетворять ли и если удовлетворять, то в какой степени, правоприязания обеспеченных кредиторов по защите от уменьшения стоимости обремененных активов во время производства. Эта проблема может оказаться весьма сложной и затрагивает вопрос о том, на основе чего должна проводиться оценка стоимости (например, на основе стоимости предприятия как действующего или как находящегося в процессе ликвидации), какая из сторон должна проводить такую оценку, где, на которую должна устанавливаться стоимость, например дате открытия производства, а также о текущем контроле за стоимостью. Один из подходов состоит в том, что по крайней мере на первоначальном этапе стоимость должна определяться по соглашению между сторонами (которыми являются должник или управляющий в деле о несостоятельности и обеспеченный кредитор). Законодательства других стран предусматривают различные подходы с участием суда. Так, например, суд может не проводить оценку стоимости сам, а указать, каким образом она должна проводиться, в частности с возможным привлечением соответствующих экспертов. При этом можно использовать принципы, четко определенные в законодательстве о несостоятельности, которые могут стать основой для проведения оценки. Другой подход состоит в том, что суд, возможно, после первоначальной предварительной или экспертной оценки стоимости управляющим в деле о несостоятельности определяет стоимость на основе доказательств, которыми,

в частности, могут стать материалы состояния рынков, данные об условиях на этих рынках и показания экспертов. В некоторых законах требуется осуществление рыночной оценки актива путем его продажи, когда с помощью тендера или аукциона удастся получить за данный актив самую высокую цену, какая может быть предложена на рынке. Этот способ оценки в меньшей степени применим к защите как стоимости обремененного актива, так и обеспеченного требования (см. ниже), но он в большей степени подходит для случаев реализации активов, входящих в состав имущественной массы, управляющим в деле о несостоятельности. Оценка стоимости имеет важное значение и для целей производства в момент его открытия, когда требуется зарегистрировать все активы и пассивы, а также при установлении чистого остатка средств должника [см. главу V.A.3b)iii)].

214. В некоторых случаях, связанных с ликвидацией, управляющий в деле о несостоятельности может счесть необходимым использовать или продать обремененные активы (см. главу II.C) с целью максимального повышения стоимости имущественной массы. При ликвидации, например, в той мере, в какой управляющий в деле о несостоятельности придерживается мнения, что стоимость имущественной массы может быть максимально повышена в случае временного функционирования предприятия, он, возможно, пожелает продать частично обремененные товарные запасы. И при реорганизационном производстве может оказаться, что с точки зрения повышения стоимости имущественной массы лучше всего будет продать обремененные активы аналогичного характера и обеспечить тем самым поступление необходимых оборотных средств. Таким образом, в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы получают защиту с помощью мер по сохранению стоимости обремененного актива, в законодательство о несостоятельности было бы желательно включить положения, разрешающие управляющему в деле о несостоятельности по его выбору предоставить кредитору взамен эквивалентное обеспечение, такое как право залогового удержания какого-либо другого актива или поступления от продажи обремененного актива, или выплатить полную сумму стоимости активов, которые обеспечивают обеспеченное требование немедленно либо в соответствии с согласованным графиком выплат. В рамках других подходов главный акцент делается на использовании поступлений от продажи обремененных активов (см. главу II.C). Один из методов состоит в том, что суд не допускает использования этих поступлений управляющим в деле о несостоятельности ни в настоящем, ни в будущем. Согласно другим законам, на обеспеченных кредиторов не распространяется действие моратория, и разрешается поиск индивидуальных средств правовой защиты применительно к таким поступлениям, а в тех случаях, когда использование этих поступлений ни обеспеченному кредитору, ни суду не разрешено, должник, руководство его предприятия или управляющий в деле о несостоятельности назначаются лично ответственными за сумму поступлений либо такой долг объявляется не подлежащим погашению.

ii) Защита стоимости обеспеченной части требования

215. Второй подход к решению проблемы защиты интересов обеспеченных кредиторов состоит в сохранении стоимости обеспеченной части требования. Сразу после открытия производства осуществляется оценка обремененных активов, и на основе такой оценки определяется сумма обеспеченной части требования кредитора. Эта сумма остается фиксированной на протяжении всего производства, и при распределении после ликвидации требование обеспеченного кредитора удовлетворяется в объеме такой суммы в первую очередь. В ходе производства обеспеченный кредитор может также получать проценты по предусмотренной в

договоре ставке, начисляемые на обеспеченную часть требования, в качестве компенсации за задержку, вызванную производством.

9. Ограничения, накладываемые на распоряжение активами должником

216. В дополнение к мерам, направленным на защиту имущественной массы от действий кредиторов и третьих сторон, в законодательстве различных стран о несостоятельности [как отмечалось выше, в главе II.A.2e)], как правило, предусматриваются ограничения на операции должника с активами имущественной массы. Такие меры обычно применяются после открытия производства, но иногда могут применяться и в период между подачей заявления об открытии производства и самим его открытием. Так, например, когда до открытия производства в качестве временной меры назначается временный управляющий в деле о несостоятельности, такой управляющий может осуществлять надзор или контроль за действиями должника и, как правило, имеет ограниченные полномочия на проведение операций с имущественной массой. По законодательству о несостоятельности, действующему в ряде стран, возникновение такого периода возможно лишь в случае подачи соответствующего заявления кредитором, а подача заявления должником ведет к открытию производства автоматически.

217. В случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности назначается при возбуждении производства по делу о несостоятельности, в законодательстве многих стран о несостоятельности предусмотрено, что должник либо полностью утрачивает контроль над имущественной массой и не будет иметь возможности заключать какие-либо сделки после открытия производства, либо сохранит, хотя и в ограниченном объеме, полномочия в отношении текущих коммерческих операций и может заключать сделки только в рамках обычных коммерческих операций. Сделки, которые не подпадают под эту категорию, в частности продажа значительных по стоимости активов, могут требовать разрешения со стороны управляющего в деле о несостоятельности, суда или, в некоторых случаях, кредиторов³⁷.

218. В результате заключения должником несанкционированной сделки, будь то в период между моментом подачи заявления о возбуждении производства и моментом его открытия либо после открытия производства, любое переданное имущество, как правило, возвращается управляющему в деле о несостоятельности, и любые вновь возникшие обязательства в отношении имущественной массы не могут быть принудительно исполнены. Однако могут возникать вопросы, связанные с процессуальным положением контрагента в такой сделке, особенно когда этот контрагент заключил ее добросовестно и оплатил то, что он по ней получил. По этой причине такие сделки признаются в законодательстве некоторых стран о несостоятельности действительными при определенных обстоятельствах. К числу таких обстоятельств могут, в частности, относиться ситуации, когда было передано недвижимое имущество и когда передача его была произведена до появления объявления об открытии производства по делу о несостоятельности в соответствующем реестре или когда третья сторона, являющаяся держателем части активов кредитора, передала их какой-либо другой стороне добросовестно и ей не было абсолютно ничего известно об открытии производства по делу о несостоятельности. Несмотря на то, что такие положения направлены на защиту интересов невинной стороны, включение их в законодательство может привести к сокращению имущественной массы, потенциально доступной для кредиторов.

³⁷ Другие аспекты этих сделок рассматриваются в главах II.A.2e), II.C и II.E.7.

Поэтому желательно, чтобы любое такое положение включалось в законодательство о несостоятельности и формулировалось в узком смысле. Исходя из того, что разрыв во времени между открытием производства и уведомлением о его начале может иметь с точки зрения передачи такого имущества решающее значение, важно, чтобы уведомления об открытии производства направлялись быстро и становились известными своевременно (см. главу I.B).

219. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности имеются положения, которые касаются заключения договоров и выполнения сделок должником в период между подачей заявления и открытием производства, не санкционированных ни по законодательству о несостоятельности, ни управляющим в деле о несостоятельности, ни судом, ни кредиторами (в тех случаях, когда это необходимо) с точки зрения положений о расторжении сделок (см. главу II.F) и которые рассчитывают подозрительный период ретроактивно с момента открытия производства.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цели положений, касающихся защиты и сохранения имущественной массы, заключаются в следующем:

- a) определить меры, направленные на обеспечение защиты стоимости имущественной массы от ее сокращения в результате действий должника, кредиторов или третьих сторон;
- b) определить содержание этих мер и те стороны, в отношении которых они будут применяться;
- c) установить способ, время и продолжительность применения этих мер;
- d) установить основания для освобождения от применения таких мер.

Содержание законодательных положений

*Временные меры*³⁸

27) В законодательстве должно быть указано, что суд может вынести решение о защитных мерах временного характера по просьбе должника, кредиторов или третьих сторон, когда существует срочная необходимость в защите и сохранении стоимости активов должника³⁹ или интересов кредиторов в период между подачей заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и его открытием⁴⁰, включая следующее:

- a) приостановление исполнительных действий в отношении активов должника, включая [формализацию] [действий по обеспечению юридической силы

³⁸ Настоящие статьи составлены согласно соответствующим статьям Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. статью 19 этого Закона).

³⁹ Упоминания об активах, содержащиеся в пунктах a) – c), касаются лишь тех активов, которые образуют часть имущественной массы.

⁴⁰ В законе должно быть указано время вступления в силу постановления о введении в действие временных мер, например время вынесения постановления, имеющего обратную силу с момента, когда оно было вынесено, или с какого-либо другого четко определенного момента.

обеспечительных интересов в отношении третьих сторон] либо принудительное осуществление обеспечительных интересов;

b) поручение управляющему в деле о несостоятельности или какому-либо иному назначенному судом лицу⁴¹ осуществлять управление или надзор за предприятием должника, что может включать предоставление полномочий использовать активы и распоряжаться ими в рамках обычных коммерческих операций;

c) поручение осуществлять реализацию всех или части активов должника управляющему в деле о несостоятельности или какому-либо иному лицу, назначенному судом, с целью защиты и сохранения стоимости активов должника, которые по своей природе или в силу каких-либо иных обстоятельств являются легко реализуемыми, подвержены обесценению или какому-либо иному риску; и

d) любую иную защитную меру, автоматически применяемую при открытии производства.

Возмещение в связи с принятием временных мер

28) Закон может наделить суд правом:

a) требовать от подателя ходатайства об назначении временных мер предоставления соответствующего возмещения и, когда это необходимо, оплаты издержек или полагающихся расходов; либо

b) налагать санкции, связанные с применением временных мер.

Соотношение прав должника и управляющего в деле о несостоятельности

29) В законе должно быть четко установлено соотношение прав и обязанностей должника и любого из управляющих в деле о несостоятельности, которые назначаются судом в качестве временной меры. В период между моментом подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства должник имеет право продолжать ведение хозяйственной деятельности, а также использовать активы и распоряжаться ими в рамках обычных коммерческих операций, но лишь в объеме, ограниченном судом.

Уведомление

30) В законе должно быть указано, что до тех пор, пока суд не ограничит требования в отношении направления уведомления или не отменит его необходимость, соответствующее уведомление должно направляться заинтересованным сторонам, которых затрагивает:

a) ходатайство или постановление суда о назначении временных мер (включая ходатайство о пересмотре характера временных мер, их изменении или прекращении действия); или

b) постановление суда о назначении дополнительных мер, применимых после открытия производства, если только суд не ограничит требования в отношении направления уведомления или не отменит необходимость его направления.

⁴¹ Содержащийся в пунктах b) и c) рекомендации 27 термин "иное лицо" не распространяется на должника.

31) В законе должно быть четко указано, что в тех случаях, когда должник или какая-либо сторона, интересы которой затрагивает временная мера, не получает [в течение *оговоренного числа* дней] [после направления срочного ходатайства] [в течение разумного срока] [своевременно]⁴² уведомления о ходатайстве относительно назначения такой временной меры, должник или какая-либо иная сторона, интересы которой затрагивают временные меры, имеет право быть заслушанной по вопросу о продолжении действия временных мер защиты.

Изменение временных мер или прекращение их действия

32) В законе должно быть четко указано, что суд по своей собственной инициативе или по просьбе управляющего в деле о несостоятельности, должника, кредитора или какого-либо иного лица, затронутого временными мерами, может пересмотреть, изменить характер или прекратить действие временных мер.

Прекращение временных мер после открытия производства

33) В законе должно быть четко указано, что действие временных мер прекращается после вступления в силу мер, применимых после открытия производства, если только суд сам не продлит действие этих временных мер.

Меры, применимые после открытия производства

34) В законе должно быть четко указано, что после открытия производства по делу о несостоятельности⁴³:

а) возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или процессуальных действий⁴⁴, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, приостанавливается;

б) [формализация] [выполнение действий по обеспечению юридической силы обеспечительных интересов в отношении третьих сторон] или принудительная реализация обеспечительных интересов приостанавливается⁴⁵;

в) производство исполнительных действий или иные меры принудительного исполнения в отношении активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливаются;

⁴² Любой предусмотренный законом срок должен быть непродолжительным и не допускать утраты стоимости предприятия должника.

⁴³ Эти меры должны, как правило, вступать в силу в момент принятия постановления об открытии производства.

⁴⁴ См. Статью 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Имеется в виду, что индивидуальные иски, о которых говорится в пункте а) рекомендации 34, будут также охватывать иски, рассматриваемые арбитражным судом. В то же время автоматическое приостановление арбитражного разбирательства не всегда возможно, например в тех случаях, когда арбитражное разбирательство осуществляется не в данном государстве, а за рубежом.

⁴⁵ В тех случаях, когда в соответствии с режимом обеспеченных сделок предусматривается льготный период для формализации освобождения того или иного обеспечительного интереса, следует рассмотреть вопрос о том, должно ли любое законодательство о несостоятельности признавать этот льготный период и предусматривать освобождение обеспеченных кредиторов от действия моратория, позволяющее ему осуществлять формализацию таких интересов в соответствующих обстоятельствах (см. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам обеспеченных сделок).

d) действие права контрагента на прекращение любого контракта с должником приостанавливается⁴⁶; и

e) действие права на передачу, обременение или отчуждение иным образом активов, входящих в состав имущественной массы, приостанавливается⁴⁷.

Изъятия из-под действия моратория

35) В соответствии с рекомендацией 34 закон допускает освобождение от действия моратория или временную его приостановку, и когда в нем такие изъятия предусмотрены, они должны быть четко оговорены. Пункт а) рекомендации 34 не должен влиять на право возбуждать индивидуальные иски или судебное разбирательство в той мере, в какой это необходимо для сохранения требования к должнику⁴⁸.

Дополнительные меры после открытия производства

36) В законе должно быть четко указано, что суд может вынести решение о мерах защиты в дополнение к мерам, применяемым после открытия производства⁴⁹.

Сроки действия мер, применяемых в автоматическом порядке после открытия производства

37) В законе следует четко указать, что меры, применяемые после открытия производства по делам о несостоятельности, должны сохранять юридическую силу в течение всего хода разбирательства вплоть до:

- a) момента, когда суд отменит действие этих мер⁵⁰;
- b) вступления в действие плана реорганизации в ходе реорганизационного производства⁵¹;
- c) в тех случаях, когда в ходе ликвидационного производства дело касается обеспеченных кредиторов, установленный в законе фиксированный срок истекает⁵², если не продлевается судом на следующем основании:

⁴⁶ См. главу II.D2)а). В данной рекомендации не имеется в виду, что должно прекращаться действие контрактов, в которых установлена дата прекращения действия, выпадающая на время после открытия производства по делу о несостоятельности.

⁴⁷ Ограничение права на передачу активов имущественной массы или их реализацию может быть обусловлено исключениями в тех случаях, когда продолжение хозяйственной деятельности должника санкционировано и должник может передавать, обременять или каким-либо иным образом реализовывать активы в ходе обычных коммерческих операций.

⁴⁸ См. статью 20(3) Типового закона о трансграничной несостоятельности и пункты 151–152 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам введения его в действие. Когда встает вопрос о количественном выражении требования, в суд может поступить запрос о рассмотрении возможности предоставить освобождение от моратория, с тем чтобы можно было возбудить иск или судебное разбирательство в этих целях.

⁴⁹ Характер дополнительных мер может зависеть от того, какой вид мер защиты предусмотрен законодательством той или иной страны, а также от того, какие меры целесообразно принимать в дополнение к мерам, применяемым после открытия производства по конкретному делу о несостоятельности.

⁵⁰ Отмена должна производиться на основаниях, указанных в числе прочих в рекомендации 38.

⁵¹ Такой план может вступить в действие, в зависимости от требований закона, либо после утверждения его кредиторами, либо в результате подтверждения судом (см. рекомендации, содержащиеся в главе V.A).

- i) необходимости максимального повышения стоимости активов в интересах кредиторов; и
- ii) необходимости защиты обеспеченного кредитора в отношении уменьшения стоимости обремененного актива.

Защита от мер, применимых после открытия производства

38) В законе должно быть четко указано, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты от мер, применимых после открытия производства, в том числе на следующих основаниях:

- a) обремененный актив не представляется необходимым для осуществления предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника;
- b) [в тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененного актива,] уменьшается стоимость обремененного актива, а обеспеченный кредитор не защищен от уменьшения стоимости этого актива;
- c) в случае реорганизации план реорганизации не утвержден в предусмотренные сроки.

Защита от уменьшения стоимости обремененного актива

39) В законе должно быть четко указано, что обеспеченный кредитор может обратиться в суд с ходатайством о предоставлении защиты. В тех случаях, когда стоимость обремененного актива не превышает стоимости обеспеченного требования или является недостаточной с точки зрения удовлетворения такого требования, если стоимость обремененного актива уменьшается в ходе реализации мер, применимых после открытия производства, меры защиты могут включать:

- a) выплаты наличными из средств имущественной массы;
- b) предоставление дополнительных средств обеспечения; или
- c) все прочие меры, о принятии которых может распорядиться суд.

C. Использование активов и распоряжение ими

1. Введение

220. Хотя в качестве общего правила было бы желательно, чтобы законодательство о несостоятельности не затрагивало необоснованно вопросы, касающиеся имущественных прав третьих сторон или же интересов обеспеченных кредиторов, в ходе производства по делу о несостоятельности зачастую требуется, чтобы активы, образующие имущественную массу, и активы, находящиеся в распоряжении должника и используемые в его коммерческих операциях, продолжали использоваться или чтобы такими активами можно было распоряжаться (в том числе путем их обременения), способствуя реализации целей конкретного разбирательства. Это имеет особое значение при реорганизации, но также и в ходе ликвидации, когда коммерческое предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В отдельных случаях это может иметь значение и при ликвидации, если

⁵² Имеется в виду, что применительно к обеспеченным кредиторам мораторий действует лишь в течение непродолжительного времени, например 30–60 дней, и что срок его применения должен быть четко оговорен в законе.

хозяйственную деятельность необходимо продолжать в процессе ликвидации в течение непродолжительного срока в целях максимального увеличения стоимости активов, даже если они продаются по частям. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности содержало положения об использовании и реализации активов, образующих имущественную массу (включая обремененные), а также активов, принадлежащих третьим сторонам, и эти положения касались бы условий, на которых такие активы можно было бы использовать и реализовывать, а также предусматривали бы защиту интересов владельцев, выступающих третьими сторонами, и обеспеченных кредиторов. При разработке таких положений важно, наверное, не упускать из виду, что на использование таких прав по несостоятельности могут оказывать свое влияние и другие законы. В частности, свое действие в плане понижения цены, которую можно получить за определенные активы, могут оказать законы, ограничивающие в некоторых секторах экономики права собственности иностранцев, что, в свою очередь, повлияет на выплаты, причитающиеся кредиторам.

2. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

а) Обычная хозяйственная деятельность

221. Применительно к использованию и отчуждению активов, образующих имущественную массу, в ряде законов о несостоятельности проводится разграничение между осуществлением таких полномочий в ходе обычной хозяйственной деятельности должника и их осуществлением в иных обстоятельствах, исходя из того, кто может осуществлять такие полномочия и какие требуются средства правовой защиты. Так, например, решения относительно использования и отчуждения имущества в ходе обычной хозяйственной деятельности могут приниматься управляющим в деле о несостоятельности⁵³ без уведомления кредиторов или рассмотрения дела в суде, тогда как использование и реализации такого имущества вне рамок обычной хозяйственной деятельности может потребовать одобрения суда или кредиторов. Законодательством ряда стран такие права пользования и распоряжения распространяются на должника, который может их реализовывать лишь под наблюдением или контролем управляющего в деле о несостоятельности, или на должника, осуществляющего управление предприятием.

222. Все проблемы, связанные с осуществлением управляющим в деле о несостоятельности своих полномочий в отношении пользования и распоряжения, а также возможностью злоупотребления ими и растраты, могут быть разрешены с помощью критериев его назначения, в том числе путем предоставления залогового поручительства – подхода, который используется в законодательстве многих стран о несостоятельности (см. также главу III.B), а также посредством других мер, призванных урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности.

223. Включение в законодательство о несостоятельности разграничения между реализацией активов, осуществляемой в ходе обычных коммерческих операций, и реализацией, проводимой вне рамок таких операций, может способствовать

⁵³ Осуществление этих прав управляющим в деле о несостоятельности зависит от того, какими функциями он наделяется по законодательству о несостоятельности, и может носить ограниченный характер, например тогда, когда такому управляющему отводится роль доверительного собственника или контролера. Зависит оно и от распределения ролей между должником и управляющим в деле о несостоятельности (см. разделы А и В главы III) после открытия производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации.

продолжению ведения хозяйства на повседневной основе как при реорганизации, так и при ликвидации, когда предстоит продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, не усложняя процедуру получения разрешения суда на ведение повседневной деятельности. Требование о необходимости получения такого разрешения в случае какого-либо нестандартного варианта реализации может стать препятствием для таких злоупотреблений, как передача активов аффилированным лицам. Тем не менее, чтобы избежать споров и обеспечить оперативное и эффективное осуществление производства, в законодательстве о несостоятельности необходимо дать четкие указания относительно того, что представляет собой ведение операций в ходе обычной коммерческой деятельности (относительно действий, которые могут осуществляться в ходе обычной коммерческой деятельности, см. главу II.F.2).

224. В некоторых странах законодательство о несостоятельности проводит также разграничение между различными категориями активов, исходя из того, каким образом такие активы могут использоваться и какие условия подлежат применению. Могут, например, применяться специальные положения, касающиеся скоропортящихся и других активов, стоимость которых уменьшится, если они не будут реализованы быстро или за наличный расчет, либо имущества, принадлежащего должнику совместно с другим лицом или должнику, обремененному обеспечительным интересом.

b) Методы продажи

225. Если активы, образующие имущественную массу в деле о несостоятельности, должны быть проданы, важно обеспечить, чтобы независимо от того, какой стороне может быть предложено проконтролировать продажу, был избран такой способ их продажи, который способствовал бы максимальному увеличению стоимости имущественной массы, а кредиторы получили надлежащее уведомление о продаже, что позволило бы им оспорить такую продажу в судебном порядке в случае ее неодобрения с их стороны. Для достижения этой цели используются различные подходы. Законодательство многих стран о несостоятельности содержит требование о продаже активов через аукцион, причем некоторые законодательства предусматривают право комитета кредиторов или какого-либо иного представителя кредиторов либо управляющего в деле о несостоятельности давать разрешение на некоторые другие методы продажи, например по частному контракту, если они обеспечивают большую прибыльность.

226. Как отмечалось выше, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает право управляющего в деле о несостоятельности продавать такие активы в ходе обычных коммерческих операций и возлагает на него обязанность добиваться наилучшей цены, которую можно разумно получить в момент продажи. Некоторые из этих законодательств ограничивают также дискреционные полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении выбора метода продажи. Для тех случаев, когда управляющий в деле о несостоятельности решает осуществить продажу на частной основе, а не через публичный аукцион, в законодательстве может быть предусмотрено требование о том, что такая продажа должна осуществляться под надлежащим надзором суда или что она должна быть непосредственно одобрена кредиторами. В соответствии с законодательством других стран о несостоятельности существенная роль при продаже активов отводится судам, причем суд устанавливает сроки, форму и условия продажи; управляющий в деле о несостоятельности играет вспомогательную роль, обеспечивая сбор оферт и информации о мнениях кредиторов. В некоторых странах

законодательство о несостоятельности затрагивает также другие вопросы, например вопрос о продаже определенному кредитору для зачета требования данного кредитора и вопрос о продаже любого из активов должника, находящихся во владении третьей стороны, такой третьей стороне по разумной рыночной цене. Если же активам угрожает быстрая утрата их стоимости, например в тех случаях, когда они являются скоропортящимися, подвержены обесценению или им угрожает какой-либо иной риск, направить уведомление и/или получить одобрение кредиторов или суда в сжатые сроки может оказаться довольно затруднительным. Для таких случаев в законе можно, наверное, указать, что получение предварительного одобрения не является необходимым. Несмотря на то, что можно предусмотреть последующее подтверждение продажи после ее совершения, было бы нецелесообразным создавать возможность для отмены или изменения условий такой продажи (кроме случаев мошенничества или сговора), поскольку это может породить впоследствии неопределенность в договорных отношениях, а сама природа активов может свести на нет вероятность любой последующей продажи.

227. Хотя существует мнение о том, что законодательство о несостоятельности должно в частности запрещать продажу активов аффилированным лицам в целях избежания сговора, полного запрещения таких продаж может не потребоваться, если обеспечивается надлежащий контроль за осуществлением продажи, а ее условия тщательно проверяются до выдачи разрешения на ее осуществление. Такой контроль или проверка может потребовать наличия более высоких стандартов оценки стоимости активов и раскрытия деловых связей.

228. Хотя можно предполагать, что продажная цена активов, продаваемых в связи с производством по делу о несостоятельности, будет ниже цены аналогичных активов, продаваемых на обычных рыночных условиях, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть ряд процедурных средств защиты, гарантирующих добросовестность этого процесса, получение максимально высокой цены, а также прозрачность и широкую гласность процесса реализации активов в целом. К числу таких мер защиты относится направление кредиторам и возможным покупателям уведомления таким образом, который обеспечивал бы уверенность в том, что эта информация будет с большой долей вероятности получена заинтересованными сторонами; разрешение кредиторам выдвигать свои возражения или заявлять о своей обеспокоенности (либо управляющему в деле о несостоятельности, либо, в надлежащих случаях, суду); установление требования о проведении оценки активов нейтральными и независимыми специалистами (особенно в тех случаях, когда дело касается недвижимого имущества и специальных видов собственности); а тогда, когда продажа осуществляется через аукцион, установление предварительных требований в отношении участников торгов и назначение в соответствующих случаях минимальных цен, а также предотвращение сговора участников торгов и наказание их за такой сговор.

с) Использование или реализация обремененных активов

229. В законодательстве о несостоятельности необходимо будет урегулировать вопрос об использовании или реализации (помимо случаев дополнительного обременения) обремененных активов и в частности вопрос о том, следует ли управляющему в деле о несостоятельности или обеспеченному кредитору предоставлять право продавать такие активы. Соответствующий подход будет в значительной степени зависеть от того, включаются ли обремененные активы по законодательству о несостоятельности в имущественную массу в делах о несостоятельности; если такие активы не включаются в имущественную массу, то

обеспеченный кредитор, как правило, будет иметь право добиваться принудительной реализации своего обеспечительного интереса. Если же обремененные активы составляют часть имущественной массы, то в законодательстве о несостоятельности могут использоваться различные подходы к решению данного вопроса. В некоторых случаях подход будет зависеть от применения других положений законодательства о несостоятельности и прочих норм права, например положений о моратории (при наложении моратория распоряжаться активами может лишь управляющий в деле о несостоятельности), а также от того, могут ли обремененные активы быть проданными, не будучи обременены интересами. Соответствующий подход может также зависеть от характера предполагаемой продажи, которая может затрагивать только отдельные активы или предусматривать комплексную продажу предприятия в качестве действующей хозяйственной единицы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности, например, предусматривается, что только управляющий в деле о несостоятельности может распоряжаться обремененными активами в рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства. В законодательстве других стран проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией, причем управляющего в деле о несостоятельности может реализовывать активы в рамках реорганизации, однако при ликвидационном производстве он обладает таким правом лишь в течение ограниченного периода, по истечении которого исключительные права управляющего в деле о несостоятельности перестают действовать, а обеспеченный кредитор может начать осуществление своих собственных прав. Независимо от того, какой подход будет избран, в законодательстве о несостоятельности должны содержаться требования, касающиеся необходимости направлять уведомление обеспеченным кредиторам и предоставить им возможность высказать свои возражения. Однако тогда, когда цена требования превышает стоимость актива или наличие актива не требуется для целей производства, управляющему в деле о несостоятельности может быть разрешено отказаться от обремененного актива в пользу обеспеченного кредитора без направления ему соответствующего уведомления.

230. В законодательстве о несостоятельности должны быть также изложены условия дополнительного обременения активов при наличии соответствующих обеспечительных интересов, причем чаще всего это касается ситуации, когда существующий обеспеченный кредитор обладает преимущественным правом на обеспеченную часть его требования по отношению к любому новому обеспеченному кредитору (см. главу II.D.3).

d) Способность управляющего в деле о несостоятельности осуществлять продажи активов, не обремененных интересами

231. В законодательстве ряда стран о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может продавать активы, образующие имущественную массу, не обремененную интересами, в том числе и обеспечительными, при определенных условиях. Это может предусматриваться, например, при условии, что такая продажа разрешена в соответствии с общим правом, помимо законодательства о несостоятельности; что обладатель интереса уведомлен о предполагаемой сделке и дал на нее свое согласие; что продажная цена превышает стоимость обеспечительного интереса; что обладателя обеспечительного интереса можно принудить (в рамках другого производства) принять в порядке возмещения его интереса наличный платеж или заменяющее эквивалентное обеспечение; и что будет сохранена очередность удовлетворения интересов в

поступлениях от любой продажи. Некоторые законы предусматривают также, что если обладатель обеспечительного интереса не соглашается на продажу, то управляющий в деле о несостоятельности может обратиться в суд для получения разрешения на осуществление продажи. Такое разрешение может быть дано, если суд удостоверится, например, в том, что управляющий в деле о несостоятельности предпринял разумные усилия для получения согласия, что такая продажа отвечает интересам должника и его кредиторов и что продажа не нанесет существенного ущерба обладателю обеспечительного интереса. Но даже если суд дает разрешение на продажу, а предлагаемая цена актива не является адекватной, закон может разрешить обладателю обеспечительного интереса оставить за собой право отказаться от сделанного ему предложения и защитить свой интерес.

232. Определенные преимущества того, что управляющему в деле о несостоятельности разрешено продавать активы, не обремененные интересами, состоят в том, что за активы, обремененные такими интересами, скорее всего будет получена значительно более низкая цена, а перед покупателем возникнет серьезная неопределенность. Когда обремененные активы являются предметом конфликтующих требований (например в вопросах собственности, аренды или права удержания), способность осуществлять продажи без обременения интересами позволит продавать активы (если они не обладают уникальными характеристиками), не дожидаясь урегулирования таких требований, а лица, выдвигающие эти требования, могут впоследствии оспорить характер распределения доходов от продажи.

e) Активы, находящиеся в совместной собственности

233. Если активы принадлежат должнику и другому лицу в рамках определенной формы совместной собственности, то при реализации интереса должника могут применяться различные подходы. Если активы могут быть разделены в соответствии с общим правом между должником и другими совместными собственниками для целей принудительного исполнения, то интерес в отношении имущественной массы в деле о несостоятельности можно продать, не затрагивая интересов других совместных собственников. В то же время законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что при соблюдении определенных условий управляющий в деле о несостоятельности может продать как интерес в отношении имущественной массы, так и интерес других совместных собственников. В число таких условий могут входить следующие: разделение имущества между имущественной массой и другими совместными владельцами невозможно осуществить; продажа по частям позволяет получить за имущественную массу гораздо меньшую сумму, чем продажа неразделенного целого, не обремененного интересами других совместных владельцев; и преимущество такой продажи для имущественной массы перевешивает любой ущерб другим совместным владельцам. Законодательство о несостоятельности может также предусматривать, что другой совместный владелец имеет возможность или право приобрести интерес должника до завершения продажи другой стороне. Как указывалось выше (см. II.A.2), на характер реализации таких активов в деле о несостоятельности могут повлиять и другие положения применимого права.

f) Обременительные, не имеющие ценности и труднореализуемые активы

234. Предоставление управляющему в деле о несостоятельности возможности отказаться от имущественного интереса в некоторых активах, включая землю, акции, активы, на которые распространяются действующие обеспечительные интересы, контракты и другое имущество, может отвечать цели максимального

повышения стоимости и сокращения издержек производства в тех случаях, когда по определению управляющего в деле о несостоятельности такой отказ будет отвечать интересам имущественной массы, а также в случае, когда обеспеченный кредитор получает освобождение от действия моратория. Для осуществления такого права может потребоваться разрешение суда, а также выполнение некоторых условий, в частности условия о том, что отказ не должен противоречить ни одному из насущных публичных интересов, например в тех случаях, когда такой актив способен причинить ущерб окружающей среде либо представлять угрозу здоровью и безопасности общества. К числу ситуаций, при которых подобный подход может оказаться целесообразным, относятся ситуации, когда активы не имеют никакой стоимости или имеют незначительную стоимость по отношению к имущественной массе, когда актив обременен таким образом, что его сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации такого актива или приведут к возникновению обременительного обязательства либо финансового обязательства, или когда управляющему в деле о несостоятельности невозможно или нелегко продать такой актив, в частности если актив обладает уникальными характеристиками или возможность его продажи на рынке либо его рыночная стоимость с трудом поддается определению. Кредиторам должны направляться уведомления о любом предложении управляющего в деле о несостоятельности отказаться от активов, и им должна быть предоставлена возможность заявлять свои возражения по поводу такого отказа.

g) Дебиторская задолженность

235. Если активы, образующие имущественную массу, включают дебиторскую задолженность (договорное право должника на получение платежа определенной денежной суммы), управляющий в деле о несостоятельности может быть заинтересован в том, чтобы иметь возможность уступать такие права, например в целях получения справедливой оценки имущественной массы или кредита. Для решения вопроса об уступке в контексте несостоятельности применяются различные подходы (см. главу II.D). В законодательстве некоторых стран о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает ничтожными оговорки о недопустимости уступки. Согласно законодательству других стран о несостоятельности, этот вопрос решается на основе общего договорного права. Если договор содержит оговорку о недопустимости уступки, то уступка права по такому договору не может быть осуществлена до тех пор, пока не получено согласие сторон – участниц первоначального договора. В некоторых законах предусматривается также, что если контрагент по первоначальному договору не соглашается на уступку, то управляющий в деле о несостоятельности может осуществить уступку с разрешения суда, если может быть доказано, что разумных оснований для отказа контрагента в согласии не имеется. Управляющий в деле о несостоятельности затем имеет право уступить договор в интересах имущественной массы. Такой подход соответствует подходу, использованному в статье 9 Конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001 года)⁵⁴.

⁵⁴ Статья 9 Договорных ограничений на уступку:

1. Уступка дебиторской задолженности имеет силу независимо от любой договоренности между первоначальным или любым последующим цедентом и должником или любым последующим цессионарием, ограничивающей каким бы то ни было образом право цедента уступать свою дебиторскую задолженность.
2. Ничто в настоящей статье не затрагивает любых обязательств или ответственности цедента за нарушение такой договоренности, однако другая сторона этой договоренности не может расторгнуть

3. Активы, принадлежащие третьим сторонам

236. В некоторых делах о несостоятельности активы, принадлежащие третьим сторонам, так же как и обремененные активы, могут иметь важнейшее значение для дальнейшего функционирования коммерческого предприятия, в частности при реорганизационном производстве, но также, хотя и в меньшей степени, в некоторых случаях ликвидационного производства, когда предприятие подлежит продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В таких случаях в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть определенные механизмы, которые позволят продолжать использование таких активов в ходе производства по делу о несостоятельности. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности этот вопрос разрешается с точки зрения категории активов, подлежащих включению в имущественную массу [см. главу II.A.2c) и 3a)]. В законодательстве других стран о несостоятельности, где вопросы владения активами должником регулируются договорными соглашениями, эта проблема рассматривается в контексте режима договоров (см. главу II.E). Такое урегулирование может предусматривать, например, установление ограничений на прекращение договора, согласно которому должник распоряжается активами [см. главу II.E.2a)], либо лишение, путем наложения моратория, владельца права требовать возвращения своих активов в случае несостоятельности (по меньшей мере без согласия суда или управляющего в деле о несостоятельности) в течение ограниченного периода времени после открытия производства.

237. Если в производстве по делу о несостоятельности используются активы, принадлежащие третьим сторонам, то в законодательстве о несостоятельности нужно будет урегулировать вопрос о защите интересов владельцев таких активов в случае уменьшения их стоимости, которая в значительной степени должна обеспечиваться таким же образом, как и защита обеспеченных кредиторов в случае уменьшения стоимости обремененных активов [см. главу II.B.3b)]. Желательно, чтобы любые преимущества, которые предоставляются в отношении имущественной массы в результате продолжения использования активов, оплачивались бы из средств имущественной массы в виде расходов по управлению ею (см. главу II. E).

4. Режим поступлений в виде наличности

238. Для тех случаев, когда в ходе производства по делу о несостоятельности продаются "ликвидные" обремененные активы, то есть такие обремененные активы, как, например, товары, находящиеся на складе, которые можно легко обратить в наличность, в законодательстве большинства стран предусматривается, что за обеспеченным кредитором, обладающим интересом в отношении обремененного

первоначальный договор или договор уступки только на основании этого нарушения. Лицо, не являющееся стороной такой договоренности, не может нести ответственности только на том основании, что оно знало о ее существовании.

3. Настоящая статья применяется только к уступкам дебиторской задолженности:

а) возникающей из первоначального договора, являющегося договором о поставке или аренде товаров или об услугах помимо финансовых услуг, договором о строительстве или договором о продаже или аренде недвижимости;

б) возникающей из первоначального договора о продаже, аренде или передаче по лицензии промышленной или иной интеллектуальной собственности или информации, защищенной правами собственности;

в) представляющей собой обязательство произвести платеж за операцию по кредитной карте; или

д) причитающейся цеденту после чистого расчета по платежам, причитающимся в соответствии с соглашением о взаимозачете, в котором участвует более двух сторон.

актива, сохраняется эквивалентный интерес в любой наличности, полученной в результате реализации этого актива.

239. Такие поступления в виде наличности могут представлять собой важный источник средств для имущественной массы в деле о несостоятельности в ходе производства по делу о несостоятельности, особенно в случае реорганизации, и использоваться в различных целях, касающихся ведения коммерческих операций, например для оплаты электроснабжения и других услуг. Чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог использовать такие наличные поступления, он, как правило, должен придерживаться одного из двух вариантов действий. Поступления в виде наличности можно использовать с согласия соответствующего обеспеченного кредитора на условиях, оговоренных сторонами, либо, в соответствии с другим вариантом, должник, направив уведомление заинтересованным кредиторам, может обратиться в суд с ходатайством отдать распоряжение о разрешении использовать поступления в виде наличности. Обычно суд, прежде чем санкционировать такое использование, должен исследовать три обстоятельства. Ему придется установить наличие соответствующего обеспечительного интереса и стоимость связанного с этим интересом имущества; определить степень риска для обеспеченного кредитора, а кроме того, определить, были ли приняты достаточные меры для защиты экономической стоимости обеспеченного требования [см. главу II.B.8b)].

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся использования и реализации активов, заключаются в следующем:

- a) разрешить использование в ходе производства по делам о несостоятельности активов, в том числе обремененных, а также активов, принадлежащих третьим сторонам, и определить условия их реализации;
- b) установить пределы полномочий по использованию и реализации активов;
- c) направить кредиторам в случае необходимости уведомление о предполагаемых вариантах реализации активов;
- d) предусмотреть режим обременительных активов.

Содержание законодательных положений

Полномочия по использованию и реализации активов, образующих имущественную массу

40) Закон должен разрешать:

- a) использование и реализацию активов, составляющих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), в ходе обычных коммерческих операций;
- b) использование и реализацию активов, составляющих имущественную массу (включая активы, на которые распространяется действие обеспечительных интересов), вне рамок обычных коммерческих операций, но при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 41 и 44.

Уведомление о реализации активов и публикация информации

41) В законодательстве должно быть четко указано, что кредиторам следует направлять соответствующие уведомления о любом акте реализации активов, осуществляемой вне рамок обычных коммерческих операций⁵⁵, и что им предоставляется возможность выдвигать свои возражения.

42) В законодательстве должно быть четко указано, что информацию о проведении открытых аукционов следует обнародовать таким образом, чтобы существовала достаточно высокая степень вероятности ознакомления с ней заинтересованных сторон.

*Способность осуществлять продажи активов, образующих имущественную массу, не обременяя их обеспечением и иными интересами**– Продажа активов в ходе обычных коммерческих операций*

43) Закон может разрешать управляющему в деле о несостоятельности осуществлять продажу активов, образующих имущественную массу, не обременяя их обеспечением и иными интересами, в ходе обычных коммерческих операций, если:

- a) управляющий в деле о несостоятельности направил уведомление о предполагаемой продаже обладателям обременения или прочих интересов;
- b) обладателям таких интересов предоставлена возможность выдвигать свои возражения в отношении предполагаемой продажи;
- c) не предоставлено освобождения от действия моратория;
- d) сохраняется очередность интересов в получении доходов от продажи актива.

– Продажа активов вне рамок обычных коммерческих операций

[44] Законодательство может разрешать управляющему в деле о несостоятельности продажу активов, образующих имущественную массу, не обремененных обеспечением и прочими интересами, вне рамок обычных коммерческих операций при условии соблюдения требований, содержащихся в рекомендациях 41 и 43.]

Общепринятые методы продажи активов

45) Законодательство должно четко устанавливать методы продажи активов, осуществляемой вне рамок обычных коммерческих операций, призванные способствовать максимальному повышению цены, которую можно получить за активы, продаваемые в ходе производства по делам о несостоятельности, а кроме того, оно должно санкционировать проведение как открытых аукционов, так и частных продаж.

Срочная продажа активов

46) Законодательство должно разрешать срочную продажу активов вне рамок обычных коммерческих операций тогда, когда в силу своей природы или каких-либо иных обстоятельств такие активы являются скоропортящимися, подвержены

⁵⁵ В тех случаях, когда активы, используемые в ходе производства по делу о несостоятельности, представляют собой обремененные активы, на них также распространяется рекомендация 43.

обесценению или каким-либо иным рискам. В законодательстве может содержаться положение о том, что при таких обстоятельствах получения предварительного разрешения суда или кредиторов не требуется.

Передача активов аффилированным лицам

47) В законодательстве должно содержаться требование о тщательной проверке всех предполагаемых актов передачи активов аффилированным лицам до выдачи разрешения на их осуществление.

Обременительные активы

48) Законодательство должно разрешать управляющему в деле о несостоятельности определять режим любых активов, обременяющих имущественную массу. В частности, согласно законодательству управляющему в деле о несостоятельности должно быть предоставлено право отказываться от обременительных активов, предварительно направив соответствующие уведомления кредиторам, а также предоставив кредиторам возможность высказать свои возражения против этого предполагаемого акта. В тех случаях, когда стоимость обеспеченного требования превышает стоимость обремененного актива и когда наличия актива не требуется для целей реорганизации или продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, законодательство может разрешить управляющему в деле о несостоятельности отказаться от активов в пользу обеспеченного кредитора без направления уведомления в адрес других кредиторов.

D. Финансирование после открытия производства

1. Необходимость в финансировании после открытия производства

240. Продолжение работы предприятия 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 продолжать оплачивать важнейшие поставки товаров и услуг, в том числе затраты на рабочую силу, страхование, арендную плату, поддержание контрактов и другие оперативные расходы, а также расходы, связанные с поддержанием стоимости активов. В некоторых делах о несостоятельности должник уже может располагать достаточными ликвидными активами для оплаты расходов на ведущуюся коммерческую деятельность в форме наличности или других активов, которые могут быть конвертированы в наличность (таких, как предполагаемые поступления от дебиторской задолженности). В качестве альтернативы эти расходы могут покрываться за счет существующих потоков кассовой наличности должника путем введения моратория и прекращения платежей по обязательствам, возникшим до открытия производства. В тех случаях, когда у должника нет средств для удовлетворения его срочных потребностей в наличности, он будет вынужден запрашивать финансовые средства у третьих сторон. Такое финансирование может происходить в форме торгового кредита, предоставляемого должнику продавцами товаров и услуг, или ссуды, или же могут иметь место другие формы финансирования со стороны заимодателей.

241. Чтобы обеспечить продолжение коммерческой деятельности, когда она является предметом производства, весьма желательно определиться в вопросе о необходимости новых финансовых средств на первоначальном этапе, в некоторых случаях даже в период между подачей заявления и открытием производства. После этого первоначального периода, особенно в ходе реорганизационного производства, наличие новых финансовых средств будет также иметь важное значение после открытия производства и до рассмотрения плана; получение финансовых средств в период после утверждения плана, как правило, должно быть предусмотрено в данном плане, особенно в тех правовых системах, которые запрещают новые заимствования, если план не предусматривает такую необходимость.

242. Несмотря на то что для проведения производства может быть желательным наличие у должника возможности получения новых денежных средств, в правовых системах ряда стран предоставление новых денежных средств в случае несостоятельности ограничивается либо вопрос о новом финансировании и очередности его выплаты в случае несостоятельности конкретно не рассматривается, что приводит к неопределенности. Например, согласно законодательству ряда стран, новые денежные средства могут быть предоставлены только под обеспечение, поскольку предоставление преференций в отношении новых заимствований запрещается. В случаях отсутствия необремененных активов, которые должник может предложить в качестве обеспечения, или отсутствия избыточной стоимости в уже обремененных активах возможности получить новые денежные средства не будет, если только заимодавец не готов взять на себя риск предоставления ссуды без обеспечения либо если средства могут быть получены из таких источников, как семья должника или другие компании холдинга. Предоставление финансовых средств в период до открытия производства может также поднять сложные вопросы, касающиеся использования полномочий на расторжение сделок и ответственности как заимодавца, так и должника. Например, в законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрено, что в тех случаях, когда заимодавец предоставляет средства неплатежеспособному должнику, он может нести ответственность за любое увеличение обязательств других кредиторов, иначе соглашение о предоставлении средств будет подлежать расторжению в ходе последующего производства по делу о несостоятельности. Законодательство ряда других стран возлагает задачу заимствования средств на управляющего в деле о несостоятельности, но в этом случае может возникнуть вопрос о персональной ответственности за выплату долга.

243. В случаях, когда законодательство о несостоятельности направлено на осуществление производства по делу о несостоятельности, при котором неплатежеспособное коммерческое предприятие должно продолжать коммерческую деятельность, будь то в форме его реорганизации или ликвидации путем продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы, принципиально важно решить вопрос нового финансирования и рассмотреть ограничения, подобные описанным выше. В законодательстве о несостоятельности может признаваться необходимость финансирования после открытия производства, устанавливаться порядок выдачи разрешения на такое финансирование и очередность выплат заимодавцу в погашение ссуд. Центральным вопросом является вопрос о круге полномочий и, в частности, о том, какие стимулы могут быть предложены потенциальному кредитору, чтобы заинтересовать его в предоставлении финансовых средств. В той степени, в которой принятое решение будет оказывать воздействие на права существующих обеспеченных кредиторов или лиц, обладающих приоритетным по времени интересом в активах, желательно, чтобы положения, касающиеся

финансирования после открытия производства, были сбалансированы с учетом общей необходимости исполнения коммерческих сделок, защиты уже существующих прав и очередности требований кредиторов и минимизации любых негативных последствий с точки зрения доступности кредита, в частности обеспеченного финансирования, которые могут возникнуть в результате вмешательства в уже существующие обеспечительные права и приоритеты. Важно также рассмотреть воздействие на необеспеченных кредиторов, которые могут столкнуться с тем, что оставшиеся необеспеченные активы будут использованы для обеспечения новых займов, а на распределение ничего не останется, особенно если реорганизация не удалась.

244. Кроме вопросов доступности и обеспечения или очередности нового кредитования в законодательстве о несостоятельности необходимо будет предусмотреть порядок выдачи разрешения на привлечение вышеупомянутых новых денежных средств (рассматривается ниже), а на случай неудачи реорганизации и преобразования реорганизационного производства в ликвидационное, – режим в отношении средств, которые могли быть выделены до такого преобразования (рассматривается ниже).

2. Источники финансирования после открытия производства

245. По всей вероятности, кредитование после открытия производства может быть получено только из ограниченного числа источников. Это в первую очередь заимодавцы, которые предоставляли ссуды должнику еще до наступления несостоятельности, либо продавцы товаров, которые поддерживают с должником и его предприятием постоянные отношения и могут предоставлять новые средства или торговые кредиты, с тем чтобы повысить вероятность получения выплат по уже существующим требованиям и, возможно, получить дополнительную прибыль в результате более высоких ставок по новым кредитам. Ко второй группе относятся заимодавцы, которые не имели связи с предприятием должника до наступления несостоятельности и побудительной причиной для которых может быть лишь только перспектива получения высокой прибыли. Стимулом для обеих категорий кредиторов является уверенность в том, что финансированию после открытия производства будет предоставлен специальный режим. Для существующих заимодавцев дополнительными стимулами будут также выступать их сохраняющиеся отношения с должником и его предприятием, гарантия того, что условия, на которых были предоставлены кредиты до открытия производства, не будут изменены, а согласно законодательству некоторых стран, – также и вероятность того, что, если они не предоставят финансовые средства до открытия производства, приоритет может получить заимодавец, который такие средства предоставляет.

3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление обеспечения или приоритета

246. Для привлечения финансовых средств после открытия производства и для того, чтобы обеспечить их погашение, можно использовать ряд различных подходов, включая предоставление обеспечения в необремененных или частично обремененных активах, а при отсутствии такой возможности – установление приоритета.

а) Предоставление обеспечения

247. Если заимодатель требует обеспечения, оно может быть предоставлено в необремененном имуществе или в качестве субординированного или менее приоритетного обеспечительного интереса в уже обремененном имуществе, когда стоимость обремененного актива существенно превышает сумму существовавшего до этого обеспеченного обязательства. В этом случае никакой специальной защиты для ранее существовавших обеспеченных кредиторов, как правило, не требуется, поскольку их права не будут ущемлены, если только позднее не изменятся обстоятельства (например, обремененные активы начнут обесцениваться) и если не будет достигнута иная договоренность, то такие кредиторы сохранят тот же приоритет в отношении обремененного актива, которым они обладали до открытия производства. Единственными необремененными активами, доступными для предоставления обеспечения при привлечении финансовых средств после открытия производства, зачастую оказываются активы, возвращенные при расторжении сделок.

б) Установление приоритета

248. Для тех случаев, когда вышеописанные решения являются либо недостаточными, либо невозможными, например, в силу отсутствия обремененных активов либо избыточной стоимости в уже обремененных активах, законодательство о несостоятельности предусматривает различные способы поощрения предоставления новых финансовых средств.

249. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что новым кредитам будет предоставляться определенный уровень приоритета по отношению к требованиям других кредиторов, в некоторых случаях включая существующих обеспеченных кредиторов. Один из уровней приоритета классифицируется в качестве административного приоритета (см. главу V.B), который выше в сравнении с требованиями обычных необеспеченных кредиторов, но не выше приоритета обеспеченного кредитора в отношении его обеспечения. В некоторых случаях такой приоритет предоставляется на основе того, что новый кредит выделяется не должнику, а управляющему в деле о несостоятельности, и переходит в статью издержек за счет имущественной массы. Законодательство некоторых стран о несостоятельности требует одобрения такого заимствования судом или кредиторами, в то время как законодательство о несостоятельности других стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности может получить необходимую сумму без одобрения, хотя это может нести в себе элемент персональной ответственности и в этом случае вполне способно вызвать нежелание изыскивать новые финансовые средства.

250. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается административный "суперприоритет", превосходящий приоритет административных кредиторов, либо приоритет, превосходящий приоритет всех кредиторов, включая обеспеченных кредиторов (который иногда называется "первоочередным привилегированным требованием"). В странах, где допускается такой вид приоритета, суды, рассматривающие дела о несостоятельности, признают риск для существующих обеспеченных кредиторов и разрешают такие виды приоритета неохотно, только в качестве последнего средства. Такой приоритет может предоставляться на определенных условиях, например на условии направления уведомления затронутым обеспеченным кредиторам и предоставления им возможности быть заслушанными в суде; предоставления должником доказательств

того, что он не может получить необходимые финансовые средства без приоритета; и обеспечения защиты от любого снижения экономической ценности обремененных активов, в том числе за счет избыточной стоимости актива, достаточной для того, чтобы оградить существующего обеспеченного кредитора от неоправданного риска чрезмерного негативного влияния на его финансовое положение по сравнению с суперприоритетом. В некоторых правовых системах имеются все эти варианты привлечения финансовых средств после открытия производства. Как правило, экономические права существовавших ранее обеспеченных кредиторов следует защищать от необоснованных нарушений. При необходимости (и как уже говорилось в связи с защитой имущественной массы: см. главу II.B.8) это можно осуществить путем периодических платежей или предоставления обеспечительных прав в дополнительных активах в качестве замены любых активов, которые могут быть использованы должником или обременены для получения нового кредита.

4. Предоставление разрешения на привлечение финансовых средств после открытия производства

251. При рассмотрении вопроса о предоставлении разрешения на новое кредитование желательно увязывать его с вопросом о возможном ущербе или вероятных выгодах от выделения новых финансовых средств. В законодательстве о несостоятельности ряда стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности вправе определять потребность в новых денежных средствах для продолжения функционирования предприятия или его выживания либо для сохранения или приумножения стоимости имущественной массы, а также что управляющий в деле о несостоятельности (либо, по законодательству некоторых стран, должник, находящийся во владении) может получать необеспеченный кредит без согласия суда или кредиторов, в то время как согласно законодательству других стран при определенных обстоятельствах требуется утверждение со стороны суда или кредиторов. Принимая во внимание тот факт, что потребность в новых финансовых средствах для обеспечения бесперебойного функционирования предприятия может носить достаточно неотложный характер, желательно свести количество необходимых разрешений к минимуму, хотя, разумеется, в законодательстве о несостоятельности может быть установлен иерархический подход в зависимости от характера предоставляемого обеспечения или устанавливаемого приоритета. Хотя требование участия суда в решении этого вопроса, как правило, может способствовать обеспечению прозрачности и предоставить дополнительную гарантию заимодавцам, во многих случаях управляющий в деле о несостоятельности может лучше оценить необходимость в новом финансировании. В любом случае суд, как правило, не располагает для обоснования своего решения иными специальными знаниями или информацией, помимо той, которая предоставляется управляющим в деле о несостоятельности.

252. Вопрос предоставления обеспечения в необремененных или частично обремененных активах, как правило, не относится к решениям, требующим одобрения суда. В случае, если уровень обычно предоставляемого приоритета – например, административный приоритет – устанавливается законодательством о несостоятельности, одобрение суда также может не потребоваться. Если одобрение суда будет все же сочтено желательным, то можно принять компромиссный подход, установив порог, выше которого требуется одобрение суда. Однако в тех случаях, когда предоставляемое обеспечение или устанавливаемый приоритет затрагивает интересы, например, существующих обеспеченных кредиторов и эти обеспеченные кредиторы не поддерживают предлагаемые меры, следует требовать одобрения суда.

Если же обеспеченные кредиторы согласны с изменением отношения к их обеспечительным интересам, одобрение суда может не потребоваться.

5. Последствия изменения характера производства

253. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что любое обеспечение, предоставляемое в связи с новым кредитованием, может быть аннулировано при последующей ликвидации, что может повлечь за собой ответственность за затягивание начала ликвидационного производства и за потенциальный ущерб интересам кредиторов. Такой подход может затормозить начало реорганизации. Предпочтителен подход, при котором кредиторы, получающие приоритет для нового финансирования, сохраняют его при любой последующей ликвидации. Существует еще один вариант решения данного вопроса, согласно которому при последующей ликвидации приоритет признается, но его первоначальный порядок очередности может не сохраниться: например, она может оказаться ниже очередности административных требований, связанных с расходами на ликвидацию, либо быть одинаковой (*pari passu*) с административными расходами.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся финансирования после открытия производства, заключаются в следующем:

- a) способствовать привлечению финансовых средств для продолжения функционирования или дальнейшего существования предприятия должника либо для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы;
- b) обеспечить надлежащую защиту лицам, предоставляющим финансовые средства после открытия производства;
- c) обеспечить надлежащую защиту тем сторонам, права которых могут быть затронуты предоставлением финансирования после открытия производства.

Содержание законодательных положений

49) Законодательство должно способствовать привлечению управляющим в деле о несостоятельности финансовых средств после открытия производства, если управляющий в деле о несостоятельности сочтет это необходимым для продолжения функционирования или дальнейшего существования предприятия должника или же для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы. В законодательстве может содержаться требование получения разрешения суда или кредиторов (либо комитета кредиторов).

Обеспечение для финансирования после открытия производства

50) В законодательстве следует предусмотреть возможность предоставления обеспечительного интереса для выплаты ссуды, полученной после открытия производства, включая обеспечительный интерес в необремененных активах (включая активы, приобретенные после открытия производства) либо субординированный или менее приоритетный обеспечительный интерес в уже обремененных активах имущественной массы.

51) В законодательстве⁵⁶ следует установить, что обеспечительный интерес в активах имущественной массы для финансирования после открытия производства не имеет приоритета в сравнении с любым существующим обеспечительным интересом в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятельности не получит согласия существующего обеспеченного кредитора (кредиторов) или не выполнит процедуру, предусмотренную в рекомендации 52.

52) В законодательстве следует установить, что в случае, если существующий обеспеченный кредитор не дает своего согласия, суд может разрешить создание обеспечительного интереса, имеющего приоритет над существовавшим до этого обеспечением, если соблюдены определенные условия, в том числе:

- a) существующему обеспеченному кредитору была предоставлена возможность быть заслушанным судом;
- b) должник может представить доказательства невозможности получения финансовых средств каким-либо иным образом; и
- c) интересы существующего обеспеченного кредитора будут защищены⁵⁷, в том числе за счет достаточной избыточной стоимости обремененного актива, с тем чтобы существующий обеспеченный кредитор не оказался подвержен неоправданному риску ущерба.

Приоритет для финансирования, полученного после открытия производства

53) В законодательстве следует установить приоритет, который может быть предоставлен финансированию, полученному после открытия производства, предусматривая, по крайней мере, что платеж лицу, предоставившему финансирование после открытия производства, осуществляется ранее платежа обычным необеспеченным кредиторам, включая необеспеченных кредиторов, имеющих административный приоритет.

Последствия изменения характера производства для финансирования, полученного после открытия производства

54) В законодательстве о несостоятельности должно быть установлено, что в случаях преобразования реорганизационного производства в ликвидационное любой приоритет в пользу финансирования после открытия производства при реорганизации должен признаваться и при ликвидации⁵⁸.

Е. Режим контрактов

1. Введение

254. Чем более развита экономика, тем более значительная часть экономического богатства, вероятно, будет заключена в договорах или контролироваться при их

⁵⁶ Эта норма может содержаться в ином законодательном акте, нежели законодательство о несостоятельности; в этом случае в законодательстве о несостоятельности должна даваться отсылка к этой норме.

⁵⁷ См. главу II.B.8.

⁵⁸ При этом сохранение прежнего порядка очередности необязательно. Например, согласно законодательству ряда стран, финансирование, полученное после открытия производства, имеет более низкий приоритет по сравнению с административными требованиями, связанными с расходами на ликвидацию.

помощи. В результате этого режим контрактов приобретает важнейшее значение для урегулирования дел о несостоятельности. При разработке правовых принципов в этой связи возникают две общие проблемы. Первая из них связана с тем, что контракты, в отличие от других активов несостоятельного предприятия, обычно связаны с обязательствами или требованиями. Иными словами, предприятие часто обязано исполнить обязательство или произвести платежи, с тем чтобы получить права, которые потенциально являются ценными активами. В силу этого необходимо принимать сложные решения по режиму того или иного контракта, чтобы обеспечить наибольшую стоимость для имущественной массы. Вторая трудность связана с существованием большого разнообразия видов контрактов. К их числу относятся простые контракты купли-продажи товаров, контракты краткосрочной или долгосрочной аренды земельных участков или личного имущества, а также чрезвычайно сложные контракты франшизы или контракты на сооружение и эксплуатацию крупных объектов. Кроме того, в соответствии с контрактом должник может выступать в качестве покупателя или продавца, арендодателя или арендатора, лицензиара или лицензиата, поставщика или получателя, и проблемы, возникающие в связи с несостоятельностью, могут существенно различаться, если их рассматривать с точки зрения различных сторон.

255. Достижение цели максимизации стоимости имущественной массы и сокращения обязательств или, при реорганизации, создания возможности для выживания должника и бесперебойного продолжения его операций в максимально возможных пределах может предполагать использование тех контрактов, которые являются выгодными и способствуют повышению стоимости имущественной массы (включая контракты, обеспечивающие продолжение использования важнейшего имущества, в том числе и принадлежащего третьим лицам), и расторжение тех из них, которые являются обременительными либо текущие затраты по исполнению которых превышают выгоды от их реализации. Например, в случае, если по контракту должник согласился закупить определенный товар по цене, составляющей половину рыночной цены в момент наступления несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности будет, несомненно, выгодно иметь возможность продолжать закупки по более низким ценам и осуществлять продажи по рыночным ценам. Контрагент, естественно, будет стремиться выйти из ставшего невыгодным соглашения, однако когда от него требуют исполнения контракта, это означает всего лишь требование соблюдения условий сделки, заключенной до наступления несостоятельности. Во многих системах ему будет запрещено отказываться от исполнения условий контракта, хотя он может иметь право на получение гарантий относительно уплаты договорной цены в полном объеме. Во многих случаях продолжение исполнения контракта будет выгодным для обеих договаривающихся сторон, а не только для должника.

256. При принятии решения о том, как следует поступать с контрактами в случае несостоятельности, возникает первый вопрос: о соотношении значимости подтверждения норм общего договорного права при решении вопросов несостоятельности, с одной стороны, и факторов, оправдывающих вмешательство в эти установленные договорные принципы, – с другой. Чтобы достичь должного равновесия между общими целями государственной политики, целями производства по делам о несостоятельности и потребностью в предсказуемости коммерческих отношений, возможно, потребуется сбалансировать ряд противоречивых интересов. В их число входят: относительная значимость реорганизации и участие обеспеченных кредиторов в процессе производства по делам о несостоятельности; конкретные социальные интересы, связанные с некоторыми видами договоров,

таких как договоры найма (см. ниже); последствия допущения вмешательства в процесс дальнейшего исполнения контрактов для начала производства по делам о несостоятельности, для предсказуемости коммерческих и финансовых отношений и для стоимости и доступности кредита (чем шире полномочия продолжать исполнение контрактов или расторгать их в случае несостоятельности, тем более высокой может быть стоимость и более низкой доступность кредита); а также вопрос о том, насколько полномочия влиять на исполнение контрактов расширят повторное использование активов.

257. Если в законодательстве о несостоятельности принят подход, в соответствии с которым разрешается воздействие на исполнение контрактов при обстоятельствах, противоречащих общедоговорным принципам, то возникают дальнейшие соображения относительно объемов этих полномочий и видов контрактов, которые может затронуть эта норма. При открытии производства по делу о несостоятельности должник практически во всех случаях будет являться стороной, как минимум, одного контракта, когда и у должника, и у контрагента еще остались невыполненные обязательства помимо выплаты денежных средств за поставленный товар. В случае, когда только одна сторона не полностью выполнила свои обязательства, никаких специальных правил не требуется. Если стороной, не полностью исполнившей свои обязательства, является должник, то у другой стороны будет возможность в случае несостоятельности предъявить требование об исполнении или убытках (см. главу V.A). Если стороной, не полностью исполнившей свои обязательства, является контрагент, то управляющий в деле о несостоятельности может потребовать от этой стороны исполнения или возмещения убытков. Однако если свои обязательства не в полном объеме исполнили обе стороны, то в соответствии с законодательством многих стран о несостоятельности такие контракты могут быть приостановлены, с тем чтобы лишить контрагента возможности использовать право их расторжения, после чего исполнение этих контрактов может быть возобновлено либо они могут быть расторгнуты (или, возможно, уступлены, хотя разрешается это нечасто). Обычно решение вопроса о том, как поступить с контрактом, поручается управляющему в деле о несостоятельности. Однако в отношении необходимости утверждения со стороны суда практикуемые в различных правовых системах подходы не совпадают.

258. В случае реорганизации, когда цель производства по делу состоит в создании должнику условий для выживания и продолжения по мере возможности его деятельности, продолжение исполнения контрактов, являющихся выгодными или необходимыми для предпринимательской деятельности должника и способствующих возрастанию стоимости имущественной массы, может иметь решающее значение для успеха производства по делу. В их число могут входить контракты на поставку важнейших товаров и услуг либо контракты на использование имущества, имеющего ключевое значение для дальнейшего функционирования предприятия, в том числе и имущества, находящегося в собственности третьих лиц. Аналогичным образом перспективы успешного завершения реорганизации можно улучшить, разрешив управляющему в деле о несостоятельности отказываться от обременительных контрактов, например контрактов, расходы на исполнение которых превышают получаемые выгоды, либо – как, например, в случае неистекшего договора аренды – если договорные цены выше рыночных. В случае ликвидации желательность продолжения исполнения контрактов после открытия производства по делу, по всей вероятности, не будет столь же важной, как при реорганизации, за исключением обстоятельств, когда сохранение контракта может привести к увеличению стоимости предприятия должника или каких-либо конкретных активов или способствовать продаже

коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Например, договор аренды, согласно которому арендная плата установлена ниже рыночных ставок, а срок действия которого истекает не скоро, может иметь важнейшее значение для любой предполагаемой продажи коммерческого предприятия либо может быть уступлен, с тем чтобы выручить средства для распределения среди кредиторов.

259. Что касается видов контрактов, подпадающих под действие этих норм, как правило, решение заключается в том, чтобы предусмотреть в законодательстве о несостоятельности общие нормы для всех видов контрактов и исключения для некоторых особых контрактов. Не исключено, например, что потребуется ограничить право отказываться от исполнения трудовых договоров, учитывая соображения о том, что несостоятельность может быть использована именно как средство ликвидации защиты, предоставляемой работникам по таким договорам. К другим видам контрактов, требующих специального режима, могут относиться финансовые контракты (см. главу II.Н), контракты на личные услуги, когда для исполнения соглашения особое значение имеет личность стороны, будь то должника или служащего должника, а также договоры займа и договоры страхования.

2. Оговорки об автоматическом расторжении контракта

260. Во многие контракты включается оговорка, определяющая события неисполнения обязательств, которые дают контрагенту безусловное право, например, на расторжение контракта или на сокращение срока его исполнения (иногда именуемая оговоркой "в силу самого факта"). К числу таких событий неисполнения обязательств обычно относятся: подача заявления об открытии производства по делу о несостоятельности либо начало такого производства; назначение управляющего в деле о несостоятельности; соответствие должника критериям для открытия производства по делу о несостоятельности; и даже признаки ослабления финансового положения должника. Законодательство ряда стран подтверждает действительность таких оговорок о расторжении контракта или сокращении срока его исполнения. В случаях, когда продолжение исполнения контракта желательно и после открытия производства по делу о несостоятельности, это станет возможным, только если контрагент не решит воспользоваться имеющимися у него по контракту правами, или если его удастся убедить не принимать такого решения, или в законодательстве о несостоятельности предусмотрен механизм, который можно использовать для того, чтобы убедить контрагента позволить продолжать исполнение контракта. Такой механизм может предусматривать возможность предоставления приоритета на получение платежа за услуги, предоставленные после открытия производства (в законодательствах некоторых стран о несостоятельности такой порядок может устанавливаться общим положением, согласно которому затраты, понесенные после открытия производства, рассматриваются, как правило, в качестве первоочередного требования).

261. Подход, признающий эти виды оговорок о расторжении контракта, может подкрепляться рядом факторов, включая: желательность соблюдения коммерческих договоренностей; необходимость воспрепятствовать такому порядку, при котором должник будет селективно исполнять выгодные контракты и расторгать другие (преимущество, которым контрагент не располагает); последствия отказа от исполнения положения об автоматическом расторжении контракта для взаимозачета по финансовому контракту; мнение, что, поскольку несостоятельное коммерческое предприятие, вероятнее всего, будет не в состоянии осуществить платежи, отсрочка расторжения контрактов может привести только к увеличению задолженности по

сравнению с ее текущим объемом; необходимость, чтобы создатели интеллектуальной собственности имели возможность контролировать использование этой собственности; и последствия расторжения контракта, особенно связанного с нематериальными активами, для коммерческого предприятия контрагента.

262. Согласно другому подходу, оговорка, позволяющая расторгнуть контракт или сократить срок его исполнения в случае наступления определенного события неисполнения обязательств, например одного из перечисленных выше, отклоняется законодательством о несостоятельности и исполнение контракта может быть продолжено, несмотря на возражения контрагента. Прежде всего, будет приостановлено действие права контрагента на расторжение контракта, что даст управляющему в деле о несостоятельности время для оценки контракта и принятия решения о дальнейших действиях. Хотя подход, основанный на отклонении оговорок о расторжении контракта, можно считать противоречащим общим принципам договорного права, тем не менее, такое вмешательство имеет важнейшее значение для успеха производства. При реорганизации, когда, например, контракт может представлять собой жизненно важный договор аренды или быть связанным с использованием интеллектуальной собственности, воплощенной в основном товаре, продолжение исполнения контракта может способствовать повышению доходного потенциала коммерческого предприятия; ослабить рыночные позиции важнейшего поставщика; сохранить стоимость контрактов должника в интересах всех кредиторов и содействовать участию всех кредиторов в процессе реорганизации.

263. В случае ликвидации к числу аргументов в пользу порядка, позволяющего отклонять оговорки о прекращении действия договора, относятся: необходимость сохранения коммерческого предприятия как единого целого, с тем чтобы максимально увеличить его продажную стоимость или повысить его потенциальную доходность; необходимость сохранения стоимости контракта в интересах всех кредиторов вместо уступки ее контрагенту и желательность включения всех сторон в процесс окончательной ликвидации коммерческого предприятия.

264. Хотя законодательство некоторых стран о несостоятельности и позволяет в случае начала производства по делу о несостоятельности отклонять оговорки о расторжении договоров, эти положения еще не стали в законодательстве о несостоятельности общепринятыми. Между содействием выживанию должника, что может потребовать сохранения контрактов, и увеличением неопределенности и затрат на коммерческие операции в результате установления различных исключений из общих норм договорного права, неизбежно возникают противоречия. Очевидно, что решение этого вопроса может потребовать тщательной оценки преимуществ и недостатков, однако существуют и обстоятельства, когда способность управляющего в деле о несостоятельности обеспечить продолжение исполнения контрактов будет иметь принципиальное значение для успешной реорганизации, а также – хотя, возможно, и в меньшей мере – ликвидации в случае, если коммерческое предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. По этим причинам желательно, чтобы законодательство о несостоятельности позволяло отклонять указанные оговорки. Любые негативные последствия осуществления принципа отклонения оговорок о расторжении договоров могут быть компенсированы посредством выплаты возмещения кредиторам, которые смогут доказать, что они понесли ущерб или убытки из-за продолжения действия контракта после открытия производства по делу о несостоятельности, либо посредством установления исключений из общего правила отклонения оговорок об автоматическом расторжении контрактов применительно к

определенным видам контрактов, таким как договоры займа денежных средств и в особенности финансовые контракты (см. главу II.H).

265. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что оговорки о расторжении контракта могут отклоняться, у кредиторов может возникнуть искушение сыграть на опережение и предотвратить такой исход путем расторжения контракта по каким-либо иным основаниям до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности (со ссылкой на иное неисполнение должником обязательств, нежели событие неисполнения обязательств, вызванное открытием производства). Таким попыткам можно противостоять, если предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности имеет полномочия на восстановление таких контрактов при условии исполнения обязательств, возникших как до, так и после открытия производства.

3. Продолжение исполнения контрактов или отказ от их исполнения

а) Порядок продолжения исполнения контрактов или отказ от их исполнения

266. В законодательстве разных стран о несостоятельности приняты различные подходы к вопросу о продолжении исполнения контрактов и отказе от их исполнения. Согласно некоторым законам, открытие производства по делу о несостоятельности не затрагивает действия контрактов, и, таким образом, договорные обязательства сохраняют свою обязательную силу и продолжают применяться общие нормы договорного права, если только в законодательстве о несостоятельности прямо не предусмотрены иные правила, например прямо оговоренное право отклонять оговорки об автоматическом расторжении контракта (см. выше) или отказываться от исполнения контракта.

267. Другие законы увязывают продолжение исполнения контракта и отказ от его исполнения в общую процедуру, согласно которой от управляющего в деле о несостоятельности требуется предпринимать определенные действия в отношении контракта, например направить уведомление контрагенту о том, что исполнение контракта продолжается (а в некоторых случаях – что контракт включается в имущественную массу в деле о несостоятельности) или прекращается. Согласно законам, основанным на таком подходе, на право контрагента на расторжение контракта накладывается мораторий, что дает управляющему в деле о несостоятельности время для принятия решения о дальнейших шагах в отношении контракта (см. главу II.B). Один из недостатков подхода, согласно которому от управляющего в деле о несостоятельности требуется предпринимать конкретные действия в отношении всех контрактов, заключается в том, что на практике может возникнуть множество случаев, когда в отношении контракта нельзя принять никакого решения, поскольку контракт не может быть исполнен. Кроме того, осуществление требования сделать однозначный выбор по каждому контракту может оказаться чрезмерно затратным и обременительным. С этим подходом связана и еще одна сложность, заключающаяся в том, насколько хорошо управляющий в деле о несостоятельности информирован обо всех договорах, стороной которых выступает должник, и, соответственно, в состоянии ли управляющий принимать меры в отношении каждого такого договора. Следовательно, важное значение приобретает трактовка законодательством контрактов, о которых управляющий в деле о несостоятельности не осведомлен, особенно в части норм, действующих по умолчанию.

i) Установление сроков принятия мер

268. Некоторые законы требуют не просто предпринимать конкретные действия, но и делать это в установленные сроки (при этом в определенных обстоятельствах может допускаться продление этих сроков). При реорганизации обычно устанавливается более длительный срок, чем при ликвидации. В имеющихся примерах из законодательной практики эти сроки варьируются от 28 до 60 дней. Законодательство других стран предусматривает установление такого срока в судебном порядке. Цель такого подхода – обеспечение определенности для обеих сторон. От управляющего в деле о несостоятельности требуется принятие своевременных мер в отношении контрактов, не исполненных к моменту открытия производства по делу, а контрагенту обеспечивается известная определенность в отношении продолжения исполнения контракта в течение разумного срока после открытия производства по делу.

ii) Нормы, действующие по умолчанию

269. В ряде законов содержится норма, действующая по умолчанию, смысл которой состоит в том, что в случае непринятия управляющим в деле о несостоятельности решения в течение оговоренного срока контракт считается, например, расторгнутым или не могущим быть принудительно осуществленным в исковом порядке. При наличии нормы, действующей по умолчанию, возможно проведение различий между ликвидацией и реорганизацией, равно как и между теми контрактами, о которых управляющий в деле о несостоятельности осведомлен, и теми, о которых он не осведомлен. В случае ликвидации – поскольку можно обоснованно предполагать, что непринятие управляющим в деле о несостоятельности решения в отношении контракта будет, по всей вероятности, означать решение об отказе от его исполнения – отказ от исполнения контракта мог бы наступать автоматически, если не будут приняты меры к его сохранению. Такой результат соответствовал бы цели ликвидации, если она состоит в поэтапной распродаже активов.

270. При реорганизации или продаже коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы аналогичное решение может иногда оказаться нецелесообразным, так что может потребоваться больше гибкости, чтобы избежать такой ситуации, когда непринятие своевременного решения лишает имущественную массу контракта, который может иметь ключевое значение для производства по делу. Следовательно, возможно, целесообразно разрешить управляющему в деле о несостоятельности принимать решения относительно отказа от исполнения контрактов до момента утверждения плана реорганизации при условии, что любые выгоды, полученные по контракту, оплачиваются вплоть до времени расторжения контракта в качестве административных расходов и что у контрагента имеется право на принудительное исполнение ранее принятого решения, если это будет необходимо или желательно. Желательно, чтобы режим в отношении конкретных контрактов был четко прописан в плане, причем, возможно, целесообразно принять положение о том, что контракты, режим которых не урегулирован таким образом, должны считаться автоматически расторгнутыми по утверждении плана.

iii) Право контрагента требовать принятия решения

271. Законодательства некоторых стран предусматривают безусловное право контрагента обращаться к управляющему в деле о несостоятельности с просьбой о принятии решения по конкретному контракту в течение определенного срока. Такое

правило может применяться даже в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности устанавливает предельный срок для принятия решения управляющим в деле о несостоятельности, так как это даст контрагенту возможность добиваться принятия решения, не дожидаясь истечения предельного срока. Это может иметь особое значение в случае, если данный контракт предусматривает оказание постоянной услуги и бездействие управляющего в деле о несостоятельности может привести к наращиванию неоправданных расходов (например, арендная плата за арендуемое должником имущество может составить существенную долю административных расходов, если арендные отношения не будут оперативно прекращены) или прекращению предоставления необходимых услуг (когда управляющий в деле о несостоятельности должен оперативно решить вопрос о продолжении действия контракта). На случай, если в течение оговоренного срока управляющий в деле о несостоятельности не принял решения, законодательство о несостоятельности может предусматривать либо право контрагента обратиться в суд с требованием о принятии решения, либо применение нормы, действующей по умолчанию, в соответствии с которой исполнение контракта считается либо прекращенным, либо продолжающимся.

iv) Продолжение исполнения контракта в целом

272. Какие бы нормы ни принимались по вопросам продолжения действия контрактов и их расторжения, желательно предусмотреть, чтобы права управляющего в деле о несостоятельности ограничивались принятием решения в отношении контракта в целом, с тем чтобы избежать ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности может по своему усмотрению продолжать исполнение одних частей контракта или подтверждать их и прекращать исполнение других.

v) Контракты, о которых осведомлен управляющий в деле о несостоятельности

273. Желательно также, чтобы полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении контрактов ограничивались теми контрактами, которые известны ему или суду (если законодательство о несостоятельности предусматривает принятие решений в отношении контрактов в судебном порядке). Без такого ограничения последствия непринятия решения в отношении контракта, о существовании которого неизвестно управляющему в деле о несостоятельности, могут привести к предъявлению исков о возмещении убытков и возможной профессиональной ответственности. В случае, если управляющий в деле о несостоятельности не осведомлен о конкретном контракте, представляется нежелательным применение к такому контракту нормы закона, действующей по умолчанию и приводящей к продолжению исполнения контракта либо его расторжению, прежде чем управляющий в деле о несостоятельности успеет оценить контракт. Одно из решений данной проблемы (в пределах соблюдения предлагаемой нормы должником) могло бы состоять во включении в законодательство требования к должнику о предоставлении управляющему в деле о несостоятельности списка не полностью исполненных контрактов [см. главу III.A.4b)].

b) Сроки вступления в силу решения об исполнении или отказе от исполнения контракта и уведомление о таком решении

274. В тех случаях, когда законодательство позволяет управляющему в деле о несостоятельности прекращать действие контракта, желательно установить срок вступления в силу решения о прекращении его действия. Оно может вступать в силу либо с момента его принятия, либо ретроактивно. Один из вариантов – принятие

решения о прекращении действия контракта ретроактивно, с тем чтобы после его принятия не возникало никаких обязательств по контракту, за исключением обязательств в отношении товаров или услуг, поставленных в счет имущественной массы после принятия решения по контракту.

275. В тех случаях, когда законодательством предусмотрено принятие управляющим в деле о несостоятельности решения об исполнении или отказе от исполнения контракта, желательно, чтобы указанная норма содержала также требование об уведомлении контрагента (контрагентов) о таком решении. В такое уведомление следует включать сведения об имеющихся у контрагента правах, в том числе о праве оспорить решение управляющего в деле о несостоятельности относительно данного контракта и праве предъявить требование в данном деле о несостоятельности (в связи с неисполнением обязательств, имевшим место до открытия производства, либо исходя из решения, принятого по данному контракту), а также о соответствующих формальностях.

c) Продолжение исполнения контрактов в случае их невыполнения должником

276. В тех случаях, когда в момент подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности неисполнившей стороной по контракту является должник, принципиальный вопрос заключается в том, справедливо ли в сложившихся обстоятельствах требовать от контрагента продолжения деловых отношений с несостоятельным должником. Согласно законодательствам некоторых стран о несостоятельности, в качестве условия продолжения исполнения контракта в оставшийся срок его действия требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности устранил любые нарушения контракта должником (т. е. обеспечил возвращение экономического положения контрагента к состоянию, имевшему место до неисполнения обязательств) и гарантировал дальнейшее исполнение контракта путем представления, например, гарантийных обязательств или гарантий. Согласно законодательствам других стран о несостоятельности, устранять предыдущие нарушения обязательств не требуется, но могут налагаться ограничения относительно обстоятельств, при которых возможно продолжение исполнения контракта, например, в случае контрактов, которые можно разделить на отдельные части, таких как контракты на оказание коммунальных услуг, расчет за которые производится ежемесячно. В законодательстве о несостоятельности часто содержится прямое разрешение на продолжение исполнения таких контрактов на оказание основных услуг, в число которых могут входить телефонная связь, электро-, газо- и водоснабжение, вывоз бытовых отходов. В определенной мере, особенно в случае подачи заявления о возбуждении производства кредитором, оправданно сохранение доступа должника к этим услугам, не обусловленное требованием устранить последствия неисполнения им обязательств, и продолжение предоставления ему услуг при условии исполнения им своих обязательств после начала производства по делу. От управляющего в деле о несостоятельности могут потребоваться гарантии дальнейшего исполнения контракта, а в некоторых случаях – и принятие на себя личной ответственности в случае неисполнения контракта в будущем.

d) Последствия продолжения исполнения контракта либо отказа от его исполнения для контрагента

i) Продолжение исполнения контракта

277. В случаях, когда исполнение контракта продолжается после возбуждения производства по делу о несостоятельности в ожидании решения о дальнейшем

режиме этого контракта, желательно, чтобы исполнение контракта после возбуждения производства по делу оплачивалось за счет имущественной массы, особенно в том случае, если в конечном итоге принимается решение об отказе от исполнения контракта. Смысл такого подхода заключается в том, что продолжение исполнения контракта после возбуждения производства по делу либо продолжение пользования активом, принадлежащим третьему лицу, справедливо считать выгодным для имущественной массы; в противном случае управляющий в деле о несостоятельности уже отказался бы от исполнения контракта.

278. Кроме того, возможно, было бы желательно (хотя это и не слишком характерно для законодательства о несостоятельности) решить вопрос об обязательствах контрагента в период между открытием производства по делу и принятием решения о режиме конкретного контракта (в случаях, когда такое решение необходимо), в особенности требуется ли от контрагента начать или продолжить его исполнение. При таком подходе были бы соблюдены интересы всех заинтересованных сторон в части определенности и предсказуемости.

279. В соответствии с законами, требующими от управляющего в деле о несостоятельности конкретного действия, контракты, исполнение которых управляющий в деле о несостоятельности решает продолжать после открытия производства по делу, рассматриваются как действующие после открытия производства по делу обязательства должника, которые должны быть исполнены и имущественной массой, и контрагентом. Требования, возникающие в связи с исполнением этих контрактов, рассматриваются в ряде законодательств о несостоятельности как административные расходы (см. главу V.A), а не как необеспеченные требования, и им предоставляется приоритет при распределении. Поскольку предоставление такого приоритета представляет собой потенциальный риск для других кредиторов (выплаты которым будут произведены после выплат кредиторам, обладающим приоритетом), в случае принятия такого подхода желательно, чтобы после открытия производства по делу о несостоятельности продолжалось исполнение только тех контрактов, которые будут прибыльными и принципиально важными для продолжения операций должника. В тех юридических системах, где применяются общие нормы договорного права и от управляющего в деле о несостоятельности не требуется принятия решения о продолжении исполнения контрактов, законодательство о несостоятельности может не предусматривать никакого приоритета для таких требований и ставить их в один ряд с другими необеспеченными требованиями.

280. Поскольку продолжение действия договора со стороны, в отношении которой открыто производство по делу о несостоятельности, может представлять для контрагента определенный риск, который не возник бы в ином случае (например, риск неплатежа), может оказаться уместным рассмотреть возможность включения в законодательство о несостоятельности определенных способов защиты интересов контрагента. Для этого понадобится оценить ряд факторов, в том числе важность контракта для производства; влияние необходимых защитных мер на расходы на производство по делу, реальную способность должника или имущественной массы исполнить сохраняющиеся обязательства по контракту; а также влияние принуждения контрагента к принятию на себя риска неплатежа на практику заключения коммерческих соглашений. Например, если условия контракта предусматривают предоставление поставщиком должнику отсрочки платежа на определенный период времени либо оплату после поставки, это может повлечь за собой существенные расходы для поставщика и нанести ему ущерб, если к моменту платежа или поставки товара управляющий в деле о несостоятельности окажется

более не в состоянии производить платежи. Законодательство ряда стран решает этот вопрос, предписывая управляющему в деле о несостоятельности предоставить контрагенту гарантии оплаты или исполнения контракта, например, посредством банковской гарантии или аккредитива. Законодательство других стран возлагает на управляющего в деле о несостоятельности личную ответственность за исполнение условий контракта; такой подход может помешать продолжению исполнения контрактов, связанных с определенным риском неисполнения обязательств, и, таким образом, повлиять на процесс реорганизации. Личная ответственность может оказаться особенно обременительной, если речь идет о таких договорах, как трудовые соглашения. Есть еще один подход, согласно которому риск неплатежа возлагается на контрагента под тем предлогом, что это – разновидность обычного коммерческого риска. Определенную защиту контрагенту может обеспечить предоставление административного приоритета требованиям и выплатам, связанным с исполнением ранее заключенных и не расторгнутых после открытия производства контрактов, хотя в случае, если объем активов, предназначенных для расчета по этим платежам, ограничен, пределы такой защиты тоже могут оказаться ограниченными.

ii) *Отказ от исполнения контракта*

281. В случае отказа от исполнения контракта контрагент, как правило, освобождается от обязательств по исполнению оставшейся части контракта, и единственным принципиальным вопросом, который необходимо разрешить, является вопрос о доступных контрагенту средствах правовой защиты. В законодательстве многих стран установлено, что в порядке правовой защиты контрагент вправе рассчитывать только на возмещение убытков, невзирая на наличие иных средств правовой защиты за пределами производства по делу о несостоятельности. Одна из причин, по которым был принят такой подход, заключается в том, что предоставление иных средств правовой защиты – например, таких как поставка товаров, произведенных, но не поставленных до возбуждения производства по делу о несостоятельности – равносильно удовлетворению требования контрагента в полном объеме, т. е. достижению результата, на который не могут рассчитывать другие необеспеченные кредиторы и который представляет собой нарушение принципа равного режима. Вместе с тем законодательство некоторых стран допускает такую защиту права в форме поставки товаров, а законодательство других стран – исполнение условий договора, если речь идет о договоре продажи земли.

282. В случаях, когда средством защиты прав является возмещение убытков, расчет необеспеченных убытков, понесенных в результате отказа от исполнения контракта, может быть произведен в соответствии с применимым законодательством общего характера, и контрагент становится необеспеченным кредитором, обладающим требованием в установленном размере. Помимо убытков, понесенных в результате отказа от исполнения контракта, контрагент может предъявить требование в связи с исполнением контракта в период, предшествовавший отказу от исполнения (которое может рассматриваться как административное требование)⁵⁹.

e) **Внесение поправок в контракты, исполнение которых продолжается**

⁵⁹ О ранжировании требований см. главу V.C.

283. Еще один вопрос, который необходимо рассмотреть применительно к контрактам, исполнение которых продолжается, касается обстоятельств, при которых управляющий в деле о несостоятельности может изменять условия таких контрактов. Как указано выше, условия контракта необходимо соблюдать, а общий принцип заключается в том, что управляющий в деле о несостоятельности имеет не больше прав в отношении внесения поправок в контракт, чем при обычных обстоятельствах имел бы согласно данному контракту сам должник. Как правило, от управляющего в деле о несостоятельности требуется обсуждать любую поправку с контрагентом, и внесение какого бы то ни было изменения без согласия другой стороны будет являться нарушением контракта, за которое контрагент может потребовать возмещения убытков.

4. Договоры аренды земли и помещений

284. В законодательствах некоторых стран о несостоятельности предусматриваются специальные положения о договорах аренды земли и помещений, срок которых не истек; при этом проводится различие между наймом жилья и арендой служебных помещений. В частности, аренда служебных помещений зачастую имеет особое значение при реорганизации. Например, аренда по цене ниже рыночной представляет собой актив, который может быть реализован с выгодой для имущественной массы. Возможность избежать невыгодной аренды служебных помещений может оказаться преимуществом в случае, когда в интересах успешной реорганизации должнику необходимо уменьшить размер своего коммерческого предприятия.

285. В соответствии с некоторыми законами договор аренды, в котором должник является арендатором, может быть расторгнут без ссылки на дату окончания при условии соблюдения сроков уведомления в соответствии с законом или договором аренды. Отказ от исполнения может повлечь за собой требование со стороны арендодателя о возмещении за преждевременное прекращение аренды. Если должник является арендатором и срок аренды не истек, может быть целесообразным предъявление предприятию, в отношении которого ведется производство по делу о несостоятельности, определенных условий, например, о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен устранить любое нарушение договора, выплатить компенсацию за любой ущерб, понесенный в результате такого нарушения, и предоставить гарантии дальнейшего выполнения условий договора аренды. Кроме того, может быть желательным и установление верхнего предела убытков, заявленных арендодателем (который может быть выражен в виде денежной суммы или оговоренного срока, в отношении которого убытки могут подлежать оплате), с тем чтобы требование по долгосрочной аренде не приобретало преимущества по отношению к требованиям других кредиторов. Как правило, арендодатели получают возможность смягчить последствия потерь, снова сдав собственность в аренду.

5. Уступка

286. Наличие у управляющего в деле о несостоятельности возможности уступить контракт без учета содержащихся в нем условий расторжения в случае наступления несостоятельности или ограничений на передачу может оказать весьма благоприятное воздействие на имущественную массу и, следовательно, на бенефициаров распределения поступлений после ликвидации или в рамках реорганизации. Могут возникать такие обстоятельства (например, цена, предусмотренная контрактом, ниже рыночной), в которых отказ от исполнения контракта может привести к неожиданному увеличению дохода контрагента. Если

контракт можно уступить, то разница между ценой контракта и рыночной ценой может быть направлена не контрагенту, а в имущественную массу.

287. Вместе с тем обеспечение возможности уступать контракт по условиям контракта может подорвать договорные права контрагента и вызвать вопросы о причинении ущерба, особенно в тех случаях, когда контрагент практически не может повлиять на выбор цессионария. Нежелательной может быть и принудительная передача контракта лицу, которое может быть неизвестно контрагенту или с которым контрагент может не желать поддерживать коммерческие отношения. Для решения вопроса об уступке контрактов используются различные подходы. В законодательствах некоторых стран о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает оговорки о недопустимости уступки ничтожными. Согласно другим законодательствам о несостоятельности, этот вопрос относится к общему договорному праву; если в контракте содержится оговорка о недопустимости уступки, то контракт нельзя уступать без согласия контрагента или всех сторон первоначального контракта. В некоторых из этих законодательств также предусматривается, что, если контрагент не соглашается на уступку, то ее может утвердить суд при соблюдении определенных условий, например, если можно доказать, что контрагент отказывается в согласии на уступку без достаточных оснований или если управляющий в деле о несостоятельности может доказать контрагенту, что цессионарий способен должным образом исполнить контракт. В этом случае управляющий в деле о несостоятельности получает право уступить контракт в интересах имущественной массы⁶⁰.

288. В случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает уступку контрактов, было бы также весьма желательно потребовать от должника устранения любых нарушений обязательств до уступки контракта. Это способствовало бы успешному и беспрепятственному замещению цессионарием должника в качестве стороны контракта.

289. Независимо от полномочий управляющего в деле о несостоятельности на уступку контрактов некоторые контракты нельзя уступать, поскольку они требуют предоставления незаменимых личных услуг или поскольку уступка запрещена в силу закона. Например, в некоторых странах запрещается уступка контрактов на государственные закупки.

6. Общие исключения из полномочий на продолжение исполнения, отказ от исполнения и уступку контрактов

290. Как правило, существуют две категории исключений из полномочий управляющего в деле о несостоятельности определять режим контрактов. Во-первых, если управляющий в деле о несостоятельности наделен полномочиями отклонять положения об автоматическом прекращении контрактов, желательно предусмотреть конкретные исключения для таких контрактов, как краткосрочные финансовые контракты (например, свопы и фьючерсные контракты, см. главу II.H). К этой же категории могут относиться договоры страхования и договоры займа. Может оказаться уместным и ограничение полномочий на отказ от исполнения таких договоров, как трудовые договоры и соглашения, в которых должник выступает арендодателем или лицензиаром по договору франшизы или договору о

⁶⁰ Этот подход соответствует, например, подходу, использованному в статье 9 Конвенции ЮНСИТРАЛ 2001 года об уступке дебиторской задолженности в международной торговле.

лицензировании использования объекта интеллектуальной собственности и прекращение действия соглашения приведет к закрытию коммерческого предприятия контрагента или вызовет серьезные последствия для коммерческих операций, особенно когда преимущества для должника будут сравнительно невелики. Ограничения полномочий могут иметь место и применительно к договорам с государственными органами, таким как лицензионные соглашения и контракты на государственные закупки.

а) Трудовые договоры

291. Как уже отмечалось выше, одно из важнейших исключений из полномочий, рассматриваемых в данном разделе, относится к трудовым договорам. Хотя этот вид договоров имеет особое значение для реорганизации, он также важен и при ликвидационном производстве, когда управляющий в деле о несостоятельности пытается продать коммерческое предприятие должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Если управляющему в деле о несостоятельности удалось расторгнуть обременительные трудовые договоры или добиться необходимого сокращения используемой должником рабочей силы, то за предприятие можно получить более высокую цену. В то же время в связи с отношениями между работниками и нанимателями возникают некоторые из наиболее сложных вопросов в области законодательства о несостоятельности. Положение работников защищается не только самим договором, который, по сути, является таким же неисполненным контрактом, как и любой другой, но и положениями других законов, которые, как правило, являются императивными. Эти положения могут касаться, например, несправедливого увольнения, минимальных ставок заработной платы, оплачиваемого отпуска, предельной продолжительности рабочего времени, отпуска по беременности и родам, равного обращения и недопущения дискриминации. Как правило, наибольшие затруднения вызывает степень воздействия этих положений на производство по делу о несостоятельности, поскольку при этом возникают вопросы, выходящие далеко за рамки расторжения договоров и очередности денежных требований в отношении невыплаченной заработной платы и пособий (см. главы V.A и V.C). По этим причинам в ряде стран установлены специальные режимы, которые регулируют защиту требований работников при несостоятельности. А с целью не допустить использования процедур несостоятельности в качестве средства устранения защиты работников эти законы прямо ограничивают право управляющего в деле о несостоятельности на расторжение трудовых договоров. Такой подход может включать ограничение использования полномочий некоторыми прямо оговоренными обстоятельствами, например, случаями, когда вознаграждение работника является чрезмерным по сравнению с тем, которое получал бы за ту же работу средний работник. В некоторых странах законодательство предусматривает сохранение работников на предприятии в случае его продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы как при ликвидации, так и при реорганизации, а в других – только при реорганизации.

б) Договоры об оказании незаменимых и личных услуг

292. Еще одну категорию составляют контракты, действие которых, независимо от закрепленного в законодательстве о несостоятельности подхода к положениям об автоматическом прекращении действия контрактов, не может быть продолжено, поскольку они предусматривают оказание должником или служащим должника незаменимых личных услуг (например, контракт может касаться конкретного объекта интеллектуальной собственности, услуг, предусматривающих соглашение о

партнерстве, предоставления услуг лицом, обладающим узкоспециализированными навыками, или конкретным лицом, обладающим особым дарованием).

293. Для повышения прозрачности режима несостоятельности желательно, чтобы ограничения полномочий управляющего в деле о несостоятельности по решению вопросов, связанных с рассмотренными в настоящем разделе категориями договоров, были четко оговорены в законодательстве о несостоятельности.

7. Контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности

294. Помимо не полностью исполненных контрактов, еще одну категорию контрактов при несостоятельности составляют контракты, подписанные после открытия производства по делу. В случае реорганизации и когда предприятие подлежит продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, часто будет возникать необходимость в заключении контрактов (как в ходе обычной коммерческой деятельности, так и в иных случаях) для того, чтобы поддерживать предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы и дать ему возможность продолжать приносить доход – в конечном счете, в интересах кредиторов. Эти контракты, как правило, рассматриваются как обязательства со стороны имущественной массы, принятые после открытия производства по делу о несостоятельности, и затраты и расходы, связанные с их исполнением, оплачиваются в полном объеме в качестве расходов по управлению имущественной массой (см. главу V.C).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цель положений, касающихся режима в отношении контрактов, заключается в следующем:

а) установить порядок законодательного регулирования вопросов о контрактах, по которым ни должник, ни его контрагент не исполнили в полном объеме свои соответствующие обязательства, включая регулирование отношений между законодательством и применимым общим договорным правом, с целью максимизации стоимости и сокращения обязательств имущественной массы;

б) определить объем полномочий по принятию решений относительно таких контрактов и ситуаций, в которых эти полномочия могут осуществляться и кем они могут осуществляться;

с) определить виды контрактов, которые должны быть исключены из сферы действия таких полномочий;

д) определить способы защиты интересов, которыми будут располагать контрагенты по контрактам, действие которых продолжается.

Содержание законодательных положений

55) В законодательстве следует определить режим в отношении контрактов, по которым ни должник, ни его контрагент еще не выполнили в полном объеме свои соответствующие обязательства.

Оговорки об автоматическом расторжении контракта

56) В законодательстве следует установить, что с открытием производства по делу о несостоятельности становится невозможным принудительное исполнение в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника любого положения контракта, автоматически прекращающего его действие при наступлении нижеследующих событий:

- a) заявление об открытии производства по делу о несостоятельности или открытие такого производства;
- b) назначение управляющего в деле о несостоятельности⁶¹.

57) В законодательстве следует указать виды договоров, не подпадающие под действие рекомендации 56, например финансовые контракты, и регулируемые особыми правилами, например трудовые договоры.

Продолжение или отказ от исполнения контракта

58) В законодательстве следует установить, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение продолжить исполнение контракта, о существовании которого он осведомлен, если продолжение исполнения будет выгодным для имущественной массы⁶². В законодательстве следует установить, что право продолжения действия применяется к контракту в целом и что продолжение действия контракта означает обязательность исполнения всех его положений.

59) Законодательство может предоставлять управляющему в деле о несостоятельности право отказаться от исполнения контракта⁶³. В законодательстве следует установить, что право отказа от исполнения контракта применяется к контракту в целом.

Сроки вступления в силу решения об исполнении или отказе от исполнения контракта и уведомление о таком решении

60) В законодательстве следует установить срок, в течение которого управляющий в деле о несостоятельности должен принять решение о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения, причем этот срок может быть продлен судом.

61) В законодательстве следует установить срок вступления в силу отказа от исполнения контракта.

62) В законодательстве следует установить, что в случае продолжения исполнения контракта или отказа от его исполнения контрагенту должно быть направлено

⁶¹ Эта рекомендация будет применяться только к тем контрактам, в которых такие оговорки могут отклоняться (см. комментарии относительно исключений в главе II.E.6), и разработана не как исключительное, а как минимальное условие: следует предоставить суду возможность рассмотреть другие положения контрактов, способные привести к прекращению действия контракта при наступлении аналогичных событий.

⁶² При условии, что автоматический мораторий на открытие производства по делу о несостоятельности применяется для того, чтобы не допустить расторжения (во исполнение оговорки об автоматическом расторжении), все контракты, срок действия которых не истекает сразу после открытия производства по делу о несостоятельности, должны оставаться в силе, чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог рассмотреть возможность продолжить их исполнение.

⁶³ Альтернативой предоставления права отказываться от исполнения контракта является практикуемый в ряде юридических систем подход, в соответствии с которым исполнение контракта попросту прекращается, если только управляющий в деле о несостоятельности не примет решения о продолжении его исполнения.

уведомление о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения и о его правах в части предъявления требования (в частности, о сроках предъявления требования), а также предоставлена возможность опротестовать указанное решение [в суде].

Право контрагента требовать принятия решения

63) Невзирая на рекомендацию 60, законодательство должно позволять контрагенту просить управляющего в деле о несостоятельности (в пределах какого-либо конкретного срока) принять незамедлительные меры для вынесения решения в отношении контракта, а в случае непринятия управляющим в деле о несостоятельности указанных мер просить суд предписать управляющему в деле о несостоятельности принять решение о продолжении исполнения контракта или отказе от его исполнения.

Последствия непринятия решения

64) В законодательстве следует определить последствия непринятия управляющим в деле о несостоятельности в установленный срок решения по контрактам, о существовании которых он осведомлен. Непринятие управляющим в деле о несостоятельности мер в установленный срок не должно приводить к продолжению действия контракта, о существовании которого управляющий в деле о несостоятельности не был осведомлен⁶⁴.

Продолжение исполнения контрактов в случае нарушения со стороны должника

65) а) В законодательстве следует установить, что в случаях нарушения должником условий контракта управляющий в деле о несостоятельности вправе продолжить исполнение этого контракта при условии, что нарушение контракта устранено, экономическое положение стороны, не нарушившей контракт, в основном, приведено в состояние, имевшее место до нарушения, а имущественная масса в состоянии выполнить обязательства по контракту, исполнение которого продолжается.

б) В законодательстве следует установить, что в случаях нарушения должником условий контракта на оказание основных услуг⁶⁵ следует обеспечить продолжение предоставления этих услуг должнику, не требуя устранить нарушение, при условии, что имущественная масса в состоянии выполнить обязательства по контракту, исполнение которого продолжается.

Требования, связанные с контрактами, исполнение которых продолжается либо прекращено

66) В законодательстве следует установить, что в случаях принятия решения о продолжении исполнения контракта убытки от последующего нарушения контракта подлежат оплате в качестве административных расходов.

67) В законодательстве следует установить, что в период после открытия производства по делу о несостоятельности и до отказа от исполнения контракта:

⁶⁴ См. главу III.A.4b), касающуюся обязанности должника предоставлять информацию, в том числе перечень не полностью исполненных контрактов.

⁶⁵ В число основных услуг могут входить телефонная связь, электро-, газо- и водоснабжение, вывоз бытовых отходов. См. главу II.E.3c).

а) если контрагент осуществляет исполнение контракта к выгоде имущественной массы, выгоды, полученные имущественной массой в соответствии с условиями контракта, подлежат оплате в качестве административных расходов⁶⁶;

б) если управляющий в деле о несостоятельности использует активы, являющиеся собственностью третьей стороны и переданные в пользование должнику в соответствии с условиями контракта, упомянутой третьей стороне следует обеспечить защиту от обесценения этих активов, а к выгодам, полученным имущественной массой за счет использования этих активов, следует применять режим, описанный в пункте а).

68) В законодательстве следует установить, что размер убытков, причиненных отказом от исполнения контракта, заключенного до открытия производства, будет определяться в соответствии с применимым законодательством общего характера; таким убыткам следует предоставить статус обыкновенного необеспеченного требования. Требования в отношении отказа от исполнения долгосрочного контракта могут ограничиваться по закону.

Уступка контрактов

69) В законодательстве может быть предусмотрено, что управляющий в деле о несостоятельности может принять решение об уступке контракта, несмотря на содержащиеся в нем ограничения, при условии, что уступка будет выгодной для имущественной массы.

70) На случай, если контрагент возражает против уступки контракта, законодательство, тем не менее, может предоставить суду право утвердить уступку при условии, что:

а) управляющий в деле о несостоятельности решил продолжить исполнение контракта;

б) цессионарий способен исполнить обязательства по уступленному контракту;

с) уступка, в сущности, не ставит контрагента в невыгодное положение.

71) В законодательстве может быть установлено, что в случае уступки контракта цессионарий заменяет должника в качестве стороны контракта, начиная с даты уступки.

Контракты, заключенные после открытия производства по делу

72) В законодательстве следует установить, что контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности, представляют собой обязательства имущественной массы, наступившие после открытия производства. Требования, возникающие в связи с этими контрактами, подлежат оплате в качестве административных расходов.

⁶⁶ См. главу V.C.

F. Процедура расторжения сделок

1. Введение

295. Производство по делу о несостоятельности (как ликвидационное, так и реорганизационное) может быть открыто по истечении продолжительного срока после того, как для должника впервые станет очевидной неизбежность такого результата. В течение этого промежуточного периода должник может располагать значительными возможностями для того, чтобы попытаться скрыть свои активы от кредиторов, взять на себя искусственные обязательства, пожертвовать средства либо передать их в дар родственникам и друзьям, либо произвести платежи одним кредиторам в ущерб другим. В то же время кредиторы могут обладать значительными возможностями для принятия стратегических мер, с тем чтобы оказаться в выигрышном положении. С точки зрения последующего производства по делу о несостоятельности в результате таких действий в невыгодном положении, как правило, оказываются обычные необеспеченные кредиторы, которые в этих действиях участия не принимали и не пользуются защитой в виде обеспечения.

296. В настоящем разделе под термином "сделка", как правило, понимается широкий спектр юридических действий, посредством которых может осуществляться отчуждение активов или приобретение обязательств, включая передачу, платеж, обеспечительный интерес, гарантию, ссуду, возврат либо совокупность различных видов таких сделок.

297. В законодательстве многих стран о несостоятельности содержатся положения, действующие ретроактивно с определенного момента в прошлом (например, момента подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или момента открытия такого производства) в течение установленного периода (зачастую именуемого подозрительным периодом). Они направлены на расторжение ранее совершенных сделок, стороной которых являлся неплатежеспособный должник, или сделок с имуществом должника, если такие сделки повлекли за собой определенные последствия. Такие последствия включают сокращение общей стоимости активов должника (например, если активы передаются в дар, уступаются или продаются дешевле их справедливой рыночной стоимости) или нарушение принципа равного распределения выплат между кредиторами одной и той же очереди (например, в результате выплаты долга определенному необеспеченному кредитору или предоставления обеспечения кредитору, который в ином случае оставался бы необеспеченным, при том, что другим необеспеченным кредиторам выплат не производится и они по-прежнему являются необеспеченными). Законодательство, не касающееся несостоятельности, также во многих случаях трактует такого рода сделки как наносящие ущерб кредиторам вне контекста несостоятельности. В некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности может в дополнение к положениям законодательства о несостоятельности использовать и упомянутые выше законы, не касающиеся несостоятельности.

298. Общепринятый принцип законодательства о несостоятельности состоит в том, что с точки зрения максимального наращивания объема доступных кредиторам активов коллективные действия кредиторов эффективнее порядка, основанного на праве каждого кредитора самостоятельно добиваться возмещения, и что коллективные действия предполагают предоставление равного режима кредиторам, обладающим равными правами. Положения о полномочиях на расторжение сделок разработаны именно для того, чтобы поддержать эти коллективные цели, обеспечить получение кредиторами справедливой доли активов несостоятельного должника,

распределяемых в соответствии с установленной очередностью платежей, и сохранить целостность имущественной массы. Кроме того, положения о расторжении сделок могут оказывать сдерживающее воздействие, если кредиторам известно, что с открытием производства по делу о несостоятельности их действия, направленные на получение возмещения в индивидуальном порядке в период, предшествовавший открытию производства по этому делу, могут быть отменены, а их результаты объявлены ничтожными, это удерживает кредиторов от подобных шагов. По этим причинам при несостоятельности, как правило, предусматривается возможность расторжения сделок для предупреждения мошенничества (например, сделки, направленные на сокрытие активов в целях последующего использования в интересах должника или должностных лиц, собственников или директоров предприятия должника); для содействия обеспечению прав кредиторов в целом; для обеспечения равного режима для всех кредиторов путем предупреждения фаворитизма, когда должник стремится предоставить преимущества некоторым кредиторам за счет остальных; для предупреждения внезапного сокращения стоимости активов коммерческого предприятия непосредственно до введения надзора в рамках производства по делу о несостоятельности и в некоторых странах для создания возможности внесудебного урегулирования: кредиторам будет известно, что совершенные в последний момент сделки или изъятия активов могут быть аннулированы, и в силу этого они будут готовы работать совместно с должниками для выработки приемлемого урегулирования без вмешательства суда.

299. Независимо от обоснования необходимости положений о расторжении сделок, важно иметь в виду тот факт, что действие этих положений может распространяться на многие сделки, которые являлись бы вполне естественными и приемлемыми вне контекста несостоятельности, но которые становятся подозрительными, только если они заключаются в непосредственной временной близости от момента открытия производства по делу о несостоятельности. Полномочия на расторжение сделок не направлены на то, чтобы заменить или иным образом воздействовать на другие средства защиты интересов кредиторов, доступные в соответствии с общими нормами гражданского или торгового права.

300. Нормы, регулирующие расторжение сделок, активно обсуждаются, особенно с точки зрения их практической эффективности и в некоторой степени условных правил, необходимых для определения, например, соответствующих сроков и характера сделок, которые могут расторгаться. Тем не менее положения о расторжении сделок могут играть важную роль в законодательстве о несостоятельности не только в силу обоснованности доктрины, на которую они опираются, но и потому, что такие положения могут обеспечить возврат активов или их стоимости в интересах кредиторов в целом, и потому, что положения такого рода способствуют созданию кодекса справедливого коммерческого поведения, являющегося частью стандартов надлежащего управления коммерческими предприятиями. Следует отметить, что в контексте международных отношений у юрисдикций, в которых законодательство о несостоятельности не предусматривает возможности расторжения определенных видов сделок, могут возникнуть трудности с признанием производства и сотрудничеством с судами и специалистами по делам о несостоятельности в юрисдикциях, в которых законодательство допускает расторжение этих видов сделок.

301. Как и в случае с рядом других ключевых положений законодательства о несостоятельности, при разработке положений о расторжении сделок необходимо в равной степени учесть несовпадающие общественные выгоды, такие как, с одной стороны, потребность в широких полномочиях для максимизации стоимости

имущественной массы в интересах всех кредиторов, а с другой – предсказуемость и определенность договоров, которая может быть поставлена под вопрос. Может также понадобиться сбалансировать легко доказываемые критерии расторжения, применение которых приведет к расторжению большого количества сделок, и более узкие критерии расторжения, которые сложнее доказать и которые ограничивают количество успешно расторгаемых сделок. В целях минимизации возможности отрицательного воздействия полномочий по расторжению сделок на предсказуемость и определенность договоров желательно разработать как можно более четкие критерии определения категорий сделок, которые могут быть расторгнуты (независимо от того, будет ли это определение "широким" или "узким"), и осуществления полномочий по расторжению сделок, что позволит установить степень делового и коммерческого риска.

302. Для принятия решения относительно необходимости открытия производства по делу о расторжении сделок требуется взвесить ряд различных соображений, относящихся в основном к затратам и вероятной выгоде. В случае проведения мероприятий по восстановлению стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности необходимо определить, принесет ли расторжение сделки выгоду или ущерб для имущественной массы (к примеру, если предъявление иска о расторжении сделки может нарушить предложения о реорганизации, в особенности когда иск предъявляется кредиторами без согласия управляющего в деле о несостоятельности); оценить вероятные затраты для имущественной массы; вероятность возмещения стоимости для имущественной массы; возможные задержки в возмещении; а также трудности, связанные с доказыванием критериев, необходимых для расторжения конкретной сделки.

2. Критерии расторжения сделок

303. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусмотрены существенно различающиеся подходы к установлению критериев, касающихся процедуры расторжения сделок, с точки зрения конкретных критериев и их сочетания в каждой правовой системе. С точки зрения применимых критериев их можно условно разделить на объективные и субъективные критерии.

а) Объективные критерии

304. В рамках одного из подходов подчеркивается необходимость использования обобщенных, объективных критериев для определения того, какие сделки могут быть расторгнуты. При этом вопрос будет, например, состоять в том, совершена ли сделка в течение подозрительного периода, либо обладает ли сделка какой-либо из общих характеристик, установленных законодательством (например, была ли надлежащей цена, по которой были переданы активы или приобретены обязательства, наступил ли срок погашения долга или исполнения обязательства, существовали ли особые взаимоотношения между сторонами сделки). Хотя такие обобщенные критерии, возможно, и легче применять, чем критерии, опирающиеся на доказательства, скажем, наличия умысла, использование исключительно таких критериев может привести к получению произвольных результатов. Так, например, законные и полезные сделки, совершенные в течение оговоренного периода, могут подлежать расторжению, в то время как мошеннические или преференциальные сделки, заключенные за пределами этого периода, окажутся защищенными.

b) Субъективные критерии

305. В рамках другого подхода основное внимание уделяется таким конкретизированным, субъективным критериям, как наличие доказательств намерения укрыть активы от кредиторов, несостоятельность должника в момент совершения сделки или наступление его несостоятельности в результате сделки, несправедливый характер сделки в отношении некоторых кредиторов, а также осведомленность контрагента о том, что должник был несостоятелен в момент совершения сделки или станет несостоятельным в результате сделки. Такой индивидуализированный подход может потребовать тщательного рассмотрения вопроса о намерениях сторон сделки и других факторов, таких как финансовое положение должника на момент совершения сделки, финансовое воздействие сделки на активы должника и на возможный ход обычных коммерческих операций между должником и отдельными кредиторами.

c) Сочетание критериев

306. Лишь в немногих странах законодательство о несостоятельности опирается исключительно на субъективные критерии в качестве основы применения положений о расторжении сделок; как правило, такие критерии используются в сочетании с установленным сроком, в течение которого должны были произойти сделки. В некоторых странах широкое использование субъективных критериев вызвало многочисленные судебные тяжбы и повлекло за собой значительные расходы для имущественной массы. Чтобы избежать таких расходов, в законодательстве некоторых стран с недавних пор применяется строго объективный подход, предусматривающий установление короткого подозрительного периода продолжительностью, например, в три-четыре месяца, в некоторых случаях сочетающегося с дискреционным правилом, согласно которому все сделки, совершенные в течение этого срока, будут считаться подозрительными, если только не имел места практически одновременный обмен стоимостью между сторонами сделки. Кроме того, этот непродолжительный подозрительный период может быть использован для установления презумпции наличия соответствующего умысла или осведомленности, особенно о несостоятельности, у должника, либо у приобретателя активов, либо у обеих сторон сделки. В законодательстве некоторых стран используется двухуровневый подход: расторгаются все сделки, заключенные в течение определенного непродолжительного промежутка времени, а расторжение сделок, заключенных в течение некоего более продолжительного промежутка времени, возможно только при получении определенных дополнительных доказательств. Таким образом, в законодательстве может быть установлено, например, что для расторжения сделки определенного вида, заключенной, скажем, в период шести месяцев до открытия производства по делу о несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности достаточно доказать, что характер данной сделки соответствует определению, содержащемуся в законе, и что она была совершена в течение вышеупомянутого промежутка времени. Возражения контрагента во внимание не принимаются. Применительно к сделкам, совершенным, например, в течение года до начала производства, управляющий в деле о несостоятельности обязан доказать, что данная сделка не является обычной коммерческой операцией, что она, например, создает контрагенту льготные условия. Чтобы отклонить иск о расторжении сделки, контрагент должен представить обоснованные аргументы в подтверждение ее законности.

307. В законодательстве о несостоятельности ряда стран сочетание этих различных подходов применяется в отношении различных видов сделок. Например,

преференциальные сделки и сделки с заниженной стоимостью могут быть определены путем ссылки на объективные критерии, а сделки, направленные на то, чтобы воспрепятствовать действиям кредиторов или затруднить такие действия, будут определены путем ссылки на более субъективные элементы, связанные с вопросом умысла со стороны как должника, так и контрагента. В законодательстве одной из стран о несостоятельности, где используется сочетание таких элементов, предусматривается, например, что такие сделки, как дарение, обеспечение имеющихся долгов и необычные платежи (платежи, не произведенные с использованием обычных платежных средств, или досрочные платежи), могут быть расторгнуты, если они были совершены в течение трех месяцев, предшествующих открытию производства. Другие сделки могут быть аннулированы, если должник был несостоятелен в момент совершения сделки, сделка являлась несправедливой или ненадлежащей в отношении группы кредиторов и контрагенту было известно, что на момент совершения сделки должник был несостоятелен.

d) Обычные коммерческие операции

308. Следует особо отметить, что при определении критериев расторжения сделок в законодательстве о несостоятельности многих стран применяется концепция "обычных коммерческих операций", так что описанный выше нетрадиционный платеж может подлежать аннулированию. Эта концепция имеет прямое отношение к режиму несостоятельности и в более широком плане, так как может применяться для проведения различий между осуществлением полномочий на использование активов и распоряжение ими в ходе производства о несостоятельности в рамках "обычных коммерческих операций" и при иных обстоятельствах, с точки зрения как круга лиц, обладающих такими полномочиями, так и необходимых защитных мер.

309. В различных странах при определении понятия "обычные коммерческие операции" различные аспекты акцентируются в различной степени. Вместе с тем общепринятой целью определения этого понятия в большинстве правовых систем является обеспечение коммерческому предприятию возможности осуществить или продолжать осуществлять обычные платежи в рамках его коммерческой деятельности, не подвергая такие сделки опасности расторжения. К таким разрешенным платежам могут относиться арендные платежи, расчеты за коммунальные услуги – такие как энергоснабжение и телефонная связь, – а также, возможно, и оплата поставок сырья и материалов для коммерческой деятельности предприятия.

310. В законодательстве некоторых стран особое внимание уделяется действиям сторон в прошлом, особенно в части методов, объемов и регулярности поставок и выплат. В таком случае любое отклонение от условий контракта, традиции или обычной практики делового оборота между сторонами – например, проведение платежа нетрадиционным способом – будет считаться выходящим за рамки "обычных коммерческих операций". Другой подход заключается в сосредоточении внимания на намерениях одной или обеих сторон: выяснении вопроса о том, знали ли – или должен был знать – кредитор о финансовом положении должника или о намерении должника оказать определенному кредитору предпочтение перед остальными.

311. Еще один подход состоит в применении к конкретной сделке и обстоятельствам ее заключения норм, основанных на практике делового оборота в отрасли или экономике в целом. Согласно законодательству некоторых других

стран, нетрадиционным считается любой платеж, сумма которого превышает определенную долю стоимости активов должника.

312. Важно, чтобы при определении соответствия сделки понятию "обычных коммерческих операций" был обеспечен баланс между гибкостью подхода (позволяющей не ограничивать необоснованным образом развитие новых черт делового оборота) и первостепенным требованием конкретности.

е) Защитный механизм

313. В случаях, когда законодательство о несостоятельности обеспечивает отдельным контрагентам возможность защиты от расторжения сделок, такой защитный механизм потенциально способен "размыть" основную цель положений о расторжении, снизить их действенность. Защитный механизм, содержащий элементы, которые могут быть оспорены, например соответствие сделки понятию "обычных коммерческих операций" и добросовестность действий контрагента, способен создать неопределенность для всех сторон и может потребовать судебного определения. Вероятность возникновения такой неопределенности может существенно возрасти в случае, если суды начнут давать расширительное толкование этого механизма в пользу контрагентов, следствием чего станет неспособность или нежелание управляющих в делах о несостоятельности применять положения о расторжении сделок в качестве эффективного инструмента в производстве по делам о несостоятельности, будь то из-за высоких издержек или из-за неэффективности и непредсказуемости процедуры. Возможность возникновения таких трудностей подчеркивает желательность установления в законодательстве о несостоятельности четких и предсказуемых критериев расторжения сделок и защитных механизмов, позволяющих всем сторонам оценить потенциальные риски и избежать споров, например объективных критериев, нацеленных на последствия или результаты сделок, а не на намерения сторон. В случае использования таких понятий, как "обычные коммерческие операции", следует включить в законодательство о несостоятельности их четкое определение и уточнить их пределы.

3. Категории сделок, подлежащих расторжению

314. В широком смысле, общими для большинства правовых систем являются три категории сделок, подлежащих расторжению, которые, несмотря на различия в их определении, используются в настоящем Руководстве в качестве основы для обсуждения. К их числу относятся: сделки, совершенные с намерением воспрепятствовать, затруднить или затянуть действия кредиторов по удовлетворению своих требований, сделки по заниженной стоимости и сделки с некоторыми кредиторами, которые могут рассматриваться в качестве преференциальных. В зависимости от конкретных обстоятельств каждой сделки, в некоторых из них могут сочетаться характерные черты нескольких различных категорий сделок. Например, сделки, представляющиеся на первый взгляд преференциальными, скорее могут носить характер сделок, совершенных с намерением затруднить или задержать усилия кредиторов или воспрепятствовать таким усилиям, если целью сделки является выведение активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора или нанесение иного ущерба интересам такого кредитора, или эти сделки совершаются, когда должник будет не в состоянии платить по своим обязательствам по мере наступления срока их погашения, или если в результате этих сделок у должника не останется достаточных активов для продолжения коммерческой деятельности. Аналогичным образом

сделки, совершенные по заниженной стоимости, могут также быть преференциальными, если они заключены с кредиторами, а не с третьими сторонами; когда же налицо намерение затруднить или задержать действия кредиторов либо воспрепятствовать им, они подпадают под первую категорию сделок. В подобных случаях управляющий по делу о несостоятельности должен иметь возможность выбрать категорию, по которой может расторгаться конкретная сделка, и таким образом воспользоваться разнообразием требуемых доказательств и применяемых обычно подозрительных периодов.

315. Для достижения максимально возможной ясности и определенности и во избежание ненужных накладок желательно, чтобы при определении категорий сделок, подлежащих расторжению, в законодательстве о несостоятельности вместо использования таких широких определений, как "мошеннические" или "преференциальные" сделки, указывались конкретные характеристики сделки (включая ее последствия), имеющие важное значение для принятия решения о ее расторжении.

а) Сделки, совершенные с намерением затруднить или задержать действия кредиторов или воспрепятствовать таким действиям

316. Сделки, относящиеся к этой категории, совершаются должником, который переводит активы какой-либо третьей стороне, намереваясь вывести их за пределы досягаемости кредиторов; при этом, как правило, имеется в виду, что третьей стороне было известно или должно было быть известно о намерениях, с которыми должник совершал такую сделку. Обычно такие сделки ставят в невыгодное положение всех необеспеченных кредиторов. Подобные сделки, как правило, не могут автоматически расторгаться при помощи использования объективного критерия установленного периода времени, в течение которого была совершена сделка, в связи с необходимостью доказывания намерения должника. Прямыми доказательствами такого намерения подтверждается редко; речь скорее может идти об установлении обстоятельств, являющихся общими для таких видов сделок. Хотя такие обстоятельства в различных правовых системах не совпадают, существует ряд общих признаков, включая следующие:

- i) взаимоотношения между сторонами сделки, если сделка была осуществлена с лицом, связанным с должником, – непосредственно либо через третью сторону;
- ii) стоимость сделки является номинальной или недостаточной;
- iii) финансовое положение должника как до, так и после заключения сделки, особенно в случаях, когда должник уже являлся несостоятельным либо стал несостоятельным после совершения сделки;
- iv) существование системы или серии сделок, связанных с переводом некоторых или практически всех активов должника, которые совершаются после возникновения финансовых трудностей или опасности процессуальных действий со стороны кредиторов;
- v) общий хронологический порядок расследуемых событий и сделок, например, в случае осуществления сделки вскоре после принятия должником на себя значительного долга;

vi) сокрытие должником сделки, особенно в тех случаях, когда это выходит за рамки обычных коммерческих операций, либо участие в сделке фиктивных сторон; или

vii) должник скрывается.

317. В законодательстве некоторых стран также конкретизируются обстоятельства, при которых может возникать презумпция умысла, либо виды сделок, при которых предполагается наличие умысла или недобросовестности, например сделки с связанными с должником лицами, совершаемые в течение оговоренного промежутка времени, предшествующего открытию производства (дополнительно рассматривается ниже). В соответствии с законодательством других стран, достаточным основанием для расторжения сделки может служить то, что должник мог и, следовательно, должен был отдавать себе отчет в том, что последствия, если не цель, какой-либо сделки могут нанести ущерб кредиторам и что бенефициар мог и, следовательно, должен был отдавать себе отчет в том, что действия должника могут привести к таким последствиям. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что определенные операции, такие как передача правового титула на землю, не подлежат расторжению в рамках такой категории сделок, если такая передача была осуществлена добросовестно за надлежащую цену лицу, которое не получало уведомления или не знало о каком-либо умысле на мошенничество в отношении кредиторов.

b) Сделки по заниженной стоимости

i) Критерии

318. Должник, нуждающийся в наличности, может быстро распродать активы по цене существенно ниже их реальной стоимости в целях оперативного получения средств, не имея никакого намерения препятствовать или задерживать платежи кредиторам. Результатом этого, однако, может быть явное сокращение объема доступных кредиторам активов. По этой причине законодательство многих стран о несостоятельности уделяет особое внимание эквивалентности стоимости сделки и устанавливает, что сделки обычно могут быть расторгнуты в тех случаях, когда стоимость, полученная должником в результате сделки с третьей стороной, является нулевой, либо номинальной (например, дарение), либо намного ниже истинной или рыночной стоимости переданных активов или приобретенных обязательств, при условии, что сделка совершена в течение подозрительного периода. Законодательство других стран также содержит требование о необходимости установления факта катастрофических последствий сделки для должника: например, вследствие сделки капитал должника сократился до неоправданно низкого уровня, должник являлся несостоятельным в момент совершения сделки либо его несостоятельность наступила в результате этой сделки. В категорию сделок по заниженной стоимости входят также сделки с участием как кредиторов, так и третьих сторон.

319. Важное значение применительно к этим видам сделок имеет вопрос о том, что представляет собой занижение стоимости сделки, достаточное для ее расторжения, и как это занижение определить. Во многих странах определение занижения оставляют на усмотрение судов, руководствующихся такими ориентирами, как разумная либо рыночная стоимость в момент совершения сделки, определяемая на основании соответствующих экспертных заключений. Если же точные сведения о соответствующей стоимости сделки отсутствуют, суду может помочь, например,

примерная оценка ее стоимости управляющим в деле о несостоятельности, которую контрагент по данной сделке вправе оспорить, представив дополнительные доказательства. Кроме того, не обязательно требовать от суда самостоятельной оценки стоимости сделки: ему можно предоставить полномочия определять способ оценки ее стоимости. Поскольку доказать факт занижения стоимости сделки не просто, то, если она была заключена в момент, когда компания была не в состоянии в срок рассчитаться с долгами, в некоторых правовых системах может оказаться проще расторгнуть такую сделку, как преференциальную по своим последствиям. Помимо этого, в законодательстве некоторых стран менее, чем справедливое встречное удовлетворение или его отсутствие считается доказательством того, что сделка осуществлена с целью подорвать положение кредиторов, воспрепятствовать их действиям или отсрочить платежи в их пользу.

ii) Защитный механизм

320. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что такие виды сделок не подлежат расторжению в случае соблюдения определенных условий, таких как добросовестные действия бенефициара, совершение сделки в целях осуществления коммерческой деятельности должника, наличие разумных оснований полагать, что сделка отвечает интересам обычной коммерческой деятельности должника, а в случаях, когда соответствующим требованием является прекращение выплат, – превышение стоимости активов должника над суммой его обязательств в момент совершения сделки (т. е. его платежеспособность).

с) Преференциальные сделки

i) Критерии

321. Преференциальные сделки могут подлежать расторжению в тех случаях, когда: i) сделка совершена в течение подозрительного периода, ii) сделка связана с передачей активов кредитору в счет прежней задолженности и iii) в результате этой сделки кредитор получает более высокую процентную долю суммы своего требования в активах должника, чем другие кредиторы той же очереди или категории (иными словами, преференцию). В законодательстве многих стран о несостоятельности также содержится условие о несостоятельности или наступающей несостоятельности должника в момент совершения сделки, а в законодательстве некоторых стран – также условие о намерении должника создать такую преференцию. Основание для включения таких видов сделок в сферу действия положений о расторжении состоит в следующем: если они совершаются в период, непосредственно предшествующий открытию производства, в этот момент факт наступления несостоятельности уже является весьма вероятным, и они противоречат ключевой цели обеспечения равного режима кредиторам, находящимся в одинаковом положении, поскольку в результате такой сделки один из таких кредиторов получит больше, чем мог бы в противном случае получить по закону.

322. В число примеров преференциальных сделок могут входить выплата или списание долгов, срок погашения которых еще не наступил; совершение действий, которые должник не обязан совершать; предоставление обеспечения в отношении существующих необеспеченных долгов; нетрадиционные – неденежные – методы платежа по долгам, срок погашения которых наступил; выплата долга в существенном объеме в сравнении с активами должника; а при некоторых

обстоятельствах – выплата долгов в ответ на исключительное давление со стороны кредитора, например, в виде судебного преследования или наложения ареста при сомнительных основаниях для такого давления. Зачет, который сам по себе не подлежит расторжению, может рассматриваться в качестве сделки, наносящей ущерб, если он происходит в течение короткого промежутка времени, предшествующего подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, и приводит к изменению соотношения задолженности различным сторонам, создавая определенные преференции, либо если он связан с передачей или уступкой требований одним кредитором другому, с тем чтобы расширить возможности для осуществления зачета. Зачет также может быть аннулирован в случае, если он происходит при необычных обстоятельствах, например если стороны зачета не связаны между собой договорными отношениями.

ii) Защитный механизм

323. Одним из возражений против утверждения о преференциальном характере сделки может быть доказательство того, что сделка, хотя она и содержит элементы преференций, на самом деле является обычной коммерческой операцией, и в частности обычной коммерческой операцией между сторонами сделки. Например, платеж, произведенный при получении товаров, которые поставляются и оплачиваются на регулярной основе, не может быть преференциальным, даже если он произведен незадолго до открытия производства по делу о несостоятельности. Такой подход поощряет поставщиков товаров и услуг к сохранению коммерческих отношений с должником, который может испытывать финансовые трудности, но по-прежнему потенциально является жизнеспособным. Другие возражения, предусмотренные в законодательстве о несостоятельности (в зависимости от применяемых критериев расторжения сделок), включают в себя следующее: бенефициар предоставил должнику кредит после совершения сделки, и такой кредит остался невыплаченным (возражение ограничено суммой нового кредита); бенефициар предоставил должнику новые ценности, под которые не получил обеспечения; бенефициар может доказать, что ему не было известно о возможности создания преференции; бенефициару не было известно или не могло быть известно о том, что в момент совершения сделки должник был несостоятелен; либо что в момент совершения сделки стоимость активов должника превышала сумму его обязательств.

d) Обеспечительные интересы

324. Хотя обеспечительные интересы, являющиеся действительными и подлежащими исполнению согласно законам, допускающим предоставление обеспечительного интереса кредиторам, обычно должны рассматриваться как действительные согласно законодательству о несостоятельности, они могут, тем не менее, быть аннулированы в рамках производства по делу о несостоятельности на тех же основаниях, на которых могут быть оспорены и расторгнуты любые другие сделки. Целью такого подхода является недопущение обременения неплатежеспособным должником принадлежащих ему активов, за исключением случаев предоставления обеспечительного интереса в отношении вновь выделяемых заемных средств. В противном случае обремененные активы будут, в общем и целом, недоступны кредиторам, а на использование их должником будут наложены ограничения. Сделка по предоставлению обеспечения может быть аннулирована как осуществляемая с целью подорвать положение кредиторов, воспрепятствовать их действиям или задержать платежи в их пользу либо как преференциальная или

совершенная по заниженной стоимости. Во многих случаях речь будет идти о преференциальной сделке, поскольку в ней участвует существующий кредитор. Например, предоставление обеспечительного интереса незадолго до открытия производства, которое в иных отношениях является действительным, может быть расценено как предоставление несправедливых выгод определенному кредитору за счет остальных кредиторов. В тех случаях, когда обеспечительный интерес предоставлен для обеспечения уже существующего долга или на основе прежнего встречного удовлетворения (что допускается в некоторых, однако не во всех правовых системах), он может быть также признан недействительным как создающий несправедливые преимущества для конкретного кредитора. Платежи, полученные обеспеченным кредитором, могут рассматриваться как преференциальные (по меньшей мере, частично), если требование не полностью обеспеченного кредитора оплачено полностью в течение подозрительного периода. В случаях, когда обеспечительный интерес предоставляется новому кредитору, сделка может не быть преференциальной в том смысле, в котором это понятие применяется к данной категории сделок, но может подпадать под иную категорию. Есть примеры законов, содержащих положения, трактующие конкретные вопросы расторжения таких сделок, особенно в контексте предоставления обеспечительных интересов директорам (на что могут также распространяться положения о сделках с лицами, связанными с должником); к таким сделкам применяются иные критерии эквивалентной стоимости и определения подозрительного периода.

325. Положения о расторжении сделок могут также применяться к обеспечительному интересу, который не был формализован согласно соответствующему законодательству об обеспеченных сделках, а в соответствии с законодательством некоторых стран, – и к обеспечительному интересу, формализованному в течение непродолжительного периода, предшествующего открытию производства, а также к выплатам в пользу обеспеченного кредитора средств, полученных от использования обремененного актива, если сделка по созданию обеспеченного интереса была нечистоплотной.

е) Сделки с лицами, связанными с должником

326. Как указано выше, одним из критериев, относящихся к расторжению определенных сделок, являются взаимоотношения между должником и контрагентом. В тех случаях, когда в сделках, подлежащих расторжению, участвуют связанные с должником лица (иногда именуемые также аффилированными лицами или "инсайдерами"), в законодательстве о несостоятельности нередко предусматриваются более жесткие нормы, особенно в отношении продолжительности подозрительных периодов и режима в отношении любого требования лица, связанного с должником (см. главу V.A), а также презумпции либо перенос бремени доказывания (см. ниже) в целях облегчения процедуры расторжения сделки и снятия условия о несостоятельности должника в момент совершения сделки или наступления его несостоятельности в результате совершения такой сделки. Установление более жесткого режима может быть оправдано на том основании, что вероятность предпочтительного отношения к этим лицам является более высокой, и они имеют больше возможностей первыми узнать о том, когда должник начинает испытывать финансовые трудности.

327. Лица, связанные с должником, определяются, как правило, по различным уровням связей с должником. В большинстве правовых систем лицами, связанными с должником, считаются лица, имеющие в той или иной форме корпоративные или семейные связи с должником. В законодательстве обычно, но не всегда, применяется

предписательный подход. Что касается лиц, находящихся в той или иной форме коммерческих отношений с должником, то в рамках узкого подхода под эту категорию подпадают директора или руководство предприятия должника, а под более широкое определение могут подпадать не только лица, осуществляющие фактический контроль над должником, но и, возможно, все служащие должника и гаранты долгов любого лица, имеющего коммерческую связь с должником. Аналогичным образом семейные связи могут, по определению, охватывать родственников по крови или браку и даже, согласно законодательству некоторых стран, лиц, проживающих в том же домашнем хозяйстве, что и должник, а также лиц, распоряжающихся имуществом на началах доверительной собственности, бенефициаром которой является должник или связанное с ним лицо. Родственники лиц, имеющих коммерческие связи с должником, также обычно считаются лицами, связанными с должником. Важным элементом во многих правовых системах является включение в число связанных с должником лиц тех лиц, которые вступали в соответствующие взаимоотношения с должником в прошлом или могут вступить в соответствующие взаимоотношения с ним в будущем.

328. В случаях, когда должник является физическим лицом, может применяться и иное законодательство (например, регулирующее режим собственности супругов), способное влиять на применение законодательства о несостоятельности в части подлежащих расторжению сделок, дополняя либо ограничивая положения законодательства о несостоятельности относительно расторжения сделок. Желательно обеспечить взаимную согласованность этих законов и четко указывать в законодательстве о несостоятельности на какое-либо влияние, оказываемое на него иным законодательством.

4. Сделки, не подпадающие под действие положений по расторжению сделок

329. Возможно, было бы желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности конкретные исключения из положений о расторжении сделок применительно к определенным видам сделок. Это может касаться сделок, совершаемых в ходе осуществления плана реорганизации, включая сделки, относящиеся к финансированию после открытия производства, выплаты, производимые в соответствии с одобренным судом планом в рамках ускоренной реорганизации, либо выплаты, производимые в рамках добровольного соглашения о реструктурировании задолженности (заключенном между должником и, по меньшей мере, большинством необеспеченных кредиторов), в случаях, когда реализация такого плана или соглашения не приносит успехов и производство впоследствии преобразуется в ликвидационное, либо, в случае достижения компромиссного соглашения между должником и кредиторами, начинается ликвидационное производство. Из-под действия положений о расторжении сделок следует также вывести сделки, имеющие важное значение для функционирования финансовых рынков, такие как взаимозачеты при закрытии контрактов, касающихся ценных бумаг и производных инструментов (см. главу II.H).

5. Последствия расторжения – ничтожные сделки или сделки, признаваемые ничтожными

330. Если сделка относится к одной из категорий сделок, подлежащих расторжению, то в соответствии с законодательством о несостоятельности она либо автоматически признается ничтожной, либо может быть признана ничтожной, в зависимости от критерия, принятого в отношении каждой категории сделок. Например, в законодательстве, касающемся только сделок, совершенных в течение

определенного фиксированного срока, и не предусматривающем никакого субъективного критерия, в некоторых случаях конкретно указывается, что соответствующие сделки будут признаваться ничтожными. Однако даже в том случае, если применяется такой подход, но контрагент не обеспечил возвращения активов, управляющий в деле о несостоятельности может быть вынужден открыть производство для возвращения контрагентом активов или эквивалентной им стоимости.

331. Согласно тем законам, в силу которых сделка может быть расторгнута, управляющий в деле о несостоятельности должен будет принять решение о том, будет ли расторжение сделки выгодным для имущественной массы с учетом элементов каждой категории сделок, подлежащих расторжению, а также возможных задержек в возвращении соответствующих активов или стоимости активов и возможных судебных издержек. Такие дискреционные полномочия, как правило, предоставляются с учетом обязанности управляющего в деле о несостоятельности добиваться максимизации стоимости имущественной массы, и он может нести ответственность за непринятие надлежащих мер.

6. Установление подозрительного периода

332. В законодательстве большинства стран о несостоятельности конкретно оговаривается продолжительность подозрительного периода в отношении конкретных видов сделок, подлежащих расторжению, и определена дата, начиная с которой такой период рассчитывается ретроактивно. Речь может идти об определенном числе дней или месяцев, предшествующих какой-либо конкретной дате или событию, например, подаче заявления об открытии производства, открытию производства по делу о несостоятельности или дате, объявленной о решении суда датой прекращения должником оплаты своих долгов в обычном порядке ("дата прекращения платежей"). Установленные законодательством событие или дата зависят и от других особенностей режима производства по делам о несостоятельности, например от условий начала производства и возможного затягивания открытия производства по делу о несостоятельности после подачи заявления об открытии такого производства. Например, если производство по делу обычно открывается лишь спустя несколько месяцев после подачи заявления, а подозрительный период представляет собой фиксированный промежуток времени, отсчитываемый назад от момента открытия производства, то несколько месяцев из этого периода попадут на промежуток времени между подачей заявления и открытием производства, что ограничит потенциальную эффективность полномочий по расторжению сделок. Если же при подаче заявления производство по делу возбуждается автоматически, такой задержки не возникнет. Чтобы урегулировать ситуации, чреватые затягиванием открытия производства по делу после подачи заявления об открытии такого производства, в законодательстве о несостоятельности возможно предусмотреть расчет подозрительного периода ретроактивно, начиная с момента подачи заявления, а к сделкам, осуществляемым в период между подачей заявления и открытием производства по делу, применить иной подход, например считать их мошенническими либо осуществляемыми в рамках обычных коммерческих операций, либо – в случае назначения временного управляющего в деле о несостоятельности – несанкционированными (см. главу II.B). Если же производство по делу возбуждается вскоре после подачи заявления, подозрительный период возможно рассчитывать ретроактивно, начиная с момента открытия производства по делу.

333. С этим связан вопрос о возможности продления оговоренного в законодательстве о несостоятельности подозрительного периода в судебном порядке в соответствующих ситуациях, например когда в результате сделок, заключенных вне оговоренного подозрительного периода, но при сомнительных обстоятельствах, имущественная масса сокращается. Хотя использование дискреционного подхода может создать возможности для проявления определенной гибкости в том, что касается сделок, на которые должно распространяться действие положений о расторжении, он также может привести к задержкам в производстве и не дает кредиторам предсказуемые или прозрачные ориентиры относительно того, какие сделки, вероятнее всего, будут расторгнуты. Порядок, при котором по усмотрению суда могут быть расторгнуты сделки, совершенные в течение некоего неоговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности, может привести к снижению надежности коммерческих и финансовых операций. По этим причинам желательно ограничивать продление подозрительного периода сделками, совершенными с намерением подорвать положение кредиторов, воспрепятствовать их действиям или задержать платежи в их пользу, когда вопросы коммерческой определенности вызывают меньшую обеспокоенность.

334. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается один подозрительный период для всех видов сделок, подлежащих расторжению, в то время как в законодательстве других стран установлены периоды разной продолжительности, в зависимости от вида сделки и того, является ли цессионарий лицом, связанным с должником. Как отмечалось выше, в законодательстве некоторых стран используется подход, основанный на сочетании непродолжительного подозрительного периода (сделки определенного характера, заключенные в течение этого периода, автоматически аннулируются, возражения сторон во внимание не принимаются) с более продолжительным (расторжение возможно только при предъявлении дополнительных доказательств). Поскольку некоторые сделки связаны с совершением умышленных противоправных действий, в законодательстве многих стран о несостоятельности срок, в течение которого такие виды сделок должны быть совершены, чтобы существовала возможность их расторжения, не ограничивается. Согласно законодательству других стран о несостоятельности, в таких случаях устанавливается весьма длительный подозрительный период (есть примеры его продолжительности от одного года до десяти лет), отсчитываемый, как правило, от даты открытия производства.

335. Если в преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделках участвуют кредиторы, не связанные с должником, то подозрительный период может быть относительно коротким, возможно, не более нескольких месяцев (например, от трех до шести месяцев). Однако если в сделках участвуют связанные с должником лица, во многих странах применяются более жесткие правила и более длительные подозрительные периоды (достаточно часто встречается, например, срок в два года – в отличие от трех–шести месяцев для сделок без участия лиц, связанных с должником).

7. Применение процедур расторжения сделок

а) Стороны, которые могут инициировать процедуру расторжения

336. Для расторжения той или иной сделки требуется, как правило, подать в суд заявление о признании сделки недействительной, и в законодательстве о несостоятельности приняты различные подходы к вопросу о том, кто вправе инициировать такую процедуру. Признавая ведущую роль управляющего в деле о

несостоятельности в управлении имущественной массой, законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает, что процедуру расторжения оговоренных сделок следует инициировать управляющему в деле о несостоятельности, однако, согласно законодательству некоторых из них, до начала любой процедуры управляющий в деле о несостоятельности должен получить согласие кредиторов или их большинства. Законодательство ряда стран позволяет инициировать процедуру расторжения сделок кредиторам (а в некоторых случаях – комитету кредиторов); при этом, согласно законодательству некоторых из этих стран, право это предоставляется только тем кредиторам, долг которым предшествовал совершению оспариваемой сделки. Законодательство некоторых стран, где кредиторы вправе инициировать эти процедуры, требует от них получения согласия управляющего в деле о несостоятельности. Если будет сочтено желательным предоставить кредиторам право на такие действия, условие о получении согласия управляющего в деле о несостоятельности обеспечит осведомленность управляющего в деле о несостоятельности о предложениях кредиторов и даст управляющему в деле о несостоятельности возможность отказать им в разрешении на начало процедуры расторжения сделки, предотвратив, таким образом, какое-либо негативное воздействие данной процедуры на управление имущественной массой.

337. В случаях, когда в ответ на обращение кредитора (кредиторов) управляющий в деле о несостоятельности отказывает ему (им) в согласии на начало процедуры расторжения сделки, законодательство некоторых стран предоставляет кредитору (кредиторам) возможность получить санкцию суда на начало такой процедуры. На заседании суда управляющий в деле о несостоятельности вправе изложить суду причины, по которым, по его мнению, сделку не следует расторгать. На этом заседании суд вправе санкционировать начало процедуры расторжения либо принять решение заслушать дело по существу. Такой подход может помочь снизить вероятность заключения различными сторонами всякого рода сепаратных сделок. В случаях, когда допускается инициирование процедур расторжения сделок кредиторами, законодательство ряда стран требует от кредиторов оплаты судебных издержек по любому иску либо допускает применение к кредиторам санкций в целях профилактики потенциального злоупотребления процедурой расторжения сделок со стороны кредиторов.

338. В случаях, когда начать процедуру расторжения уполномочен исключительно управляющий в деле о несостоятельности, но, учитывая весомость рассмотренных выше соображений (т.е. по иным причинам, нежели небрежность, недобросовестность либо бездействие⁶⁷, он принимает решение не начинать эту процедуру в отношении определенных сделок, в законодательстве о несостоятельности предусматриваются различные подходы к осуществлению и финансированию подобных процедур. Порядок их возможного финансирования может иметь особое значение при отсутствии в имущественной массе достаточных активов для этих целей (вопросы финансирования рассматриваются ниже). Что касается порядка осуществления подобных процедур, то, согласно некоторым законам, кредитор или комитет кредиторов вправе потребовать от управляющего в деле о несостоятельности приступить к процедуре расторжения сделок, если это представляется выгодным для имущественной массы, либо, при условии согласия других кредиторов, приступить к процедуре расторжения этих сделок вправе также сам кредитор или комитет кредиторов.

⁶⁷ Права и обязанности управляющего в деле о несостоятельности см. в главе III.B.

339. В тех случаях, когда кредиторам разрешается инициировать процедуру расторжения сделки, будь то наравне с управляющим в деле о несостоятельности или потому, что управляющий в деле о несостоятельности решает не инициировать эту процедуру, законодательство о несостоятельности по-разному трактует режим возвращенных активов или стоимости. Наиболее часто встречающаяся трактовка состоит в том, что активы или стоимость, возвращенные кредитором, считаются частью имущественной массы, поскольку главным обоснованием процедуры расторжения сделок является возвращение стоимости или активов в имущественную массу к выгоде всех кредиторов, а не создание выгод лишь для некоторых из них. Согласно законодательству других стран, все возвращенное таким образом может быть использовано в первую очередь для удовлетворения требования того кредитора, который предпринял соответствующие действия, либо очередность требования предпринявшего эти действия кредитора может быть изменена.

b) Финансирование процедуры расторжения сделок

340. Ключевым фактором, ограничивающим действенность положений о расторжении сделок, во многих странах было отсутствие средств на оспаривание сделок, потенциально подлежащих расторжению. Были выработаны различные подходы к решению проблемы финансирования. В ряде стран управляющему в деле о несостоятельности для открытия процедуры расторжения сделок предоставляются бюджетные средства, в то время как в других странах установлено, что подобные процедуры должны финансироваться за счет имущественной массы. Подобный подход может быть целесообразен при наличии достаточных средств, однако в некоторых обстоятельствах он способен помешать возвращению активов, выведенных из имущественной массы с конкретным намерением оставить в ней лишь малую толику активов – из которых и должно финансироваться их возвращение путем применения процедуры расторжения сделок. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности разрешается уступать право на начало такой процедуры на возмездной основе третьей стороне или обращаться к кредиторам за предоставлением в авансовом порядке средств, за счет которых может открываться процедура расторжения сделок. Очевидно, что в силу значительных различий между странами в части доступности бюджетных средств для финансирования процедуры расторжения сделок может оказаться оправданным применение некоторых из этих альтернативных механизмов. При отсутствии возможности финансировать процедуру расторжения за счет имущественной массы подобные альтернативные подходы могут представлять собой в соответствующих ситуациях эффективные средства восстановления стоимости имущественной массы, предотвращения злоупотреблений, расследования недобросовестной практики и содействия добросовестному управлению.

c) Предельные сроки возбуждения процедуры

341. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности установлены конкретные сроки, в пределах которых надлежит начинать процедуру расторжения сделок, а в законодательстве других стран какие-либо положения, касающиеся данного вопроса, отсутствуют. В законодательствах, устанавливающих конкретные промежутки времени, предусмотрено, например, что данную процедуру необходимо возбуждать в течение определенного периода после даты открытия производства по делу (например, три месяца или двенадцать месяцев) или до истечения определенного срока (например, шесть месяцев) после того, как управляющий в деле

о несостоятельности получил возможность выявить сделки, произвести их оценку и предъявить требования. Чтобы установить конкретные сроки в законодательстве о несостоятельности, а не использовать сроки, применимые согласно общему праву, желательно применить подход, основанный на сочетании различных промежутков времени, например фиксированного периода после открытия производства и фиксированного промежутка времени после выявления определенной сделки управляющим в деле о несостоятельности. Подобный подход характеризуется гибкостью, достаточной для принятия мер по сделкам, скрываемым от управляющего в деле о несостоятельности и выявленным лишь по истечении установленного срока.

d) Соответствие сделки критериям расторжения

342. Для установления признаков, требующих доказательства для расторжения конкретной сделки, в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. Применение того или иного подхода будет зависеть от того, насколько сбалансированы между собой задачи расторжения сделок, являющихся недобросовестными по отношению к имущественной массе или наносящих ей финансовый ущерб, с одной стороны, и задачи защиты коммерческих сделок, не считающихся неправомерными или вредными вне контекста несостоятельности.

343. В соответствии с законодательством некоторых стран бремя доказывания того, что соответствующая сделка не подпадает под какую-либо категорию сделок, подлежащих расторжению, несет должник. В законодательстве других стран о несостоятельности предусмотрено, что управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, которому разрешается оспорить сделку, например кредитору, требуется доказать, что сделка удовлетворяет критериям расторжения. Если подобные признаки включают в себя умысел, доказать его наличие зачастую бывает очень трудно, и сторона, на которой лежит бремя доказывания, чаще всего проигрывает дело. Для преодоления этой трудности законодательство некоторых стран допускает перенос бремени доказывания на контрагента, например в случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности трудно установить фактические намерения должника обмануть кредиторов иначе, чем по внешним признакам, объективным проявлениям или другим косвенным доказательствам существования такого умысла, хотя с практической точки зрения неспособность должника удовлетворительно объяснить коммерческую цель конкретной сделки, приведшей к снижению ценности имущественной массы, может указывать на наличие искомого умысла.

344. В соответствии с иным подходом предусматривается, что искомый умысел или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда определенные виды сделок совершаются в течение подозрительного периода, и бремя доказывания обратного ложится на контрагента по данной сделке. К ним могут относиться такие виды сделок, как сделки с лицами, связанными с должником, выплата долгов до истечения срока их погашения и платежи по безвозмездным или обременительным сделкам. Еще один подход предусматривает, что, если в течение подозрительного периода совершается определенная сделка, имеющая определенные последствия, например предоставление преференции, возникает опровержимая презумпция в отношении намерения предоставить преференцию. Если кредитор не может опровергнуть такую презумпцию, сделка расторгается и управляющий в деле о несостоятельности может вернуть задействованные в сделке активы или добиться судебного решения о возмещении, эквивалентном стоимости задействованных активов.

345. В тех случаях, когда необходимым элементом процедуры расторжения сделок является осведомленность контрагента о несостоятельности должника, законодательство некоторых стран о несостоятельности устанавливает презумпцию того, что контрагенту было известно о тяжелом финансовом положении должника, если заключенная им с должником сделка отличалась определенными характерными чертами, например предполагала выплату долга до наступления срока его погашения или погашение долга нетрадиционным способом, либо была совершена в течение короткого периода до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или до открытия такого производства.

346. Каким бы ни был подход законодательства о несостоятельности к вопросу о соответствии сделок критериям расторжения, в высшей степени желательно, чтобы в законодательстве было четко установлено, какие именно аспекты этих критериев надлежит доказывать той или иной стороне, и, таким образом, имелась ясность относительно того, что требуется от управляющего в деле о несостоятельности, стремящегося расторгнуть конкретную сделку, а что – от контрагента, стремящегося защитить сделку от расторжения.

8. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам

347. При расторжении сделки возникает вопрос о последствиях расторжения для контрагента. Согласно законодательству большинства стран о несостоятельности, последствием расторжения сделки, как правило, является ее аннулирование и предъявление контрагенту требования возратить полученные активы или произвести платеж наличными на сумму сделки в пользу имущественной массы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрена возможность вынесения по требованию управляющего в деле о несостоятельности решения относительно стоимости задействованного имущества. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусмотрено, что контрагент, возвративший активы или стоимость в имущественную массу, может выступить в качестве необеспеченного кредитора и предъявить должнику требование в объеме возвращенных активов в случае преференциальной сделки либо в объеме уплаченного встречного удовлетворения – в случае сделки по заниженной стоимости. В тех случаях, когда контрагент не возвращает активы или их стоимость в имущественную массу, большинство имеющихся средств судебной защиты не относятся к законодательству о несостоятельности, однако в законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрено, что, помимо расторжения сделки, требования контрагента возместить иные причитающиеся ему средства, чем связанные с расторгнутой сделкой, не могут быть приняты.

9. Преобразование реорганизационного производства в ликвидационное

348. В случае преобразования реорганизационного производства в ликвидационное может потребоваться уделить определенное внимание влиянию такого преобразования на осуществление полномочий по расторжению сделок в отношении платежей, произведенных в ходе реорганизационного производства, и исчислению подозрительного периода.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся расторжения сделок, заключаются в следующем:

- a) восстановить целостность имущественной массы и обеспечить равный режим в отношении кредиторов;
- b) обеспечить определенность для третьих сторон путем установления четких правил, касающихся обстоятельств, при которых сделки, совершенные до открытия производства по делу о несостоятельности при участии должника или имущества должника, могут считаться причиняющими ущерб и, таким образом, подлежать расторжению;
- c) предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность начать процедуры расторжения этих сделок;
- d) облегчить возвращение денежных средств или активов от лиц, участвовавших в расторгнутых сделках.

Содержание законодательных положений

Сделки, подлежащие расторжению

73) В законодательство следует включать положения, действующие ретроактивно и предназначенные для расторжения сделок⁶⁸ с активами должника или имущественной массой, приводящих к снижению стоимости предприятия должника либо нарушению принципа равного режима в отношении кредиторов. В законодательстве следует установить, что расторжению подлежат следующие виды сделок:

- a) сделки, направленные на затруднение, задержку или воспрепятствование удовлетворению требований кредиторов путем перевода активов любой третьей стороне, если целью сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора либо нанесение иного ущерба интересам этого кредитора и если контрагент осведомлен или должен был быть осведомлен о таком намерении должника;
- b) сделки, согласно которым передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательства осуществляется в обмен на номинальную, или менее чем эквивалентную, или ненадлежащую стоимость, совершаемые в момент, когда должник уже является несостоятельным, либо приводящие к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); и
- c) сделки с участием кредиторов, согласно которым кредитор получает долю в активах должника либо долю выгоды от таких активов, превышающую его

⁶⁸ В настоящем разделе под термином "сделка" понимается, как правило, широкий спектр юридических действий, посредством которых может осуществляться отчуждение активов или приобретение обязательств, включая передачу, платеж, обеспечительный интерес, гарантию, ссуду, возврат [или действия по приданию силы обеспечительному интересу в отношении третьих лиц], либо совокупность различных видов таких сделок.

пропорциональную долю, если такие сделки совершаются в момент, когда должник уже является несостоятельным (преференциальные сделки).

Обеспечительные интересы

74) В законодательстве следует установить, что:

а) если обеспечительный интерес имеет силу и может быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, то следует признавать его силу и возможность принудительной реализации в рамках производства по делу о несостоятельности;

б) невзирая на то, что обеспечительный интерес может иметь силу и быть принудительно реализован согласно положениям иного законодательства, действие содержащихся в законодательстве положений о расторжении сделок может распространяться на него на тех же основаниях, что и на другие сделки.

Установление подозрительного периода

75) В законодательстве следует установить, что сделки, обладающие характерными признаками, описанными в рекомендации 73(a–c), могут быть расторгнуты, если они совершены в течение оговоренного промежутка времени (подозрительного периода), рассчитанного ретроактивно, начиная с определенной даты – либо с даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, либо даты открытия такого производства. В законодательстве могут устанавливаться различные подозрительные периоды для разных видов сделок.

Сделки с лицами, связанными с должником

76) В отношении подлежащих расторжению сделок с участием лиц, связанных с должником, в законодательстве:

а) может быть предусмотрен более длительный подозрительный период, чем для сделок с лицами, не связанными с должником;

б) в целях облегчения процедур расторжения сделок могут быть установлены [доказательные] [опровержимые] презумпции; и

с) в целях облегчения процедур расторжения сделок может быть разрешен перенос бремени доказывания.

77) В законодательстве следует определить категории лиц, характер отношений которых с должником достаточен для признания их лицами, связанными с должником⁶⁹.

Сделки, не подлежащие расторжению

78) В законодательстве следует указать виды сделок, не подлежащих расторжению, в том числе финансовые контракты.

⁶⁹ Определение понятия "лицо, связанное с должником" дается в Глоссарии.

Процедура расторжения сделок

79) В законодательстве следует установить, что:

а) начало процедуры расторжения сделок является, в первую очередь, обязанностью управляющего в деле о несостоятельности⁷⁰;

б) с согласия управляющего в деле о несостоятельности процедуру расторжения сделки может начать любой кредитор;

в) в случае несогласия управляющего в деле о несостоятельности кредитор может испросить санкцию суда.

– Финансирование процедуры расторжения

80) Законодательство может предусматривать альтернативные подходы к урегулированию финансирования процедуры расторжения в случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности принимает решение не начинать процедуры расторжения конкретных сделок, например на основании вывода, что вероятность расторжения сделок мала либо что расторжение таких сделок приведет к чрезмерным затратам⁷¹ для имущественной массы.

– Предельные сроки начала процедуры расторжения

81) В законодательстве или применимом процессуальном законодательстве следует установить промежуток времени, в течение которого может быть начата процедура расторжения сделки. Отсчет указанного промежутка времени следует начинать с момента открытия производства по делу о несостоятельности. [Применительно к упоминающимся в рекомендации 73а) сокрытым сделкам, на выявление которых управляющим в деле о несостоятельности нельзя было рассчитывать, законодательство может предусмотреть исчисление указанного промежутка времени, начиная с момента выявления сделки.]

Вопросы расторжения и возражения

82) В законодательстве следует установить, какие признаки подлежат доказыванию в целях расторжения той или иной сделки, какая из сторон обязана представить соответствующие доказательства, а также конкретные возражения против расторжения. Эти возражения могут включать указание на то, что сделка была заключена в ходе обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности, либо на то, что сделка была совершена в ходе реорганизационного производства, преобразованного впоследствии в ликвидационное.

Ответственность контрагентов в отношении расторгнутых сделок

83) В законодательстве следует установить, что контрагент сделки, которая была расторгнута, обязан возвратить в имущественную массу полученные активы либо,

⁷⁰ Вопросы, имеющие отношение к расторжению, могут также возникать в рамках производства, открытого иным лицом, чем управляющий в деле о несостоятельности, где управляющий в деле о несостоятельности ставит вопрос о расторжении в качестве защиты от принудительной реализации.

⁷¹ Речь идет об анализе затрат на процедуру расторжения сделки и положительных результатов такой процедуры, а также о подразумеваемом правиле, согласно которому процедуру не следует начинать, если затраты на нее превысят поступления от нее в имущественную массу.

при наличии соответствующего судебного решения, произвести платеж наличными в имущественную массу на сумму сделки. [Суду следует определить, вправе ли контрагент по расторгнутой сделке предъявлять обычное необеспеченное требование.]

84) В законодательстве может быть установлено, что если контрагент не исполняет решение суда о расторжении сделки, то, помимо расторжения сделки и применения любых иных мер правовой защиты, требование контрагента может быть отклонено.

G. Права на зачет

349. Предусмотренная в законодательстве о несостоятельности реализация прав на зачет взаимных обязательств, возникших в результате сделок или действий должника, совершенных до открытия производства по делу о несостоятельности, имеет важное значение не только потому, что это необходимо для обеспечения коммерческой предсказуемости и наличия кредита, но и потому, что таким образом можно предотвратить целенаправленное злоупотребление процедурами несостоятельности. По этой причине в законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть защиту таких прав на зачет.

350. В правовых системах большинства стран права на зачет не затрагиваются мораторием, вводимым при наступлении несостоятельности, и могут быть реализованы после открытия производства по делу о несостоятельности, независимо от того, возникли ли взаимные обязательства по какому-либо одному контракту или по ряду контрактов, и независимо от того, наступил ли срок платежей по взаимным обязательствам до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах проводится следующее различие: после открытия производства по делу о несостоятельности разрешается производить зачет обязательств, срок погашения которых наступил до открытия такого производства, однако зачет обязательств, срок погашения которых наступил после начала производства по делу о несостоятельности, ограничивается или запрещается.

351. Альтернативный подход предусматривает сохранение прав на зачет независимо от того, когда наступает срок погашения взаимных обязательств: до или после открытия производства по делу о несостоятельности, но при этом действие моратория распространяется на реализацию этих прав точно так же, как этот мораторий применяется к осуществлению прав обеспеченных кредиторов. В системах, в которых используется этот альтернативный подход, кредитору предоставляется режим обеспеченного кредитора в объеме его действительных, но нереализованных прав на зачет, и эти права пользуются такой же защитой, как и обеспечительные интересы⁷².

352. Законодательство о несостоятельности почти всегда содержит положения, которые разрешают управляющему в деле о несостоятельности принимать меры для того, чтобы избежать последствий определенных действий кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности, имеющих целью расширить свои права на зачет (например, приобретения требований с дисконтом с целью создать права на зачет). Характер и сфера действия таких положений могут быть различными.

⁷² См. главу II.B.8.

Рекомендация

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся зачета, заключается в следующем:

- a) обеспечить определенность в отношении последствий открытия производства по делу о несостоятельности для реализации прав на зачет;
- b) указать виды обязательств, которые могут зачитываться после открытия производства по делу о несостоятельности;
- c) конкретизировать последствия других положений законодательства (например, положений, касающихся расторжения сделок и моратория) для реализации прав на зачет.

Содержание законодательных положений

85) Законодательство должно защищать существующее согласно общим нормам права общее право на зачет, которое возникло до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применения положений о расторжении сделок.

Н. Финансовые контракты и взаимозачет

353. Финансовые контракты стали важной составляющей международных рынков капитала. Они, среди прочего, способствуют расширению наличия кредитных средств и являются важным средством страхования от изменений обменного курса, процентных ставок и других рыночных колебаний. С учетом структуры и документального оформления таких сделок чрезвычайно важно обеспечить определенность в отношении того, что произойдет, когда одна из сторон таких контрактов не исполняет обязательств, в том числе по причинам несостоятельности.

354. Финансовые контракты включают, среди прочего, операции с ценными бумагами, товарные соглашения, форвардные контракты, опционы, свопы, соглашения о выкупе ценных бумаг, генеральные соглашения о взаимозачете и другие аналогичные контракты. Должники зачастую заключают многочисленные финансовые контракты с каким-либо одним контрагентом в рамках операций одной цепи, и доступность кредита для них расширяется, если права по этим контрактам имеют полную искомую силу в соответствии с их условиями, что позволяет контрагентам время от времени предоставлять кредиты на основе *чистой суммы обязательств* после учета стоимости всех "открытых" контрактов.

355. После открытия процедуры по делу о несостоятельности контрагенты стремятся "закрыть" открытые позиции и произвести "взаимозачет" всех обязательств, возникших по финансовым контрактам с должником. "Взаимозачет при закрытии" включает два этапа: сначала в результате открытия производства по делу о несостоятельности расторгаются (закрываются) все открытые контракты, а затем на совокупной основе производится зачет (взаимозачет) всех обязательств, возникших при расторжении сделок.

356. Разрешение производить "взаимозачет при закрытии" после открытия производства по делу о несостоятельности является важным фактором уменьшения системных рисков, которые могут представлять угрозу стабильности финансовых рынков. Стоимость финансового контракта или сумма обязательств по нему может

ежедневно (а иногда и ежечасно) существенно меняться в зависимости от конъюнктуры финансовых рынков. Это значит, что стоимость таких контрактов весьма переменчива. Как правило, контрагенты уменьшают или страхуют риски, связанные с такими контрактами, заключая с третьими сторонами одну или несколько "зеркальных" сделок или договоров "хеджирования", стоимость которых колеблется обратно пропорционально стоимости контракта должника⁷³.

357. Независимо от того, исполняет ли должник свой контракт с контрагентом, контрагент должен исполнять контракт хеджирования, который он заключил с третьими сторонами. Если должник становится несостоятельным и не может исполнять свой контракт с контрагентом, контрагент оказывается подверженным риску рыночных колебаний в силу того, что страховые позиции контрагента уже "не покрываются" его контрактом с должником. В подобных обстоятельствах контрагент, как правило, стремится "обеспечить покрытие" контрактов хеджирования путем заключения одного или нескольких новых контрактов, с тем чтобы ослабить свою подверженность рискам будущих рыночных колебаний. В то же время контрагент может обеспечивать такое покрытие лишь с того момента, когда он с определенностью установит, что от него не требуется исполнять его контракт с должником. Контрагент полагается на возможность "закрытия" контракта с должником, что позволяет ему обеспечить быстрое "покрытие" после начала производства по делу о несостоятельности.

358. При невозможности произвести "закрытие", зачет и взаимозачет обязательств по неисполняемым контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности, как описано выше, неисполнение должником его контракта (или его решение исполнять выгодные и не исполнять невыгодные контракты) может привести к тому, что его контрагент будет не в состоянии исполнять свои финансовые контракты с другими участниками рынка, связанные с этим контрактом. Несостоятельность влиятельного участника рынка может привести к серии неисполнений обязательств по зеркальным сделкам, что потенциально способно спровоцировать резкое ухудшение финансового благополучия других участников рынка, а в худшем случае – привести к финансовому краху других контрагентов, включая регулируемые финансовые учреждения. Этот эффект "домино" часто называют "системным риском" и приводят в качестве весомого стратегического довода в пользу предоставления участникам рынка права производить "закрытие", зачет и взаимозачет обязательств способами, применение которых законодательством о несостоятельности обычно не допускается.

359. Системные риски могут также возникнуть в связи с опасениями в отношении окончательного характера платежей и расчетов по финансовым контрактам, которые производятся в центральных платежных и расчетных системах. В этих системах используются методы двустороннего или многостороннего взаимозачета. Чтобы предотвратить системный риск, необходимо обеспечить признание и защиту принципа взаимозачета обязательств по финансовым контрактам с использованием этих систем, а также окончательного характера урегулирования и расчетов, произведенных с помощью этих систем, в случае наступления несостоятельности одного из участников системы.

360. Во многих странах применение норм общего режима несостоятельности позволит обеспечить исполнение финансовых контрактов в соответствии с их

⁷³ Ссылка на "контракт" в настоящем разделе подразумевает возможность заключения одного или нескольких контрактов.

условиями после открытия производства по делу о несостоятельности посредством вступления в силу положений о расторжении договоров в случае несостоятельности (см. главу II.E.2 и рекомендации 56–57) и посредством разрешения зачета обязательств, независимо от того, основывается ли требование о расторжении на положении об автоматическом расторжении договора или же возникает до открытия производства по делу о несостоятельности. Правовые системы других стран, содержащие положения о несостоятельности, которые ограничивают действие оговорок об автоматическом расторжении договоров или приостанавливают либо ограничивают реализацию прав на зачет и применение кредиторами других средств защиты, требуют, чтобы в их законодательстве о несостоятельности были предусмотрены конкретные исключения, допускающие полную реализацию средств защиты в отношении финансовых контрактов. Желательно также, чтобы эти исключения распространялись и на положения о расторжении сделок, которые могут применяться к финансовым контрактам, и на любые препятствия, которые могут ограничивать применение обеспечения в отношении неисполненных обязательств по финансовым контрактам, сохранившихся после завершения зачетов.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положения о взаимозачете и зачете в контексте финансовых сделок заключается в снижении потенциальной опасности возникновения системных рисков, способных создать угрозу стабильности финансовых рынков, путем обеспечения определенности в отношении прав сторон финансовых контрактов, когда одна из этих сторон не исполняет контракт по причинам несостоятельности.

Содержание законодательных положений

86) Законодательство должно признавать связанные с финансовыми контрактами права на расторжение договоров, которые позволяют расторгать эти контракты и производить зачет и взаимозачет невыполненных обязательств по этим контрактам сразу же после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает мораторий на расторжение договоров или ограничивает принудительное исполнение положений об автоматическом расторжении сделок при открытии производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на финансовые контракты⁷⁴.

87) Следует предусмотреть в законодательстве разрешение контрагенту произвести после расторжения им финансовых контрактов с должником зачет или взаимозачет обязательств по этим расторгнутым финансовым контрактам, с тем чтобы установить чистую сумму обязательств должника. Такое расторжение контрактов и зачет в целях установления чистой суммы обязательств следует разрешить независимо от того, происходит ли такое расторжение контрактов до или после открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях, когда законодательство устанавливает ограничения или мораторий на реализацию прав на

⁷⁴ Это даст возможность участникам рынка предоставлять кредиты на основе "чистых" позиций и не позволит должнику "снимать сливки", исполняя одни контракты и нарушая другие, что особенно важно в случае финансовых контрактов, учитывая связанный с ними системный риск.

зачет после открытия производства по делу о несостоятельности, такие ограничения не должны распространяться на зачет и взаимозачет обязательств по финансовым контрактам.

88) Следует предусмотреть в законодательстве разрешение контрагентам произвести после расторжения финансовых контрактов с должником принудительное исполнение и применение своего обеспечительного интереса в отношении обязательств, вытекающих из финансовых контрактов. На финансовые контракты не должно распространяться действие моратория, вводимого на основании законодательства о несостоятельности в отношении принудительного исполнения обеспечительного интереса.

89) В законодательстве следует установить, что обычные предшествующие банкротству трансферты, которые соответствуют рыночной практике, например установление маржи в отношении финансовых контрактов⁷⁵ и трансферты в порядке урегулирования обязательств по финансовым контрактам⁷⁶, не должны подлежать расторжению.

90) Законодательство о несостоятельности должно признавать и охранять окончательный характер взаимозачета, зачета и урегулирования обязательств по финансовым контрактам в рамках систем платежей и расчетов при наступлении несостоятельности одного из участников этой системы.

91) Рекомендации 86–90 применяются ко всем сделкам, которые считаются "финансовыми контрактами", независимо от того, является ли один из контрагентов финансовым учреждением⁷⁷.

92) Определение понятия финансовых контрактов должно быть достаточно широким, чтобы охватывать существующее разнообразие финансовых контрактов и распространяться на новые виды финансовых контрактов по мере их появления. [Имеется в виду, что эти рекомендации не будут применяться к сделкам, не являющимся финансовыми контрактами, и что вопросы взаимозачета и зачета по таким сделкам будут регулироваться соответствующим законодательством общего характера.]

⁷⁵ Установление маржи представляет собой процесс использования дополнительной наличности или ценных бумаг в качестве обеспечения сделок в соответствии с договорной формулой, которая учитывает колебания рыночной стоимости контракта и существующего обеспечения. Например, в случае свопа может потребоваться маржа в размере 105 процентов для сохранения стоимости контракта на случай его расторжения. Если обеспечительная позиция понижается до 100 процентов, то может потребоваться установление дополнительной маржи.

⁷⁶ При некоторых обстоятельствах платеж в порядке урегулирования требований может быть сочтен преференциальным. В случае свопа платежи в порядке урегулирования требований производятся ежемесячно или при прекращении действия контракта на основе рыночной стоимости этого контракта. Такие платежи не являются трансфертами в порядке компенсации стоимости, а скорее представляют собой оплату возросшего долгового обязательства, срок погашения которого истек. В странах, в которых установлен фиксированный "подозрительный" период по всем сделкам, совершенным после открытия производства по делу о несостоятельности, на такой платеж может также распространяться действие положения о расторжении сделок.

⁷⁷ Даже если одной из сторон какого-либо конкретного финансового контракта не является финансовое учреждение, несостоятельность какого-либо контрагента может повлечь за собой системный риск.

III. Участники

A. Должник⁷⁸

1. Введение

361. В законодательстве разных стран о несостоятельности применяются различные подходы к определению роли должника в ходе производства по делу о несостоятельности после его открытия, причем, как правило, проводится разграничение между ликвидационным и реорганизационным производством. Если предполагается, что предприятие продолжит коммерческие операции (либо в целях его продажи в качестве действующей хозяйственной единицы при ликвидации, либо в рамках реорганизационного производства), увеличивается необходимость того, чтобы должник в той или иной форме принимал участие в управлении предприятием. Должнику отводится также определенная роль в оказании помощи управляющему в деле о несостоятельности при выполнении его собственных функций и в связи с предоставлением информации о предприятии суду или управляющему в деле о несостоятельности. В дополнение к своим обязательствам обладатель определенных правами по отношению к такому производству, например правом быть заслушанным, правом на доступ к информации и на сохранение движимого имущества. В целях обеспечения эффективности проведения производства, а также определенности для всех участвующих сторон желательно, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало четкие рамки прав и обязанностей должника.

2. Продолжение функционирования предприятия должника и роль должника

a) Ликвидация

362. После открытия ликвидационного производства для сохранения конкурсной массы потребуются всесторонние меры по ее защите не только от действий кредиторов (см. главу II.B), но также и от действий должника. По этой причине многие законы о несостоятельности лишают должника всех прав в отношении контроля над активами, а также управления и ведения коммерческой деятельности в процессе ликвидации и предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности, который принимает на себя все эти обязанности. Помимо полномочий, связанных с использованием активов и их отчуждением, такие обязанности могут включать право возбуждать и вести юридические действия в интересах имущественной массы и право получать все платежи, направляемые на имя должника. После открытия ликвидационного производства любая сделка, связанная с активами имущественной массы, включая передачу таких активов, на которую не дано разрешения управляющим в деле о несостоятельности, судом или кредиторами (в зависимости от конкретных требований законодательства о несостоятельности), будет, как правило, считаться недействительной (или, согласно некоторым законам, подлежащей расторжению), а переданные активы (или их

⁷⁸ Поскольку законодательство о несостоятельности будет применяться к различным коммерческим предприятиям, будь то индивидуальные предприниматели, товарищества или компании в той или иной форме, вопрос о сохранении роли должника естественным образом связан с вопросами о роли администрации или владельцев предприятия должника, в зависимости от обстоятельств. Для удобства пользования в *Руководстве* говорится лишь о "должнике", однако предполагается, что использование этого термина, если это уместно, охватывает также администрацию и владельцев.

стоимость) будут подлежать возвращению в интересах имущественной массы (см. главу II.E.7, II.F.8).

363. Для тех случаев, когда установлено, что наиболее эффективным средством ликвидации имущественной массы является продажа предприятия в качестве действующей хозяйственной единицы, в некоторых законах предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен осуществлять надзор и общий контроль за осуществлением коммерческих операций, а должнику разрешается продолжать выполнять свои обязанности и оказывать консультативные услуги управляющему в деле о несостоятельности в целях повышения стоимости имущественной массы и содействия продаже активов. Такой подход может оказаться оправданным с учетом детальной осведомленности должника относительно функционирования его предприятия и соответствующего рынка или отрасли, а также с учетом его сохраняющихся отношений с кредиторами, поставщиками и клиентами.

b) Реорганизация

364. Применительно к реорганизационному производству не существует единого мнения о том, в какой мере отстранение должника наиболее целесообразно, а если такое отстранение в той или иной степени производится, о возможном сохранении роли должника и о том, в какой степени его функции будут соотноситься с функциями других участников. Сохранение таких функций может в значительной степени зависеть от добросовестного поведения должника в ходе процесса реорганизации; если же поведение должника не является добросовестным, целесообразность сохранения его функций представляется сомнительной. Это также может зависеть от наличия сильного независимого режима управления, при котором можно решить проблему некомпетентного или корыстного поведения. В некоторых случаях преимущества сохранения его функций может также зависеть от того, было ли производство добровольно возбуждено должником или открыто по заявлению кредиторов. В последнем случае должник может не идти на сотрудничество или даже проявлять враждебное отношение до такой степени, которая сделает продолжение его участия бессмысленным. Решение по вопросу о том, какой подход выбрать, может зависеть от многих факторов, включая местную корпоративную культуру, роль банков, наличие эффективных корпоративных режимов управления, эффективность учреждений, занимающихся вопросами несостоятельности, уровень надзора, который обеспечивают суды или который от них требуется, эффективность и доступность судов, а также то, насколько стимул открыть дело о несостоятельности является важной целью для режима несостоятельности.

i) Преимущества и недостатки сохранения функций должника

365. Сохранение функций должника связано с целым рядом потенциальных преимуществ. Во многих случаях должник будет непосредственно и детально осведомлен о своем предприятии и об отрасли, в рамках которой оно действует. Такая информация имеет особое значение в случае индивидуальных предприятий и мелких товариществ, что может послужить основанием для привлечения должника к принятию краткосрочных управленческих решений в повседневной деятельности предприятия в целях продолжения его функционирования. Это также может оказать помощь управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций с более глубоким и полным пониманием функционирования коммерческого предприятия должника. По аналогичным причинам положение должника зачастую позволяет ему предложить план реорганизации. В подобных обстоятельствах,

несмотря на роль должника в возникновении финансовых трудностей предприятия, его полное отстранение может не только ликвидировать стимул к предпринимательской деятельности и принятию рисков в целом, а для должников – начинать процедуру реорганизации на раннем этапе, но также снизить шансы на успешное проведение реорганизации.

366. Желательность сохранения определенных функций за должником потребует, вероятно, взвесить с учетом ряда возможных недостатков. Кредиторы могут испытывать недоверие к должнику в результате финансовых трудностей предприятия (или той роли, которую должник, возможно, сыграл в возникновении таких трудностей), и для успешного проведения реорганизации потребуются восстановить это доверие. Если должнику будет разрешено продолжить управление предприятием без достаточного контроля над осуществлением его полномочий, то это может не только усилить недоверие, но и вызвать еще больший антагонизм со стороны кредиторов. Эффективность корпоративных режимов управления и реакция должника на этот режим являются фактором, способным повлиять на мнение кредиторов в данном вопросе. В случаях, когда эффективные корпоративные режимы управления отсутствуют, кредиторы могут предпочесть назначение управляющего в деле о несостоятельности вместо должника или установление серьезного контроля над деятельностью должника.

367. Система, которая считается уделяющей чрезмерно пристальное внимание вопросам защиты должника, может привести к потере заинтересованности кредиторов в процедурах и нежеланию участвовать в них, что в свою очередь может затруднить осуществление контроля над деятельностью должника, если в законодательстве о несостоятельности эта роль отводится кредиторам. Такой подход может также способствовать возникновению тягб в связи с производством по делу о несостоятельности, что увеличит затраты и задержки. Должник может преследовать свои собственные цели, входящие в противоречие с целями режима о несостоятельности и в особенности с задачей максимального увеличения сумм, возвращаемых кредиторам. Основная цель должника может, например, состоять в том, чтобы обеспечить сохранение контроля над предприятием, а не в максимальном повышении стоимости в интересах кредиторов. Кроме того, успех реорганизации может зависеть не только от осуществления изменений, с которыми должник, возможно, не пожелает согласиться, но также от информированности и опыта должника в вопросах применения законодательства о несостоятельности в целях преодоления своих финансовых трудностей. Необходимо также учитывать еще один фактор, связанный с тем, было ли производство по делу о несостоятельности открыто по заявлению должника или кредиторов (в последнем случае должник может испытывать враждебность по отношению к кредиторам).

368. В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности применительно к функциям должника проводится разграничение между периодом с момента открытия производства до утверждения плана реорганизации, с одной стороны, и периодом после его утверждения, с другой стороны. В отношении первого периода в законодательстве предусматриваются конкретные правила, касающиеся способности должника осуществлять на повседневной основе управление и контроль над предприятием, а также назначения независимого управляющего в деле о несостоятельности. В период после утверждения плана действие ограничений, применимых в отношении функций должника по контролю над предприятием и управлению им, могут быть приостановлены, и на должника возлагается ответственность за осуществление утвержденного плана.

369. Для обеспечения сбалансированности этих противоречивых соображений в процессе реорганизации в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. Такие подходы могут предусматривать различные меры: от полного отстранения должника и назначения управляющего в деле о несостоятельности, с одной стороны, до сохранения за ним функций по контролю над предприятием при минимальном надзоре, с другой стороны. Промежуточные подходы предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности для осуществления некоторых надзорных функций, а также сохранение существующей администрации. Выбор между этими различными подходами имеет значение для структуры режима несостоятельности и в особенности для баланса, который должен быть достигнут между различными участниками, а также для того, в какой степени система сдержек и противовесов, обеспечиваемая судом или кредиторами, будет применяться.

ii) *Подходы к сохранению роли должника*

– *Полное отстранение должника*

370. Этот подход основан на такой же процедуре, что и в случае ликвидации, т. е. на полном отстранении должника от контроля над предприятием и назначении управляющего в деле о несостоятельности для выполнения функций должника по управлению предприятием. Однако, как указывалось выше, полное отстранение должника может привести к нарушению нормального функционирования предприятия и иметь отрицательные последствия для продолжения его операций в критический момент, когда речь идет о его существовании.

– *Надзор за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности*

371. Промежуточные подходы предусматривают различные варианты распределения контроля между должником и управляющим в деле о несостоятельности. Такие подходы, как правило, предусматривают определенную степень надзора за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности, например, когда последний осуществляет общий надзор за деятельностью должника и утверждает имеющие важное значение сделки, в то время как должник продолжает обеспечивать функционирование предприятия и принимает решения на повседневной основе. Такой подход, возможно, потребует подкрепить достаточно четкими правилами для обеспечения ясности в вопросах распределения ответственности между управляющим в деле о несостоятельности и должником, а также определенности относительно порядка проведения реорганизации. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности, например, указывается, что определенные сделки, такие как принятие новых долговых обязательств, передача или залог активов и предоставление прав на использование имущества, образующего имущественную массу, могут проводиться без согласия управляющего в деле о несостоятельности или суда, если они осуществляются в рамках обычных операций предприятия. Если же они осуществляются вне рамок обычных коммерческих операций, то требуется их согласие. Дополнительным средством надзора за деятельностью должника и его сделками может быть контроль за движением наличности на предприятии должника.

372. Если должник не соблюдает ограничений и заключает контракты, требующие согласия, без предварительного получения такого согласия, то в законодательстве о несостоятельности, возможно, следует рассмотреть вопрос о действительности таких сделок и предусмотреть надлежащие санкции за поведение должника. Если законодательство какой-либо страны о несостоятельности, например,

предусматривает, что в таких случаях суд может полностью прекратить производство по делу, то уместность такого средства правовой защиты зависит не только от того, было ли производство открыто по заявлению должника или кредиторов (должник не должен иметь возможность своим несоблюдением закона о несостоятельности или решений суда сорвать производство, начатое по заявлению кредиторов), но и от того, что в большей степени отвечает интересам всех сторон, вовлеченных в производство, а также от наличия других механизмов в законодательстве о несостоятельности для принятия мер против подобного поведения должника (включая возможность превращения реорганизационного производства в ликвидацию).

373. Законодательства о несостоятельности, в которых содержится перечень сделок, требующих согласия, устанавливают относительно четкое распределение ответственности между должником и управляющим в деле о несостоятельности или судом. В законодательстве ряда стран предусматривается также, что управляющий в деле о несостоятельности может осуществлять более жесткий контроль над имущественной массой и повседневным управлением коммерческим предприятием, если это необходимо для защиты имущественной массы в каждом отдельном случае. Надлежащими обстоятельствами могут быть случаи, когда имеются доказательства в отношении недостаточной подотчетности должника или когда имеет место плохое управление или незаконное присвоение активов должником. При возникновении таких обстоятельств было бы желательно разрешить смещение должника судом по собственной инициативе, или по инициативе управляющего в деле о несостоятельности, или, возможно, по инициативе кредиторов или комитета кредиторов.

374. Определенную роль в наблюдении за деятельностью должника по управлению предприятием и обеспечению эффективного выполнения должником таких функций могут играть кредиторы. Когда кредиторам отводится такая роль, возможно, следует предусмотреть меры, которые позволят предотвратить возможные злоупотребления со стороны кредиторов, пытающихся сорвать реорганизационное производство или необоснованно получить кредит. Необходимая степень защиты может быть обеспечена, например, с помощью требования о том, что для принятия кредиторами решения об отстранении должника или о расширении надзорных функций управляющего в деле о несостоятельности требуется надлежащее большинство голосов кредиторов.

375. Другим подходом к распределению полномочий между должником и управляющим в деле о несостоятельности является подход, применяемый в тех законодательствах о несостоятельности, в которых не оговариваются конкретно сделки, которые должник может осуществлять, однако в которых предусматривается право суда или управляющего в деле о несостоятельности определять, какие юридические действия администрация может предпринять, получив соответствующее согласие, и какие действия она не может предпринимать. Обеспечивая определенную степень гибкости, такой подход может тем не менее побудить должников воздержаться от открытия производства по делу о несостоятельности по причине отсутствия ясности в отношении последствий открытия производства для их администрации и контроля над коммерческими операциями.

– *Полный контроль со стороны должника*

376. Еще один подход к решению вопроса о сохранении роли должника заключается в предоставлении должнику возможности сохранить полный контроль над функционированием предприятия, в связи с чем суд не назначает независимого

управляющего после открытия производства (часто упоминается как "сохранение владения за должником"). Преимущества такого подхода могут состоять в повышении шансов на успешную реорганизацию, если на должника можно положиться в плане честного ведения коммерческих операций и способности заручиться доверием и сотрудничеством со стороны кредиторов.

377. Этот способ не лишен, однако, недостатков, в том числе связанных с тем, что он используется в ситуациях, когда ясно, что его использование, по всей вероятности, не приведет к успешным результатам; является попыткой отсрочить неизбежное, в результате чего продолжится распыление активов; сохраняет возможность безответственных или даже мошеннических действий со стороны должника в течение всего периода, когда за ним сохраняется контроль, что нанесет ущерб реорганизации и подорвет доверие кредиторов; и обеспечивает потенциальные конкурентные преимущества борющимся за выживание коммерческим предприятиям, если они способны получить дешевые кредиты по низким ставкам и другие льготы, которые помогут им снизить затраты по сравнению с уровнем их рыночных конкурентов. Некоторые из этих трудностей можно до некоторой степени преодолеть путем принятия определенных защитных мер, таких как установление требования о том, чтобы должник на регулярной основе представлял суду отчеты о ходе производства; предоставление суду права при определенных обстоятельствах назначать управляющего в деле о несостоятельности для надзора за должником; предоставление кредиторам существенных полномочий по надзору и контролю над должником; или обеспечение возможности преобразования производства в ликвидационное. Следует отметить, что при данном подходе проведение в жизнь утвержденного плана нередко возлагается на новое руководство предприятия должника, сменившее то, которое было в начале производства, в связи с чем некоторые из факторов, указанных выше, не будут иметь столь обязательного характера, как в том случае, если бы руководство предприятия должника оставалось неизменным на всем протяжении производства. Тем не менее подход, именуемый "сохранением владения за должником", является весьма сложным и требует тщательной проработки не только потому, что его успешное применение зависит от наличия жестких правил корпоративного управления и институционального потенциала, но также поскольку он затрагивает разработку ряда других положений режима несостоятельности (например подготовку плана реорганизации, осуществление полномочий по расторжению сделок, режим контрактов, получение кредитов после открытия производства), которые не рассматриваются детально в данном *Руководстве*.

3. Права должника

378. Для защиты прав должника, которые в некоторых странах рассматриваются в качестве основополагающих, и для обеспечения справедливого и беспристрастного производства и, возможно, что более важно, для содействия повышению доверия должника к процедурам несостоятельности желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были четко перечислены функции должника в рамках производства по делу о несостоятельности, а также его права применительно к проведению такого производства. Во многих странах права должника, являющегося физическим лицом, в рамках производства по делу о несостоятельности могут определяться в соответствии с такими международными и региональными договорами, как Международный пакт о гражданских и политических правах (1976 год) и Европейская конвенция по правам человека (1950 год).

– *Право быть заслушанным, право на доступ к информации и право на сохранение личного имущества*

379. По вышеуказанным причинам желательно предусмотреть право должника быть заслушанным в ходе производства по делу о несостоятельности и принимать общее участие в процессе принятия решений, что является неотъемлемым элементом такого производства, особенно реорганизационных процедур. Должник, в частности, должен иметь доступ к информации, касающейся хода производства, во всех случаях, однако особенно в том случае, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенные возможности отстранения должника (будь то в рамках ликвидационного или реорганизационного производства) от управления и контроля над предприятием. Такой доступ к информации может иметь особое значение при реорганизации, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенную степень отстранения должника до утверждения плана реорганизации, однако требует, чтобы должник взял на себя ответственность за осуществление этого плана. Это может быть также уместно в том случае, если должник не участвует в выработке плана, с тем чтобы предоставить ему возможность высказать свое мнение о плане до того, как он будет представлен на утверждение. Как отмечалось выше, в главе II.A.3, если должник является физическим лицом, определенные активы, как правило, исключаются из имущественной массы, с тем чтобы должник мог сохранить свои личные права и права своей семьи, и поэтому в законодательстве о несостоятельности желательно четко предусмотреть право на сохранение таких исключенных активов.

380. Тем не менее могут возникать ситуации, когда осуществление или соблюдение этого права сопряжено с формальностями и расходами, препятствующими ходу производства и не приносящими при этом каких-либо выгод должнику. В том случае, например, если должник покинул пределы страны, где ведется производство, и отказывается отвечать или не отвечает на любые разумные попытки управляющего в деле о несостоятельности или суда установить контакт с ним, абсолютное требование о заслушивании может серьезно затруднить ход производства или сделать его вообще невозможным. Подобным образом в случае, если должник более не функционирует и не может быть заслушан в качестве такового или если акционеры и владельцы предприятия не будут участвовать ни в каком распределении в ходе производства, абсолютное требование о праве быть заслушанным не может служить никакой полезной цели. По этим причинам, хотя в законодательстве о несостоятельности желательно предусмотреть, что должны быть предприняты все разумные усилия с тем, чтобы предоставить должнику возможность быть заслушанным, законодательство о несостоятельности, видимо, должно обеспечивать определенную гибкость в исключительных случаях с тем, чтобы избежать возникновения ситуации, когда требование о соблюдении этого права может неблагоприятно повлиять на ход производства.

4. Обязательства должника

381. Как уже отмечалось в отношении прав должника, в законодательстве о несостоятельности желательно четко определить обязательства должника применительно к производству по делу о несостоятельности, включая, насколько это возможно, содержание и условия таких обязательств и кому каждое обязательство причитается. Обязательства должны возникать с открытием производства и продолжать оставаться в силе в течение всего хода производства. Эти обязательства необходимо будет согласовать с функциями должника в рамках как

ликвидационного, так и реорганизационного производства, особенно в отношении управления и контроля над коммерческими операциями при реорганизации. Если, например, за должником сохраняется право контролировать коммерческие операции в рамках реорганизационного производства, обязательство по передаче контроля над активами, образующими имущественную массу, не будет подлежать применению.

а) Сотрудничество и помощь

382. В целях обеспечения возможностей для эффективного проведения производства по делу о несостоятельности в законодательстве некоторых стран о несостоятельности, где предусматривается частичное отстранение должника или установление надзора за его деятельностью, на него возлагается общее обязательство осуществлять сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его обязанностей, а в некоторых законах – воздерживаться от действий, которые могут нанести ущерб проведению производства. Важным элементом обязательства по сотрудничеству является предоставление управляющему в деле о несостоятельности возможности осуществлять эффективный контроль над имущественной массой путем передачи ему контроля над активами, а также коммерческой и бухгалтерской документации. В случае, если активы должника находятся под юрисдикцией иностранного государства, должник не сможет передать контроль над этими активами, однако обязательство подразумевает сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности и помощь в возвращении указанных активов, находящихся за границей (см. главу VII о Типовом законе о трансграничной несостоятельности). Обязательство о сотрудничестве может также содержать требование об оказании должником помощи управляющему в деле о несостоятельности в подготовке списка кредиторов и их требований, а также списка должников самого должника (см. главу III.B.4).

б) Предоставление информации

383. Для содействия проведению тщательной независимой оценки коммерческих операций должника, в том числе его неотложных потребностей в ликвидных средствах и целесообразности финансирования после открытия производства, долгосрочных перспектив выживания предприятия и вопроса о том, отвечает ли администрация необходимым критериям для продолжения руководства предприятием, будет, как правило, требоваться информация, касающаяся должника, его активов и пассивов, финансового положения и состояния дел в целом. С тем чтобы обеспечить возможность проведения такой оценки как при ликвидации, так и при реорганизации, но в первую очередь при реорганизационном производстве и в тех случаях, когда предприятие планируется продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы в рамках ликвидационного производства, желательно, чтобы на должника было возложено постоянное обязательство предоставлять подробную информацию в отношении его коммерческих операций и финансовых дел за достаточно продолжительный срок, а не просто за период, непосредственно предшествующий открытию производства. Такая подробная информация может включать информацию, касающуюся активов и обязательств, доходов и выплат, перечни клиентов, прогнозы в отношении прибылей и убытков, подробные данные о движении наличности, информацию о конъюнктуре рынка, данные о тенденциях развития отрасли, информацию, которая, как считается, касается причин финансового положения должника, раскрытие информации о предшествующих сделках, в которые были вовлечены должник или активы должника, включая те,

которые могут быть расторгнуты на основании положений о расторжении сделок закона о несостоятельности, а также информацию, касающуюся неисполненных контрактов, сделок с участием аффилированных лиц и текущего судебного, арбитражного или административного производства, которое возбуждено против должника или участником которого является должник. Законодательство некоторых стран о несостоятельности содержит также требование о том, чтобы должник предоставлял информацию, касающуюся его кредиторов, и, как указывалось выше, готовил, часто в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, перечень кредиторов, на основании которого может быть проведена проверка их требований, а также перечень своих должников. Может быть также предусмотрено требование о том, чтобы должник периодически обновлял такой перечень по мере проверки требований и принятия решения о признании.

384. Хотя, возможно, и нет необходимости включать в законодательство о несостоятельности исчерпывающее описание той информации, которая должна предоставляться должником, подобный подход может оказаться полезным для предоставления рекомендаций относительно категорий информации, которая должна быть предоставлена. Поэтому в некоторых законах предусмотрены стандартные информационные бланки, в которых перечислена требующаяся информация. Они подлежат заполнению должником (причем предусматриваются надлежащие санкции за предоставление ложной или вводящей в заблуждение информации), или независимым лицом, или администратором.

385. Для того чтобы такую информацию можно было использовать для вышеуказанных целей, она должна быть актуальной, полной, точной и надежной и предоставляться в максимально сжатые сроки после открытия производства, при условии предоставления должнику времени, необходимого для сбора относящейся к делу информации. Если должник в состоянии исполнить это обязательство, то это может способствовать повышению уверенности кредиторов в способности должника продолжать руководить предприятием.

386. Описанный выше процесс выявления информации может быть главным условием ее окончательной полезности. Если, например, члены руководства предприятия должника отвечают за текущее финансовое положение должника, они могут не захотеть сообщить полные и надежные данные и раскрыть невыгодную для себя информацию (хотя уголовное законодательство многих стран предусматривает, что самообвиняющие показания не могут быть использованы в последующем уголовном судопроизводстве, что делается с целью поощрить добровольные признания). Соответственно, в дополнение к обязательствам должника о предоставлении информации было бы желательно, чтобы законодательство о несостоятельности наделило управляющих в деле о несостоятельности и кредиторов или комитет кредиторов соответствующим правом требовать и получать информацию от должника, предусмотрев соответствующие санкции на случай неполучения запрошенной информации. Обязательство должника может быть дополнено соответствующими мерами, которые могут включать назначение независимого эксперта или требование, чтобы сам должник (когда речь идет о физическом лице) или один или несколько директоров предприятия должника были представлены или присутствовали на главном заседании кредиторов с тем, чтобы отвечать на вопросы (за исключением случаев, когда это физически невозможно по географическим причинам).

c) Конфиденциальность

387. Часто информация, которая должна быть предоставлена должником, будет носить коммерчески чувствительный характер, являться конфиденциальной или связанной обязательствами перед другими лицами (например торговая тайна, перечень клиентов и поставщиков, информация об исследованиях и разработках), она может принадлежать либо должнику, либо какой-либо третьей стороне, но находится под контролем должника. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало положения, предусматривающие защиту этих видов информации от злоупотребления со стороны кредиторов или других сторон, которые в состоянии воспользоваться ею в случае несостоятельности должника. Для того чтобы сбалансировать обязательство должника о неразглашении информации и его обязательство о предоставлении информации управляющему в деле о несостоятельности, суду или кредиторам, обязательство соблюдать конфиденциальность в отношении информации и не разглашать ее, возможно, следует применить в отношении сторон, связанных с должником, управляющих в деле о несостоятельности, кредиторов в целом, комитетов кредиторов и третьих сторон.

d) Вспомогательные обязательства

388. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности установлены дополнительные обязательства, которые являются вспомогательными обязательствами должника по отношению к его обязательству сотрудничать и оказывать помощь. К их числу может относиться, например, обязательство (относящееся либо к должнику – физическому лицу, либо к управляющим и директорам должника – юридического лица) не покидать их обычное место жительства без разрешения суда или управляющего в деле о несостоятельности или уведомить суд или управляющего в деле о несостоятельности, если они намерены или вынуждены покинуть это место жительства, предоставить всю свою переписку управляющему в деле о несостоятельности или суду и другие ограничения, затрагивающие личные свободы. В случае с должником – юридическим лицом, ограничения могут также распространяться на перенос штаб-квартиры этого юридического лица, и законодательство о несостоятельности может требовать получения согласия суда или управляющего в деле о несостоятельности. Такие ограничения могут иметь решающее значение для предупреждения попыток сорвать производство по делу о несостоятельности путем применения широко распространенной практики, когда должники покидают место своей деловой активности, а директора и управляющие уходят в отставку со своих постов после открытия производства. Если такие вспомогательные обязанности будут включены в законодательство о несостоятельности, то они должны соответствовать своим основополагающим целям, а также главной цели общего обязательства осуществлять сотрудничество; они могут быть также ограничены в результате применения соответствующих конвенций и соглашений по правам человека, как это отмечалось выше.

389. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что такие обязательства подлежат автоматическому применению, в то время как в законодательстве других стран предусматривается, что они могут быть применены по усмотрению суда, если будет сочтено, что они необходимы для управления имущественной массой. В некоторых законах проводится также разграничение между физическими и юридическими лицами: если должник является физическим лицом, ограничение может быть применено только по решению суда, однако если

речь идет о юридическом лице, то ограничения могут быть применены автоматически, как, например, требование раскрытия переписки.

е) Привлечение специалистов для оказания помощи должнику

390. Для оказания помощи должнику в выполнении его обязанностей в рамках производства в целом законодательство некоторых стран о несостоятельности разрешает должнику привлекать по мере необходимости специалистов, таких как бухгалтеры, юристы, оценщики и другие специалисты, при условии получения соответствующего разрешения. В некоторых законах предусматривается, что такое разрешение дается управляющим в деле о несостоятельности, а в других законах эта функция возлагается на суд или кредиторов.

ф) Неисполнение обязательств

391. Для случаев, когда должник не выполняет своих обязательств, в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть вопрос о том, какие меры надлежит принимать в случае такого невыполнения, принимая при этом во внимание разный характер обязательств и соответствующие санкции. Как указывалось выше, если должник не предоставляет информацию, уместно было бы использовать определенный механизм, позволяющий получить соответствующую информацию в принудительном порядке, например путем "публичного опроса" должника судом или управляющим в деле о несостоятельности. Для более серьезных случаев утаивания информации в ряде стран предусматриваются уголовные санкции. Аналогичные подходы могут применяться в случае нарушения других обязательств. При реорганизации можно применить метод ее преобразования в ликвидацию (см. главу IV.A.14) при условии, что это отвечает интересам кредиторов; в отдельных случаях продолжение реорганизации будет полностью отвечать интересам кредиторов, несмотря на отказ должника от сотрудничества или несоблюдение им других обязательств.

392. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть последствия действий, предпринятых в нарушение обязательств, и вопрос о том, следует ли рассматривать такие действия как недействительные. Например, контракты, заключенные должником после открытия производства, могут рассматриваться в контексте иска о расторжении сделки или в качестве несанкционированных сделок. Видимо, необходимо также принять во внимание стороны, против которых будут применены санкции в случае, когда речь идет о должнике – юридическом лице; например, это может быть любое лицо, которое можно в целом охарактеризовать как осуществляющее контроль над предприятием должника, включая директоров и управляющих.

5. Ответственность должника

393. Если предприятие является платежеспособным, то должник, как правило, несет свои основные обязательства перед собственниками предприятия, а его отношения с кредиторами регулируются договорными механизмами. В то же время в случае наступления неплатежеспособности коммерческого предприятия это соотношение изменяется и кредиторы становятся сторонами, обладающими реальными финансовыми интересами в предприятии и несущими риск любых убытков, которые могут быть понесены при продолжении должником его коммерческих операций. Несмотря на такое изменение ориентации, действия и поведение владельцев и администрации коммерческого предприятия прежде всего регулируются правом и

принципиальными подходами, находящимися за пределами режима несостоятельности. Законодательство о несостоятельности не следует использовать для устранения недостатков в другой области правового регулирования или для контроля над соблюдением принципов корпоративного управления, хотя законодательство некоторых стран о несостоятельности может предусматривать обязательства открывать производство по делу о несостоятельности на раннем этапе возникновения финансовых трудностей (см. главу I.B). Если вследствие предпринятых в прошлом действий или поведения лиц, связанных с несостоятельным должником, кредиторам должника причиняются убытки или ущерб (например в результате мошенничества или безответственного поведения), в законодательстве о несостоятельности, в зависимости от режимов ответственности, применимых для мошенничества, с одной стороны, и небрежности, с другой, целесообразно предусмотреть возможность возмещения соответствующими лицами убытков или ущерба.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся должника, заключаются в следующем:

- a) установить права и обязанности должника в ходе проведения производства по делу о несостоятельности;
- b) рассмотреть возможные средства правовой защиты на случай невыполнения должником своих обязанностей;
- c) рассмотреть вопросы, касающиеся управления предприятием должника в ходе производства о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Права

- *Право быть заслушанным (см. рекомендацию 121)*
- *Право принимать участие и запрашивать информацию*

93) Законодательство должно предусматривать, что должник имеет право принимать участие в производстве по делу о несостоятельности и получать информацию, относящуюся к производству о несостоятельности, у управляющего в деле о несостоятельности и у суда.

- *Право сохранять имущество в целях сохранения личных прав должника*

94) Если должник является физическим лицом, в законодательстве следует оговорить, что должник имеет право сохранять активы, исключенные из имущественной массы по закону⁷⁹.

Обязательства

95) В законодательстве должны четко оговариваться обязательства должника в отношении производства по делу о несостоятельности: какие обязательства должны

⁷⁹ См. главу II.A.

возникнуть после открытия производства и сохраняться в течение всего хода производства. Ниже перечислено, что входит в обязательства должника:

a) сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его функций;

b) предоставлять точную, надежную и полную информацию о своем финансовом положении и состоянии дел, которая [разумно] может быть запрошена судом, управляющим в деле о несостоятельности, кредиторами и/или комитетом кредиторов, включая перечень следующего⁸⁰:

i) сделок, которые были заключены до открытия производства и в которых участвовал должник или были задействованы активы должника;

ii) текущего судебного, арбитражного или административного производства, включая процедуру принудительного исполнения;

iii) активов, обязательств, доходов и расходов;

iv) должников и их обязательств;

v) кредиторов и их требований в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, а также пересматривать и обновлять этот перечень по мере проверки требований и признания или непризнания их;

c) [если управляющий в деле о несостоятельности назначен,] предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность взять на себя эффективный контроль над имущественной массой и содействовать или сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности в возвращении им активов или контроля над активами, составляющими имущественную массу, где бы они ни находились⁸¹, а также коммерческой документацией;

d) в случае, если должник является физическим лицом, представить уведомление в суд, если он намеревается или вынужден покинуть свое обычное место жительства, а если должник является юридическим лицом, получить согласие суда или управляющего в деле о несостоятельности на перемещение штаб-квартиры должника.

Конфиденциальность

96) В законе следует предусмотреть защиту предоставленной должником⁸² чувствительной коммерческой или конфиденциальной информации.

Роль должника при продолжении функционирования предприятия

97) В законе следует оговорить роль должника при продолжении функционирования предприятия во время производства по делу о несостоятельности. Для этого могут быть использованы различные подходы, включая следующие:

⁸⁰ При условии предоставления должнику достаточного времени для сбора необходимой информации.

⁸¹ См. главу VII – Типовой закон о трансграничной несостоятельности и назначение иностранного представителя.

⁸² Представляемая должником информация может включать информацию, контролируемую должником, а также информацию, владельцем которой является должник или третья сторона.

а) сохранение полного контроля над предприятием (сохранение владения за должником) при обеспечении надлежащих гарантий, включая различные уровни контроля над действиями должника и возможность отстранения должника в оговоренных обстоятельствах⁸³;

б) ограниченное отстранение, при котором должник может продолжать руководить предприятием на повседневной основе при условии надзора со стороны управляющего в деле о несостоятельности, и в этом случае в законодательстве должно быть оговорено разделение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности; или

с) полное отстранение должника от выполнения любых функций и назначение управляющего в деле о несостоятельности.

Санкции за несоблюдение обязательств

98) Законодательство должно предусматривать санкции за невыполнение должником своих обязательств в соответствии с законом.

V. Управляющий в деле о несостоятельности

1. Введение

394. В законодательстве разных стран о несостоятельности используются различные термины для обозначения лица, несущего ответственность за управление производством по делу о несостоятельности, в том числе такие как управляющие, доверенные лица, ликвидаторы, контролеры, управляющие имущественной массой, кураторы, официальные или судебные управляющие или комиссары. В настоящем *Руководстве* термин "управляющий в деле о несостоятельности" используется для обозначения лица, выполняющего соответствующие функции, которые могут осуществляться в самом широком смысле без проведения разграничения между функциями, которые могут осуществляться в рамках различных видов производства. Управляющий в деле о несостоятельности может быть физическим лицом или, как это имеет место в некоторых правовых системах, корпорацией или другим самостоятельным юридическим лицом. Однако назначенный управляющий в деле о несостоятельности играет центральную роль в обеспечении эффективного и действенного выполнения законодательства о несостоятельности, обладает определенными полномочиями в отношении должников и их активов, несет обязанность по защите активов и их стоимости, а также интересов кредиторов и сотрудников, и обеспечивает эффективное и беспристрастное применение закона. Поэтому крайне важно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел соответствующую квалификацию и обладал знаниями, опытом и личными качествами, которые бы обеспечивали не только эффективное и действенное ведение производства, но также и доверие к системе несостоятельности.

2. Квалификационные требования

395. Квалификационные требования, которые могут быть предъявлены к лицу, которое может быть назначено управляющим в деле о несостоятельности, могут различаться в зависимости от положений режима несостоятельности, касающихся

⁸³ Следует отметить, что такой вариант требует наличия развитой системы судебных органов и применения средств защиты, позволяющих отстранить должника при определенных обстоятельствах. См. более подробные разъяснения в главе III.A.2b)ii).

роли управляющего в деле о несостоятельности (в том числе в зависимости от того, является ли производство ликвидационным или реорганизационным), и от степени надзора за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности (и за ведением производства по делу о несостоятельности в целом) со стороны суда. Эти требования могут также различаться в зависимости от используемой процедуры назначения (см. ниже). Если законодательство о несостоятельности предусматривает назначение в качестве управляющего в деле о несостоятельности какого-либо должностного лица, рассматриваемые ниже конкретные квалификационные требования, как правило, не будут иметь отношения к такому назначению (хотя они могут применяться при найме такого должностного лица правительственным учреждением).

396. При определении квалификационных требований, соблюдение которых необходимо для назначения управляющего в деле о несостоятельности, желательно обеспечить определенный баланс между жесткими требованиями, которые позволяют назначить высококвалифицированного специалиста, но которые могут существенно ограничить круг специалистов, обладающих, как считается, надлежащей квалификацией, и увеличить расходы на производство, и требованиями, которые не являются достаточно высокими для гарантирования качества требуемых услуг. В случае нехватки специалистов надлежащей квалификации важным фактором в достижении необходимого баланса могут быть функции суда, связанные с назначением управляющего в деле о несостоятельности и осуществлении надзора.

a) Временный управляющий в деле о несостоятельности

397. Если управляющий в деле о несостоятельности назначается судом на временной основе до открытия производства по делу о несостоятельности, то полномочия и функции такого лица, как правило, определяются судом. Если временный управляющий в деле о несостоятельности будет иметь те же полномочия и функции, что и управляющий в деле о несостоятельности, назначенный после открытия производства, то он должен обладать такими же квалификационными данными, а также нести такую же ответственность и получать вознаграждение по таким же ставкам, как и управляющий, назначенный после открытия производства.

b) Знания и опыт

398. С учетом сложности многих производств по делам о несостоятельности крайне желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел надлежащую квалификацию и был знаком с юридическими вопросами (не только в области законодательства о несостоятельности, но также в соответствующих отраслях торгово-промышленного и финансового права и права предпринимательской деятельности), а также обладал надлежащим опытом в коммерческих и финансовых вопросах, включая бухгалтерскую отчетность. Управляющий в деле о несостоятельности должен будет продемонстрировать свою компетентность в выполнении возложенных на него функций по целому ряду различных дел и обстоятельств, которые, скорее всего, будут спорными, включая как ликвидационные, так и реорганизационные процедуры, где сроки могут определяться на основании законодательства о несостоятельности, где придется находить баланс между коммерческими требованиями и правовыми соображениями и где существует необходимость служить интересам других, например кредиторов, а может быть, общественным интересам. Если требуются дополнительные или более глубокие специальные знания в рамках какого-либо конкретного дела, то они могут быть обеспечены за счет привлечения экспертов на основе найма. В

законодательстве некоторых стран о несостоятельности содержится также требование о том, чтобы лицо, назначаемое в качестве управляющего в деле о несостоятельности по какому-нибудь конкретному делу, обладало опытом и квалификацией, необходимыми в этом деле, такими как знания о конкретных коммерческих операциях должника, его активах и типе рынка, на котором он функционирует.

c) Обеспечение надлежащей квалификации

399. Для обеспечения надлежащей квалификации управляющего в деле о несостоятельности применяются различные подходы, включая требование о наличии определенной профессиональной квалификации и сдаче экзаменов, лицензирование, если система лицензирования действует под контролем определенного правительственного учреждения или профессионального органа, специализированные курсы подготовки и сертификационные экзамены, требования в отношении наличия определенного опыта (как правило, выражающееся в определенном количестве лет) в соответствующих областях, например в области финансов, торговли, бухгалтерского учета или права, а также в проведении производства по делу о несостоятельности. Могут также выдвигаться требования о непрерывном профессиональном образовании с тем, чтобы обеспечить знакомство с текущими событиями в соответствующих областях права и практики. В тех системах, которые предусматривают определенную форму лицензирования или профессиональной квалификации и членства в профессиональных ассоциациях, как правило, рассматриваются также вопросы о надзоре и дисциплинарной ответственности, и деятельность управляющего в деле о несостоятельности может регламентироваться судом, профессиональной ассоциацией, корпоративной регулирующей организацией или другим органом согласно иному законодательству помимо законодательства о несостоятельности. Некоторые из таких систем являются относительно сложными, и их подробное рассмотрение выходит за рамки настоящего *Руководства*.

d) Личные качества

400. Было бы желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности помимо обладания надлежащими знаниями и опытом обладал определенными личными качествами, такими как честность и беспристрастность, и был хорошим руководителем. Соображения честности могут потребовать, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел хорошую репутацию, не имел судимостей, не был замешан в финансовых махинациях или, что важно для некоторых стран, ранее не объявлялся неплатежеспособным и не отстранялся от занимаемой должности в государственной администрации. Наличие одного такого факта, как правило, будет достаточным для снятия предложенной кандидатуры с рассмотрения для назначения.

e) Коллизии интересов

401. Одним из важнейших элементов этих качеств является то, что управляющий в деле о несостоятельности должен быть в состоянии продемонстрировать свою личную незаинтересованность, независимость от интересов экономического, семейного или иного характера. В этих целях желательно, чтобы законодательство о несостоятельности накладывало обязательство раскрыть существующие или возможные коллизии интересов, которые будут применимы к лицу, предложенному в качестве кандидата на должность управляющего в деле о несостоятельности при открытии производства, и к лицу, назначенному на постоянной основе на весь

период производства. В законодательстве следует оговорить, кому должны быть раскрыты подобные обстоятельства, при этом возможны различия в зависимости от процедуры отбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности. Обстоятельства, составляющие коллизию интересов, различаются в разных законодательствах, равно как и последствия раскрытия коллизии на этапе открытия производства или на более поздней стадии.

402. Некоторые прежние или текущие взаимоотношения с должником могут явиться причиной коллизии интересов. Прежнее владение предприятием должника, прежние или текущие деловые отношения с должником (в том числе участие в сделке с должником, которая может стать объектом расследования в ходе производства по делу о несостоятельности, и то, что кандидат является должником или кредитором должника), отношения с кредитором должника, прежняя работа в качестве представителя или сотрудника должника и отношения с конкурентом должника могут явиться достаточным основанием для признания наличия коллизии интересов. В некоторых странах эта коллизия интересов может послужить основанием для того, чтобы воспрепятствовать назначению какого-либо лица в качестве управляющего в деле о несостоятельности, или привести к дисквалификации назначенного лица с лишением права продолжать выступать в этом качестве. В других странах такое лицо тем не менее может быть назначено при условии сообщения информации о коллизии интересов на том основании, что такое сообщение лишь подтверждает его честность, и любая беспристрастность или утрата независимости может быть оценена путем сопоставления с раскрытыми обстоятельствами. Для того чтобы способствовать прозрачности, предсказуемости и целостности системы несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности желательно оговорить уровень взаимоотношений, в результате которых может возникнуть коллизия интересов. Право определять, существует ли в каком-то конкретном деле коллизия интересов или основание для доказывания утраты независимости, как правило, предоставляется суду.

3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности

403. В законодательстве разных стран о несостоятельности применяется целый ряд различных подходов к вопросу о выборе и назначении управляющего в деле о несостоятельности. Управляющий в деле о несостоятельности может выбираться из различных профессиональных кругов, например из числа представителей предпринимательского сообщества, служащих какого-либо специализированного правительственного учреждения или из какой-либо частной коллегии квалифицированных специалистов (как правило, юристов, бухгалтеров или других специалистов). В некоторых юрисдикциях законодательство о несостоятельности предусматривает, что по всем делам о несостоятельности или по некоторым категориям дел о несостоятельности автоматически назначается конкретное должностное лицо (именуемое различным образом, например официальным распорядителем, официальным управляющим имущественной массой, официальным цессионарием). Во многих странах управляющий в деле о несостоятельности должен являться физическим лицом, однако в ряде стран предусматривается, что юридическое лицо также имеет право назначения при соблюдении определенных требований, например требований о том, что лица, которые будут выполнять соответствующую работу от имени юридического лица, будут обладать надлежащей квалификацией, а деятельность самого такого юридического лица подпадает под регулирование.

а) Выбор и назначение судом

404. Во многих юрисдикциях управляющий в деле о несостоятельности выбирается и назначается судом, который также осуществляет надзор за его деятельностью. Выбор может производиться по усмотрению суда из списка специалистов, обладающих надлежащей квалификацией, а также может осуществляться путем ссылки на реестр специалистов, или на основе ротации, или же каким-либо другим способом, например по рекомендации кредиторов или должника. Одним из возможных недостатков реестровой системы, хотя она и обеспечивает справедливое и беспристрастное распределение дел, заключается в том, что она не может обеспечить назначение лица, обладающего наилучшей квалификацией для ведения конкретного дела. Это, конечно, может зависеть от порядка составления реестра и от квалификационных требований, предъявляемых к специалистам по делам о несостоятельности для включения в этот список. Такой недостаток не может считаться существенным, если имущественная масса не имеет достаточного количества активов для оплаты административных расходов.

b) Независимые органы, ведающие назначениями

405. В некоторых юрисдикциях выбор управляющего в деле о несостоятельности осуществляется по поручению суда независимым органом или учреждением, на которое возложены функции по общему руководству деятельностью всех управляющих в делах о несостоятельности. Преимущества такого подхода могут быть связаны с тем, что он позволяет независимому органу, ведающему назначениями, выбирать управляющего из числа специалистов, обладающих надлежащим опытом и знаниями для ведения дел с учетом конкретных обстоятельств, включая характер коммерческих операций или другой деятельности должника; категории активов; рынок, на котором действует или действовал должник; специальные знания, необходимые для того, чтобы разобраться в делах должника; или с учетом других особых обстоятельств. Использование независимого органа, ведающего назначениями, будет зависеть от существования надлежащего органа или учреждения, обладающего как ресурсами, так и инфраструктурой, необходимыми для выполнения требуемых функций; в противном случае потребуется создать соответствующий орган или учреждение.

c) Роль кредиторов

406. Еще один подход позволяет кредиторам играть определенную роль в представлении кандидатур и выборе управляющего в деле о несостоятельности, который может быть назначен при условии, что данное лицо отвечает квалификационным требованиям для работы в этом качестве в данном конкретном случае. Подходы, которые предполагают привлечение независимого органа, ведающего назначениями, и комитета кредиторов, могут способствовать устранению подозрений в предвзятости и облегчению бремени по осуществлению надзора, которое возложено на суды. Еще один подход позволяет должнику назначить управляющего в деле о несостоятельности в тех случаях, когда реорганизационное производство было открыто по инициативе должника. Такой подход предусматривает возможность проведения обсуждений между должником и другими сторонами, такими как обеспеченные кредиторы, до открытия производства для ознакомления потенциального управляющего с делами предприятия, а также позволяет должнику выбрать такого управляющего в деле о несостоятельности, который, по его мнению, может наилучшим образом провести реорганизацию. Тем не менее в данном случае могут возникнуть сомнения в независимости управляющего в деле о несостоятельности. Такую проблему можно решить,

предоставив кредиторам право в соответствующих обстоятельствах заменить управляющего в деле о несостоятельности, назначенного должником.

4. Надзор за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности

407. В дополнение к требованиям, предъявляемым к квалификации и личным качествам кандидата при назначении, в отдельных случаях может предусматриваться осуществление надзора за выполнением управляющим в деле о несостоятельности своих функций (и проявлением указанных выше качеств) через использование положений законодательства о несостоятельности и наделение участников соответствующими функциями. [232] В законодательстве разных стран о несостоятельности применяются различные подходы, например к вопросу о взаимоотношениях между управляющим в деле о несостоятельности и судом и, в частности, к вопросу о разграничении их полномочий, а также в отношении роли, которую могут играть кредиторы в осуществлении надзора за некоторыми решениями управляющего в деле о несостоятельности и по другим проблемам, таким как вознаграждение и даже отстранение от должности. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности будет, как правило, иметь наиболее полную информацию о положении должника, он зачастую находится в наилучшем положении для принятия обоснованных решений относительно ведения производства по делу о несостоятельности. Тем не менее это не означает, что управляющий в деле о несостоятельности может заменить собой суд. Прежде чем принять некоторые решения, управляющий в деле о несостоятельности, возможно, будет должен уведомлять суд или кредиторов или на регулярной основе информировать суд и кредиторов в отношении некоторых видов деятельности; а суд, как правило, будет должен вынести решения по спорам, возникающим из ведения производства, и утверждение судом часто является необходимым на различных этапах производства. Даже в странах, где суды играют менее значительную роль в делах о несостоятельности, существуют определенные ограничения в отношении объема полномочий, обычно предоставляемых управляющему в деле о несостоятельности.

5. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

408. В законодательстве разных стран о несостоятельности нередко оговариваются обязанности и функции, которые будет выполнять управляющий в деле о несостоятельности в ходе производства, поэтому в законодательстве о несостоятельности важно предусмотреть наделение управляющего в деле о несостоятельности надлежащими полномочиями, необходимыми для эффективного и действенного выполнения им своих обязанностей и функций. Хотя некоторые из упомянутых ниже обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности, возможно, имеют большее отношение к ликвидационному, чем к реорганизационному производству, обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности в отношении ведения производства, а также сохранения и защиты имущественной массы могут включать перечисленные ниже. Этот перечень не претендует на то, чтобы быть исчерпывающим, и в некоторых случаях различные функции могут частично совпадать друг с другом или могут не относиться к делу из-за структуры законодательства о несостоятельности.

- i) незамедлительное взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу, и коммерческой документации должника;
- ii) выполнение функций представителя имущественной массы;
- iii) получение финансирования после открытия производства;

- iv) осуществление прав в интересах имущественной массы в рамках текущего судебного, арбитражного или административного разбирательства;
- v) принятие всех необходимых мер для защиты и сохранения активов, образующих имущественную массу, и коммерческого предприятия должника, включая предотвращение несанкционированного распоряжения такими активами и осуществление полномочий по расторжению сделок в целях возвращения активов, распоряжение которыми производилось ненадлежащим образом в ущерб интересам кредиторов;
- vi) регистрация прав имущественной массы (когда регистрация необходима для формализации прав имущественной массы в отношении добросовестных приобретателей);
- vii) назначение бухгалтеров, юристов и других специалистов, помощь которых может потребоваться управляющему в деле о несостоятельности для выполнения его функций, и выплата им вознаграждения;
- viii) получение информации, касающейся должника, его активов, обязательств и ранее заключенных сделок (особенно сделок, заключенных в течение подозрительного периода), в том числе проведение опроса должника и любого третьего лица, поддерживающего деловые отношения с должником;
- ix) изучение контрактов, которые еще не исполнены в полном объеме, с целью принятия решения о продолжении или отказе от продолжения их выполнения;
- x) решение вопросов, касающихся работников, а также их прав и причитающихся выплат, включая пенсионные права;
- xi) при ликвидации – продажа активов, образующих имущественную массу;
- xii) проверка и признание требований, а также ведение обновляемого списка проверенных и признанных требований;
- xiii) периодическое представление суду и кредиторам подробной информации относительно ведения производства. Такая информация должна включать, например, подробные данные об активах, проданных за соответствующий период, ценах реализации, расходах на продажу и другую информацию, которая может быть затребована судом или обоснованно запрошена комитетом кредиторов; сведения о поступлениях и выплатах; активах, остающихся в управлении;
- xiv) участие в собраниях кредиторов;
- xv) управление коммерческим предприятием в ходе реорганизации и ликвидации, если предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы;
- xvi) при реорганизации – подготовка или помощь в подготовке плана реорганизации или доклада о причинах невозможности реорганизации (если такая функция возлагается на управляющего в деле о несостоятельности);
- xvii) осуществление надзора за утверждением плана реорганизации и, если требуется, осуществление такого плана;
- xviii) распределение дохода от реализации имущественной массы при ликвидации и ликвидация имущественной массы оперативным и эффективным образом и в полном соответствии с интересами различных сторон, участвующих в деле;
- xix) представление суду или кредиторам (в зависимости от требований) окончательного доклада и финансового отчета об управлении имущественной массой;

xx) решение любых других вопросов, которые могут быть переданы на рассмотрение управляющему в деле о несостоятельности кредиторами или определены судом.

409. Помимо таких конкретных обязанностей и функций законодательство о несостоятельности нередко возлагает на управляющего в деле о несостоятельности определенные общие обязательства. Такие обязательства могут включать обязательство добиваться максимального повышения стоимости и обеспечивать сохранность имущественной массы в деле о несостоятельности, а также обязанность добиваться наилучшей реально возможной цены при продаже активов, образующих имущественную массу.

410. Если при реорганизации предусматривается сохранение владения за должником, а управляющий в деле о несостоятельности не был назначен, то многие из этих функций будут выполняться должником при различных степенях надзора со стороны суда и кредиторов.

6. Конфиденциальность

411. Выше уже указывалось на необходимость возложить на должника обязательство соблюдать конфиденциальность. В законодательстве о несостоятельности, возможно, также было бы целесообразно предусмотреть возложение обязанности соблюдать конфиденциальность на управляющего в деле о несостоятельности, поскольку значительная часть информации, которая будет получена в отношении состояния дел должника, будет носить коммерчески чувствительный характер, являясь конфиденциальной и связанной с обязательствами перед третьими лицами (например данные, составляющие коммерческую тайну, информация об исследованиях и разработках и информация о клиентах), и такая информация не должна подлежать разглашению третьим сторонам, которые смогут получить в результате использования этой информации несправедливую выгоду. В случае, если эта информация должна быть раскрыта кредиторам, на этих кредиторов должно распространяться такое же обязательство о соблюдении конфиденциальности, как и на управляющего в деле о несостоятельности. Соблюдение конфиденциальности может иметь особое значение, если управляющий в деле о несостоятельности обладает полномочиями принуждать должника к раскрытию информации и документов в ходе его опроса. Такая информация, возможно, частично поступает от третьих сторон и подпадает под действие положений об обеспечении конфиденциальности и защите тайны, например положений, применимых в отношении банков. Желательно предусмотреть, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел право использовать такую информацию только для целей производства по делу о несостоятельности, в контексте которого разрешается проводить опросы, если суд не примет иного решения. Эта проблема может также возникнуть в связи с предоставлением и получением информации в контексте уголовного производства против должника. Аналогичное обязательство соблюдать конфиденциальность должно возлагаться на агентов и сотрудников управляющего в деле о несостоятельности (см. раздел 8, ниже) и на другие стороны, которые могут быть определены по решению суда.

7. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности

а) Определение размеров вознаграждения

412. Помимо средств на возмещение надлежащих расходов, понесенных в процессе управления имущественной массой, управляющий в деле о несостоятельности будет иметь право на получение вознаграждения за свои услуги. Это вознаграждение должно соответствовать квалификации управляющего в деле о несостоятельности и задачам, которые он должен выполнять, а также обеспечивать баланс между риском и вознаграждением, с тем чтобы способствовать привлечению специалистов, обладающих надлежащей квалификацией. Для расчета размера вознаграждения используется целый ряд методов. Вознаграждение может устанавливаться на основе соответствующей шкалы гонораров, разработанной правительственным учреждением или профессиональной ассоциацией; определяться общим органом кредиторов, судом или каким-либо иным административным органом или судом специальной юрисдикции в каждом конкретном случае; основываться на том, сколько времени управляющий в деле о несостоятельности (и различные категории лиц, которые, вероятно, будут участвовать в работе по управлению в деле о несостоятельности – от конторских служащих до основного назначенного должностного лица) надлежащим образом затратил на управление имущественной массой; или оно может выражаться в виде определенного процента от стоимости активов, образующих имущественную массу и подлежащих реализации или распределению, или в качестве сочетания этих двух сумм (рассчитываемых в конце производства, когда активы проданы и их стоимость определена). Вознаграждение может устанавливаться в виде фиксированного процента и предусматривать возможность увеличения или уменьшения в зависимости от обстоятельств конкретного дела. В каждом из этих случаев законодательство о несостоятельности, как правило, предусматривает положение о возможном дополнительном расследовании по заявлению либо одной из сторон, либо третьего лица, либо самого управляющего в деле о несостоятельности, в зависимости от метода расчета. Такой подход будет иметь большое значение для обеспечения прозрачности. В то же время важно избежать положения, при котором сторона, обладающая правом выносить окончательное решение о размере вознаграждения, может таким образом повлиять на ведение производства.

i) Системы, основанные на затратах времени

413. Преимущество метода, основанного на затратах времени, заключается в том, что довольно часто на начальных этапах существует довольно высокая степень неопределенности относительно того, насколько сложной и ресурсоемкой окажется деятельность по управлению имущественной массой в каждом конкретном случае, по крайней мере до тех пор, пока не будет проведена определенная предварительная работа. Недостаток данного метода заключается в том, что хотя он, возможно, и будет способствовать обеспечению весьма тщательного управления, любая система, основанная на затратах времени, может также в некоторых случаях создавать стимулы для максимизации времени, затрачиваемого на управление имущественной массой без достижения соразмерного увеличения стоимости такой массы.

ii) Системы, основанные на комиссионных выплатах

414. Преимущество системы, основанной на комиссионных выплатах, по крайней мере с точки зрения кредиторов, заключается в том, что по меньшей мере определенная, а в лучшем случае – значительная часть возвращенных активов будет распределена среди них. Однако с точки зрения управляющего в деле о несостоятельности такой метод может оказаться недостаточно надежным способом расчета вознаграждения, поскольку объем работы, связанный с управлением

имущественной массой, отнюдь не обязательно будет пропорционален стоимости активов, имеющихся в наличии для распределения. Такая система может также способствовать применению подхода "максимальная прибыль при минимальных расходах" и не обеспечивать достаточных стимулов для выполнения функций, которые не связаны непосредственно с увеличением прибылей кредиторов, например, таких как обязательство предоставлять отчеты как суду, так и кредиторам, и оказывать помощь регулирующим органам при проведении расследований дел должника и возможных случаев его неправомерного поведения. В случае очень крупных дел этот метод расчета может также приводить к тому, что из имущественной массы будут выплачиваться очень высокие гонорары, что может удерживать как кредиторов, так и должника от подачи заявлений.

iii) Участие кредиторов

415. В некоторых странах кредиторам (или комитету кредиторов) может отводиться определенная роль в установлении и утверждении размеров вознаграждения с учетом таких факторов, как сложность дела, характер и пределы обязанностей управляющего в деле о несостоятельности и эффективность их выполнения, а также стоимость и характер активов, образующих имущественную массу. Участие кредиторов может позволить преодолеть некоторые из указанных выше трудностей, поскольку кредиторы лучше осведомлены о существующих проблемах и имеют возможность участия в установлении и утверждении размеров вознаграждения. Размеры вознаграждения могут также периодически пересматриваться в процессе ведения производства, а любые возникающие проблемы будут рассматриваться и решаться, возможно, на основе арбитражного разбирательства или с использованием других форм урегулирования споров между управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами.

416. В законодательстве о несостоятельности крайне желательно предусмотреть достаточно ясный и прозрачный механизм установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, что позволит избежать споров и обеспечить необходимую определенность в отношении расходов на ведение производства по делу о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности желательно также признать первоочередность выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности независимо от метода его расчета.

b) Средства платежа

417. Выплата вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности нередко является причиной жалоб со стороны необеспеченных кредиторов; поскольку необремененные активы зачастую оказываются основным источником имеющихся средств, выплата может привести к тому, что не останется средств для распределения среди таких кредиторов. Хотя было бы несправедливо делать вывод о том, что расходы на управление оказались чрезмерно высокими только потому, что они превысили стоимость имеющихся необремененных активов, которые используются для покрытия расходов на эти цели, распространенность случаев, когда необеспеченные кредиторы становятся свидетелями того, что большая часть или даже все имеющиеся активы идут на покрытие расходов на управление, а также осознание несправедливости при сравнении общих расходов на управление и стоимости возвращенных активов, свидетельствуют о необходимости тщательного рассмотрения этого вопроса. В отношении выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности могут применяться различные подходы. Так, например, если имущественная масса включает необремененные активы, вознаграждение может

выплачиваться за счет этих активов; с суммы активов может взиматься дополнительный сбор для оплаты расходов на управление или продажу таких активов, если управление или продажа оказались выгодными для кредиторов; дополнительный сбор может также взиматься с подающих заявку кредиторов для покрытия по крайней мере первоначальных расходов и выполнения основных функций; или же по обремененным активам могут производиться выплаты пропорциональной или определенной доли вознаграждения (см. главу VI. Приоритеты). Другой подход предусматривает выплату вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности из фонда, создаваемого государством для этой цели, причем этот подход может быть особенно целесообразным для случая, когда должники не имеют в своем распоряжении достаточных активов для покрытия расходов на управление имущественной массой (см. главу I.B.6)⁸⁴.

с) Пересмотр вознаграждения

418. В зависимости от порядка установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, возможно, будет желательно предусмотреть процесс пересмотра для решения проблем, возникающих вследствие неудовлетворенности самого управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов. Если размеры вознаграждения устанавливаются собранием кредиторов, суд, как правило, будет обладать полномочиями пересматривать установленную сумму по заявлению управляющего в деле о несостоятельности или определенной доли или определенного числа кредиторов, например кредиторов, представляющих 10 процентов выпущенного акционерного капитала или на которых приходится по меньшей мере 10 процентов или 25 процентов общего объема задолженности. Если размеры вознаграждения устанавливаются судом первой инстанции, то применяются различные подходы; в некоторых странах законодательство разрешает управляющему в деле о несостоятельности обжаловать такое решение, в других оно такого права не дает. Законодательство некоторых стран о несостоятельности также предусматривает, что должник не имеет права подавать заявление о пересмотре. Если требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности являлся членом какой-либо профессиональной организации или же имел соответствующую лицензию, то соответствующая профессиональная организация или лицензионное учреждение также может обладать полномочиями в отношении пересмотра гонораров, получаемых их членами, а также может предусматривать определенные неофициальные механизмы для урегулирования споров.

8. Ответственность управляющего в деле о несостоятельности

419. Большое значение для ведения производства по делу о несостоятельности имеют стандарты осмотрительности, которую должен проявлять управляющий в деле о несостоятельности, и его личная ответственность. Для установления критериев осмотрительности, усердия и квалификации, которые требуются от управляющего в деле о несостоятельности для выполнения его обязанностей и функций, необходимо, чтобы трудные обстоятельства, в которых оказывается управляющий в деле о несостоятельности, были приняты во внимание и сбалансированы с выплатой надлежащего вознаграждения и необходимостью

⁸⁴ Такой фонд может финансироваться из нескольких источников, например, таких как платежи, произведенные директорами предприятий должников, которые находятся в процессе ликвидации, увеличение пошлины за регистрацию заявлений о несостоятельности, требование о депонировании всех денежных сумм, вырученных от реализации в процессе ликвидации, на один общий счет с переводом процентов в пользу данного фонда, сборы за подачу ежегодной корпоративной отчетности.

привлечения квалифицированных специалистов для работы в качестве управляющего в деле о несостоятельности. Желательно также обеспечить сбалансированность между стандартом, который позволит обеспечить компетентное выполнение обязанностей управляющего в деле о несостоятельности, и стандартом, который является столь жестким, что открывает возможности для предъявления исков управляющему в деле о несостоятельности и влечет за собой увеличение стоимости его услуг. В законодательстве о несостоятельности следует учесть тот факт, что ответственность управляющего в деле о несостоятельности часто может предусматривать применение законодательства, не относящегося к несостоятельности, или, если управляющий в деле о несостоятельности является членом какой-либо профессиональной организации, могут быть использованы стандарты такой организации.

420. В соответствии со многими правовыми системами управляющий в деле о несостоятельности будет подлежать гражданско-правовой ответственности за ущерб, причиненный в результате злоупотребления властью или должностного преступления, хотя для установления необходимого стандарта применяются разные подходы. До некоторой степени принятые критерии будут зависеть от порядка назначения управляющего в деле о несостоятельности и от характера назначения (например, частный практикующий специалист в отличие от правительственного чиновника). Один из подходов может состоять в том, чтобы потребовать от управляющего в деле о несостоятельности соблюдения стандарта, который не является более жестким по сравнению со стандартом, который был бы применен в отношении должника при ведении его обычной коммерческой деятельности в состоянии платежеспособности, т. е. стандарта осмотрительного лица, находящегося в таком положении. В то же время в некоторых странах в подобных случаях может требоваться соблюдение более строгих стандартов осмотрительности, поскольку управляющий в деле о несостоятельности имеет дело не со своими активами, а с активами, принадлежащими другому лицу. В основе другого решения лежит расчет на то, что управляющий в деле о несостоятельности будет действовать добросовестно ради надлежащих целей. Еще один подход может основываться на критерии осторожности, применимом при установлении факта небрежности.

421. Один из способов урегулирования вопроса об ответственности за ущерб может состоять в принятии требования о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен предоставить гарантию или обеспечить страховое покрытие для возмещения утраты активов, составляющих имущественную массу, или возможного ущерба, понесенного в результате невыполнения им своих обязанностей. В ряде стран законодательство о несостоятельности требует уплаты как гарантии, так и страхового покрытия, причем гарантия предназначена для возмещения одного вида ущерба, а страховое покрытие – для возмещения другого, в то время как в других странах требуется только страховое покрытие. В некоторых случаях объем требуемой гарантии определяется исходя из балансовой стоимости активов имущественной массы, а в других случаях требуемые объем гарантии и сумма страхового покрытия устанавливаются правилами соответствующей профессиональной ассоциации или регулирующего органа, или даже законодательством о несостоятельности. Дальнейшее различие между этими двумя подходами может относиться к процедуре подачи исков на возмещение убытков и к тому, имеются ли различия между исками на возмещение убытков за счет гарантии и за счет страхового покрытия. Однако не во всех странах предусматривается возможность предоставления гарантии и страхования личной ответственности, и здесь потребуются другие подходы. При урегулировании этого вопроса желательно

добиться сбалансированности между сдерживанием стоимости услуг, предоставляемых управляющим в деле о несостоятельности, и распределением рисков процедуры несостоятельности среди участников, вместо того чтобы полностью перекладывать такое бремя на управляющего в деле о несостоятельности на основании возможности страхования личной ответственности.

422. Еще одной проблемой может стать личная ответственность управляющего в деле о несостоятельности по обязательствам, принятым в ходе обычного производства по делу о несостоятельности, особенно при реорганизационном производстве, таким как обязательства по текущим коммерческим операциям. Преимущества принятия подхода, который предусматривает личную ответственность управляющего в деле о несостоятельности, заключаются в том, что такой подход создает определенность для поставщиков должника и может служить в качестве препятствия для увеличения задолженности. Вместе с тем такой подход может служить отрицательным стимулом в случае, если риск личной ответственности будет намного превосходить вознаграждение, которое может быть получено. Одно из решений состоит в том, чтобы ответственность распространялась только на активы имущественной массы, а не на личные активы управляющего в деле о несостоятельности.

423. Еще одна проблема, связанная с ответственностью, относится к ответственности управляющего в деле о несостоятельности за неправомерные действия должника, которая зависит от степени контроля, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности в отношении деятельности должника. В соответствии с законодательством некоторых стран на управляющего в деле о несостоятельности может быть возложена ответственность за неправомерные действия должника в период, когда контроль осуществляет управляющий, однако нежелательно, чтобы на управляющего в деле о несостоятельности возлагалась ответственность за действия должника, такие как экологический ущерб, которые были совершены до его назначения в качестве управляющего в деле о несостоятельности.

424. Если предъявлен иск управляющему в деле о несостоятельности в его официальной должности, видимо, следует тщательно рассмотреть вопрос о том, под юрисдикцию какого суда подпадает рассмотрение этого иска. Во избежание неопределенности и недоразумений, видимо, желательно обеспечить, чтобы рассмотрением иска занимался тот же суд, который назначил управляющего в деле о несостоятельности (если суд играет роль в подобном назначении).

9. Агенты и сотрудники управляющего в деле о несостоятельности

425. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности требуется разрешение суда для привлечения услуг бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, которые могут быть необходимы для оказания ему помощи в осуществлении его обязанностей. Согласно законодательству других стран, разрешение суда не требуется. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности установило определенные критерии в отношении найма таких специалистов с точки зрения их опыта, знаний и репутации, а также обеспечения того, чтобы их услуги использовались в интересах имущественной массы. Требования о необходимости раскрытия информации о коллизии интересов или обстоятельствах, вызывающих утрату независимости, применимые в отношении управляющего в деле о несостоятельности, относятся также и к специалистам, нанятым или предложенным

к найму управляющим в деле о несостоятельности, равно как и обязательства сохранять конфиденциальность.

a) Ответственность за действия или бездействие

426. Для тех случаев, когда в результате действий агентов и сотрудников управляющего в деле о несостоятельности наносятся убытки имущественной массе, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности за такие действия. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что сам управляющий в деле о несостоятельности не несет персональной ответственности за исключением случаев, когда он не обеспечивает надлежащего надзора в ходе выполнения своих обязанностей.

b) Вознаграждение

427. По вопросу об оплате услуг специалистов, привлекаемых управляющим в деле о несостоятельности, могут применяться различные подходы. В законодательстве некоторых стран содержится требование о том, чтобы сумма вознаграждения была утверждена судом по соответствующему ходатайству, в то время как согласно другому подходу может потребоваться утверждение органом кредиторов. Оплата услуг специалистов может осуществляться на периодической основе в ходе производства или быть отложена до его завершения. В том, что касается порядка оплаты услуг специалистов, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что выплата будет осуществляться управляющим в деле о несостоятельности с последующим возмещением затрат за счет имущественной массы; в соответствии с законодательством других стран такие специалисты выставляют административные требования в отношении имущественной массы.

10. Обжалование управления, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности

428. Основания, по которым кредиторы могут оспорить либо решения управляющего в деле о несостоятельности, либо осуществляемое им управление, а также те решения, которые могут быть подобным образом оспорены, должны быть прямо оговорены в законодательстве о несостоятельности. Основания для действий кредиторов согласно действующим законодательствам могут быть подразделены на две основные категории.

429. К первой категории относятся те законодательства, согласно которым кредиторам предоставляются определенные права в тех случаях, когда может быть доказано, что управляющий в деле о несостоятельности совершил какое-либо правонарушение. Это могут быть фактические противоправные действия, такие как присвоение средств или активов или получение согласия кредиторов с помощью ненадлежащих средств; процедурные ошибки, такие как необращение к кредиторам или комитету кредиторов за необходимым утверждением или несовершение иных действий, требуемых законодательством; или небрежность со стороны управляющего в деле о несостоятельности при исполнении своих обязанностей. В некоторых правовых системах право кредиторов оспаривать действия управляющего в деле о несостоятельности ограничивается некоторыми, если не всеми, из перечисленных ситуаций.

430. Ко второй категории относятся те законодательства, которые предусматривают, как правило, в дополнение к основаниям, связанным с

конкретными правонарушениями, что кредиторы могут оспорить (обычно в судах) любые решения, действия и бездействие управляющего в деле о несостоятельности, против которых они в индивидуальном порядке или коллективно возражают или с которыми они не согласны. Для удовлетворения подобного иска об оспаривании обычно будут требоваться основания, аналогичные вышеупомянутым, однако могут также потребоваться доказательства того, что решение, действие или бездействие противоречили интересам кредиторов. Чтобы не допустить ненадлежащего нарушения управления имущественной массой, в законодательстве о несостоятельности могут устанавливаться соответствующие ограничения, такие как корректировка критерия доказанности, которому должно отвечать заявление кредиторов для того, чтобы суд согласился с их возражениями, или защита определенных аспектов управления имущественной массой от возможности обжалования, например исключение действий, касающихся открытия производства по делу о несостоятельности.

431. Большинство законодательств наделяет суды рядом полномочий при рассмотрении жалоб на управление несостоятельным предприятием и вынесении постановлений о принудительном исполнении материальных прав кредиторов. На одном из уровней таких полномочий суд в связи с возражениями кредиторов может приказать управляющему в деле о несостоятельности совершить какое-либо конкретное действие или воздержаться от его совершения. Суд может также обладать полномочиями подтверждать, отменять или изменять решение управляющего в деле о несостоятельности или отстранять управляющего в деле о несостоятельности, будь то по прямому ходатайству возражающего кредитора или по инициативе самого суда (см. главу IV.B.9). В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности несет персональную ответственность за убытки, намеренно или по неосторожности причиненные кредиторам в результате исполнения им своих обязанностей. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусматривается, что в подобных обстоятельствах суд может наложить денежный штраф на управляющего в деле о несостоятельности.

11. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности

432. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, разрешается отстранять управляющего в деле о несостоятельности при определенных обстоятельствах, к которым могут относиться случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности не выполнил или нарушил свои правовые обязанности, налагаемые законодательством о несостоятельности; продемонстрировал явную некомпетентность или грубую небрежность; не сообщил о коллизии интересов; допустил противоправное поведение; или по менее серьезным причинам, например, когда производство требует особой или другой компетенции, которой назначенный управляющий не обладает. Последнее может иметь место, например, когда производство преобразовано из ликвидации в реорганизацию, что требует квалификации, которой управляющий в деле о несостоятельности может не обладать, или в случае реорганизации по схеме сохранения владения за должником, где не требуется назначения управляющего в деле о несостоятельности. Согласно другим подходам предусматривается, что отстранение управляющего в деле о несостоятельности может быть осуществлено на основе решения суда, действующего по собственной инициативе или по ходатайству какой-либо заинтересованной стороны, либо на основе решения, принятого соответствующим большинством голосов необеспеченных кредиторов. Какой бы подход ни был принят, отстранение

выступает в роли санкции в отношении управляющего в деле о несостоятельности, и поэтому уместно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел право быть заслушанным и представить свою версию случившегося. В тех случаях, когда деятельность управляющего в деле о несостоятельности подлежит надзору со стороны профессионального или регулирующего органа, он может быть отстранен в результате расследования или рассмотрения его деятельности, что может повлечь за собой также отзыв лицензии или другого разрешения.

12. Замена управляющего в деле о несостоятельности

433. В случае отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности или наступления любого другого события, в результате которого управляющий в деле о несостоятельности оказывается неспособным исполнять свои обязанности, например в случае его смерти или серьезной болезни, нарушений или задержек в ходе производства, которые могут быть причинены неспособностью обеспечить преемственность в ходе производства, можно избежать с помощью правила, предусматривающего назначение преемника управляющего в деле о несостоятельности либо судом, либо кредиторами. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что суды должны также утверждать отставку управляющего в деле о несостоятельности, в то время как в законодательствах других стран такое положение отсутствует. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает возможность замены управляющего в деле о несостоятельности, возможно, следует урегулировать вопросы, связанные с его заменой или преемством в том, что касается правового титула или контроля (в зависимости от того, что применимо) в отношении активов, образующих имущественную массу (см. главу II.A), а также с передачей его преемнику отчетности, документации и другой информации, касающейся должника. В законодательстве о несостоятельности, возможно, следует также рассмотреть вопрос о действительности действий, предпринятых в ходе производства управляющим в деле о несостоятельности, который был заменен.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся управляющего в деле о несостоятельности, заключаются в следующем:

- a) определить квалификационные требования для назначения;
- b) установить механизм для подбора и назначения;
- c) оговорить полномочия и функции;
- d) предусмотреть вознаграждение, ответственность, отстранение и замену.

Содержание законодательных положений

Квалификационные требования

99) В законодательстве следует оговорить квалификационные требования и личные качества лица, необходимые для его назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности, включая честность, независимость, беспристрастность, требуемые знания в соответствующей области коммерческого права и опыт в коммерческих и предпринимательских вопросах. В законодательстве

также должны быть оговорены основания, по которым лицо, предлагаемое в качестве управляющего в деле о несостоятельности, может быть признано неподходящим для назначения на эту должность.

Коллизия интересов

100) Законодательство должно содержать требование о раскрытии информации о коллизии интересов, потери независимости или об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или потере самостоятельности:

а) лицом, предлагаемым для назначения управляющим в деле о несостоятельности;

б) лицами, предложенными для найма управляющим в деле о несостоятельности или имущественной массой, включая специалистов.

101) В законодательстве должно быть оговорено, что обязательство о раскрытии информации, указанное в рекомендации 100, должно быть действительно в течение всего периода ведения производства о несостоятельности. В законодательстве должны быть оговорены последствия коллизии интересов или утраты независимости.

Назначение

102) Законодательство должно устанавливать механизм отбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности. Для этого могут использоваться различные подходы, включая назначение судом; назначение независимым органом по вопросам назначений; назначение на основании рекомендаций кредиторов или комитета кредиторов; назначение на основании рекомендаций должника; или назначение в силу закона, когда управляющим в деле о несостоятельности является правительственный орган или административное ведомство либо должностное лицо.

Вознаграждение

103) Законодательство должно устанавливать механизм расчета вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности и устанавливать приоритетный порядок выплаты такого вознаграждения.

Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

104) Законодательство должно оговаривать, что управляющий в деле о несостоятельности несет обязательство защищать и сохранять активы, составляющие имущественную массу. Законодательство должно оговаривать обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности относительно управления производством и сохранения и защиты имущественной массы.

Право быть заслушанным (см. рекомендацию 121)

Ответственность

105) В законодательстве должны быть оговорены последствия невыполнения или ненадлежащего выполнения управляющим в деле о несостоятельности своих обязанностей и функций согласно законодательству и возможная ответственность, возникающая в каждом конкретном случае.

Отстранение и замена

106) В законодательстве должны быть оговорены основания для отстранения управляющего в деле о несостоятельности и процедура отстранения. Такие основания могут включать следующее:

- a) некомпетентность, невыполнение или отсутствие должной степени осмотрительности при выполнении своих полномочий и функций;
- b) недееспособность;
- c) отсутствие особой или специальной квалификации, требуемой по конкретному делу;
- d) совершение незаконных деяний или противоправное поведение;
- e) коллизия интересов или утрата независимости, оправдывающие отстранение; или
- f) при изменении функций управляющего в деле о несостоятельности⁸⁵.

107) Законодательство должно устанавливать механизм отстранения управляющего в деле о несостоятельности, который бы отражал порядок, в результате которого управляющий в деле о несостоятельности был назначен, и предусматривать предоставление управляющему в деле о несостоятельности права быть заслушанным.

108) Для случаев смерти, отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности законодательство должно предусматривать механизм назначения его замены и оговаривать, потребуется ли утверждение преемника судом.

Управление имущественной массой, активы которой недостаточны для покрытия расходов на ведение производства по делу о несостоятельности

109) Если законодательство предусматривает назначение управляющего в деле о несостоятельности для управления имущественной массой, активы которой недостаточны для покрытия расходов на ведение производства по делу о несостоятельности, законодательство должно также устанавливать механизм назначения и вознаграждения такого управляющего.

C. Участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

1. Введение

434. После того как производство по делу о несостоятельности было открыто, у кредиторов возникает значительный интерес к коммерческим операциям должника. В целом можно говорить о том, что эти интересы защищены назначением управляющего в деле о несостоятельности, однако по ряду причин законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает прямое привлечение кредиторов к производству. В качестве стороны, наибольшим образом экономически заинтересованной в исходе производства, кредиторы могут утратить доверие к производству, в рамках которого ключевые решения принимаются без консультаций с ними лицами, которых кредиторы могут воспринимать как обладающих ограниченным опытом или знаниями в том виде коммерческой деятельности, которой занимается должник, или как утративших независимость, в зависимости от

⁸⁵ Например, при преобразовании ликвидационного производства в реорганизацию.

того, каким образом назначается управляющий. Положение кредиторов зачастую дает им хорошие возможности для предоставления консультаций и оказания помощи в том, что касается коммерческого предприятия должника, и для контроля над действиями управляющего в деле о несостоятельности, обеспечивая возможность проверки в отношении возможных злоупотреблений процедурой несостоятельности и чрезмерными административными расходами, а также в качестве средства для обработки и распространения информации. Желательность способствовать участию кредиторов должна уравниваться необходимостью обеспечения того, чтобы механизм участия кредиторов оставался эффективным и рентабельным, избегая при этом участия кредиторов в вопросах, которые не окажут воздействия на их интересы (хотя довольно сложно провести четкое разграничение между теми вопросами, которые могут оказать такое воздействие, и теми, которые его не окажут).

435. В случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает участие кредиторов в производстве, это участие может принимать различные формы. Согласно законодательству одних стран, оно включает только право быть заслушанным и участвовать в процедуре, в то время как согласно законодательству других стран, оно также включает право голосования по конкретным вопросам, консультирование управляющего в деле о несостоятельности по мере необходимости или по конкретным вопросам и другие функции и обязанности, определенные законодательством о несостоятельности, судами или управляющим в деле о несостоятельности.

2. Степень участия кредиторов в процессе принятия решений

а) Различная степень участия

436. Степень участия кредиторов в процессе принятия решения в рамках производства по делу о несостоятельности может быть различной, и законодательство о несостоятельности предусматривает целый ряд подходов и механизмов для участия кредиторов. Подход, допускающий лишь невысокую степень участия, отражен в тех положениях законодательства о несостоятельности, которые предусматривают, что все ключевые решения по неоспоримым общим вопросам управления принимает управляющий в деле о несостоятельности, а кредиторы играют при этом несущественную роль и обладают незначительным влиянием. Недостаточное участие кредиторов в такой модели можно уравновесить основными обязательствами управляющего в деле о несостоятельности, одно из которых заключается в защите стоимости имущественной массы, что в конечном счете отвечает интересам кредиторов в целом. Подобный подход может быть эффективным в тех случаях, когда назначается опытный управляющий в деле о несостоятельности, что позволяет избежать возможных задержек и затрат, связанных с руководством участия кредиторов, и когда система законов о несостоятельности обеспечивает высокую степень регулирования как самого производства, так и деятельности его участников.

437. В соответствии с другими подходами кредиторам предоставляются более широкие возможности для участия в производстве начиная от участия в первом заседании, где обсуждаются определенные вопросы, до исполнения на постоянной основе роли, которая может требовать от кредиторов только выполнения консультативной функции или утверждения определенных действий и решений управляющего в деле о несостоятельности. Эти действия и решения, как правило, касаются управления производством и вопросов, которые затрагивают интересы кредиторов и могут включать продажу важных активов, проверку требований,

утверждение административных расходов и суммы вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, а также утверждение его итогового доклада и отчета по имущественной массе, и даже несение основной ответственности за выполнение некоторых административных функций. Кредиторы могут также осуществлять функции, касающиеся выбора и назначения управляющего в деле о несостоятельности, а также иметь возможность добиваться в суде увольнения и замены управляющего в деле о несостоятельности за невыполнение им своих функций и обязанностей или за проявленную небрежность. Кредиторы могут также играть определенную роль в том, что касается обращения в суды с ходатайствами или рекомендациями относительно принятия соответствующих мер, например с рекомендацией о преобразовании ликвидации в реорганизацию или о возбуждении действий по расторжению сделок имущественной массой или кредиторами от имени имущественной массы. Следует, однако, отметить, что при рассмотрении вопроса об объеме полномочий, которыми следует наделить кредиторов для возражения против действий или решений управляющего в деле о несостоятельности, практически неизбежно возникают определенные разногласия, особенно с учетом того, что от управляющего в деле о несостоятельности требуется выполнять свои функции в интересах всех кредиторов, и он может предпринимать действия, которые могут и не пользоваться поддержкой или одобрением отдельных кредиторов. В то же время в обычных условиях такое несогласие не будет являться для суда основанием для замены управляющего в деле о несостоятельности, а для кредиторов – основанием для предъявления исков к управляющему в деле о несостоятельности. До определенной степени различные подходы отражают различные культуры и традиции в области несостоятельности и в частности различные ожидания со стороны кредиторов по вопросу их участия в производстве по делу о несостоятельности. Тем не менее участие кредиторов все больше рассматривается в качестве важного элемента законодательства о несостоятельности, особенно для того чтобы уравновесить роль, отводимую другим участникам согласно закону, и в качестве важного средства защиты интересов кредиторов.

b) Участие в ликвидации и реорганизации

438. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности при установлении степени участия кредиторов проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией. В случае ликвидации, хотя в целом вмешательство в проводимые процедуры или участие в процессе принятия решений может и не иметь большого значения для кредиторов, они, как специалисты, могут быть ценным источником консультаций и информации относительно коммерческого предприятия должника, особенно в случае, когда его предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Было бы желательным предусмотреть направление кредиторам сообщений о ходе ликвидации с тем, чтобы обеспечить их доверие к производству, а также прозрачность процедур. Вместе с тем при реорганизации вклад кредиторов является и полезным, и необходимым, поскольку, как правило, именно они определяют, получит ли предлагаемый план реорганизации поддержку и будет ли он успешно реализован.

c) Механизмы, способствующие участию

439. Что касается механизмов участия, то законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает созыв общих собраний кредиторов в ключевые моменты производства, в то время как законодательство других стран предусматривает создание комитета (в котором кредиторы иногда представлены

вместе с акционерами и, возможно, другими заинтересованными сторонами), состоящего из небольшого числа кредиторов (это число может быть оговорено в законодательстве о несостоятельности), для того чтобы способствовать участию в управлении имущественной массой. Первый подход наиболее полезен в случаях с небольшим числом кредиторов или когда кредиторы находятся в одном географическом регионе. Последний подход может больше подходить для случаев, когда речь идет о большом числе кредиторов или когда они расположены в различных регионах или даже странах. В тех случаях, когда назначается комитет, он должен иметь право действовать независимо от управляющего в деле о несостоятельности с тем, чтобы обеспечить справедливое и беспристрастное представительство интересов кредиторов.

440. Еще один подход заключается в том, чтобы предусматривать назначение (кредиторами или судом по ходатайству кредиторов) одного лица (называемого в законодательстве некоторых стран интервентом или инспектором), с тем чтобы представлять некоторых кредиторов или их группы (например кредиторов, в руках которых находится по меньшей мере десять процентов долга). В законодательстве одной из стран приводится обоснование такого подхода, которое заключается в том, что он способствует более упорядоченному и своевременному участию кредиторов и позволяет избегать задержек и споров, которые возникали ранее. Такой представитель выполняет роль, аналогичную той, которую играет комитет кредиторов, выступающий от имени кредиторов, например для того, чтобы осуществлять наблюдение за управлением имущественной массой со стороны управляющего в деле о несостоятельности или со стороны должника, требовать проведения слушаний, возбуждать иски против должника, требовать предоставления информации по вопросам, затрагивающим интересы кредиторов, или требовать созыва собраний кредиторов. Согласно законодательству некоторых стран, кредиторы должны покрывать гонорары такого представителя с тем, чтобы избежать чрезмерных расходов за счет активов имущественной массы, в то время как законодательство других стран предусматривает, что эти гонорары должны выплачиваться за счет имущественной массы.

441. Для того чтобы сделать выбор между этими различными подходами, может потребоваться взвешенный учет таких факторов как время, стоимость, эффективность, прозрачность и демократичность. Подход, предусматривающий назначение управляющего, может оказаться более эффективным и рентабельным и привести к более упорядоченной процедуре с меньшим количеством споров, чем подход, предусматривающий создание комитета кредиторов. Однако последний подход может быть более прозрачным и представлять собой более демократичный способ представления интересов кредиторов. Еще одним фактором, имеющим отношение к делу, может быть наличие хорошо подготовленных специалистов в области ведения дел о несостоятельности и эффективной институциональной инфраструктуры для обеспечения процесса несостоятельности, а также повышение роли, которая может быть отведена кредиторам там, где ощущается нехватка этих специалистов или слабость институционального потенциала.

d) Поощрение участия кредиторов

442. Важный вопрос, который, возможно, потребуется рассмотреть в случае, если законодательство о несостоятельности допускает активное участие кредиторов в производстве, заключается в том, как преодолеть равнодушное отношение кредиторов к процедурам и стимулировать их участие в этих процедурах. Даже в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает их активное

участие, кредиторы нередко придерживаются мнения о том, что такое участие не принесет им никакой пользы, особенно в тех случаях, когда маловероятно, что отдача кредиторам будет существенной, и когда их участие может фактически потребовать дальнейшего расходования времени и денежных средств. Эта общая обеспокоенность может быть до определенной степени устранена, если в законодательстве о несостоятельности будет достигнута общая сбалансированность различных интересов сторон, участвующих в производстве (см., например, главу III.A.2), и будут предусмотрены конкретные меры, касающиеся, например, выборов членов комитета кредиторов и определения функций, которые должен выполнять этот комитет (или все кредиторы, если нет комитета) (см. ниже), а также использование электронных средств для обеспечения связи и облегчения процедуры голосования, где это необходимо. Еще одна проблема, вызывающая обеспокоенность, может иметь отношение к возможной ответственности за участие в производстве, в особенности в качестве члена комитета кредиторов. Эта обеспокоенность может быть устранена путем предоставления освобождения от ответственности, за исключением четко определенных обстоятельств, таких как обман или умышленное действие (см. ниже).

e) Потребность в информации и уведомлении

443. Для того чтобы кредиторы могли выполнять определенные функции, необходимо, чтобы они были обеспечены либо напрямую, либо через комитет кредиторов точной и обоснованной текущей информацией о коммерческих операциях и финансовом положении должника, а также получали уведомление относительно проблем, которые затрагивают их интересы или по которым им, возможно, придется принимать решение или предоставлять консультации. Проблемы конфиденциальности, как было указано выше в отношении должника и управляющего в деле о несостоятельности, в равной степени применимы к кредиторам и комитету кредиторов в тех случаях, когда они обеспечиваются такой информацией.

f) Обеспеченные кредиторы

444. В законодательстве о несостоятельности желательно определить, в какой степени обеспеченные кредиторы могут или должны участвовать в собраниях кредиторов или в работе комитета кредиторов. Как правило, обеспеченные кредиторы не представлены в комитете кредиторов, если они имеют полное или избыточное обеспечение долга. В этих случаях их интересы существенно отличаются от интересов необеспеченных кредиторов, и их способность участвовать в принятии решения кредиторами и, возможно, изменить его исход может оказаться не отвечающей интересам всех кредиторов. Признавая это расхождение интересов, законодательство некоторых стран о несостоятельности требует от обеспеченных кредиторов сдать свое обеспечение до того, как они смогут принять участие в производстве по делу и голосовать в качестве членов органа кредиторов. Однако в тех случаях, когда они не имеют достаточного обеспечения, существует большая вероятность того, что их интересы соединятся с интересами необеспеченных кредиторов, и их участие в комитете или в голосовании в органе кредиторов будет вполне уместным, по крайней мере в той степени, в которой их интересы не имеют достаточного обеспечения. В производствах, подобных реорганизации, обеспеченные кредиторы будут заинтересованы в переговорах с должником и другими сторонами, в частности в тех случаях, когда их права могут быть изменены

согласно плану реорганизации или когда обремененные активы играют ключевую роль в успешной реализации плана.

3. Функции, подлежащие выполнению кредиторами

445. Как отмечалось выше, согласно законодательству о несостоятельности разных стран функции, подлежащие выполнению кредиторами, существенно различаются. В целом, для того чтобы определить, какими функциями должны быть наделены кредиторы, требуется рассмотрение общей структуры законодательства о несостоятельности, при этом необходимо обеспечить сбалансированный подход с учетом роли, которую играет суд, управляющий в деле о несостоятельности, должник и кредиторы, особенно в плане надзора и контроля.

446. В некоторых случаях кредиторы выполняют общую консультативную функцию, и управляющий в деле о несостоятельности может передавать на рассмотрение кредиторам любые вопросы, но любые решения, которые они принимают, не будут для него обязательными. Согласно законодательству других стран, кредиторы могут наделяться конкретными функциями в связи с ведением производства, которые могут включать в себя сотрудничество и координацию с управляющим в деле о несостоятельности. В обязанности управляющего в деле о несостоятельности может входить проведение консультаций с кредиторами по вопросам, которые требуют принятия решения, или же полномочия по принятию решений могут быть возложены на кредиторов. В соответствии с другими функциями кредиторы должны осуществлять надзор за действиями и решениями управляющего в деле о несостоятельности. Ряд вопросов, в решении которых могут быть заинтересованы кредиторы, может включать в себя некоторые или все из нижеперечисленных аспектов: продолжение коммерческой деятельности предприятия при ликвидации; финансирование после открытия производства по делу; проверка требований; вознаграждение специалистам, включая управляющего в деле о несостоятельности; использование полномочий по расторжению контрактов; режим судебного разбирательства, в котором одной из сторон является должник в момент открытия производства; рассмотрение и утверждение плана реорганизации; назначение членов комитета или представителей кредиторов; надзор за действиями управляющего в деле о несостоятельности; распределение активов; и рассмотрение (и утверждение) итогового доклада и отчета управляющего в деле о несостоятельности.

447. Для случаев, когда управляющий в деле о несостоятельности не связан решением кредиторов, законодательство о несостоятельности зачастую предусматривает, что в связи с определенными действиями управляющий в деле о несостоятельности должен запрашивать предварительное одобрение суда или что кредиторы могут обращаться в суд с ходатайством дать управляющему в деле о несостоятельности имеющие обязательную силу инструкции (или добиваться замены управляющего в деле о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности не выполняет свои обязательства или действует иным образом в ущерб кредиторам). В случае возникновения спора между кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности законодательство многих стран наделяет преимущественной силой решение, принятое на собрании кредиторов. Аналогичная цель преследуется в случае установления требования консультироваться с кредиторами по всем решениям, которые требуют одобрения суда.

448. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусматривается право кредиторов возражать против действий или решений управляющего в деле о несостоятельности и когда управляющий в деле о несостоятельности не согласен с подобными возражениями или не принимает их, возможный порядок действий для кредиторов и применимые процессуальные

требования и критерии доказательности в значительной мере зависят от тех функций, которыми наделяются кредиторы в соответствии с конкретным режимом несостоятельности.

449. В тех случаях, когда этот режим предусматривает, что действия или решения управляющего в деле о несостоятельности подлежат надзору или утверждению со стороны всех кредиторов или комитета кредиторов, может быть обеспечен высокий уровень защиты кредиторов. В то же время если такой надзор или необходимость утверждения лишь усложняют управление имущественной массой в деле о несостоятельности, то это может в конечном счете сказаться на стоимости и эффективности административных процедур. По этим причинам в режиме несостоятельности будет необходимо сбалансировать степень требуемого надзора или утверждения со стороны кредиторов (включая определение тех действий и решений, которые будут требовать утверждения, и процедуру получения такого утверждения) с обеспечением независимости управляющего в деле о несостоятельности, а также желательностью обеспечения оперативности и рентабельности при проведении производства по делу о несостоятельности. В режимах различных стран эти, возможно, противодействующие факторы сбалансированы по-разному. К числу других имеющих отношение к делу факторов, которые, возможно, потребуются принять во внимание, относится объем функций суда по надзору за производством и деятельностью управляющего в деле о несостоятельности, а также способ, при помощи которого в режиме несостоятельности сбалансированы эти функции и участие кредиторов.

450. Какие бы функции ни выполняли кредиторы, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности было четко указано, должны ли кредиторы выполнять каждую из оговоренных функций или же некоторые функции могут выполняться по их усмотрению, а также порядок взаимодействия кредиторов с управляющим в деле о несостоятельности при выполнении этих функций.

4. Соборы кредиторов

451. Законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает выполнение кредиторами своих функций посредством общих собраний кредиторов. Как отмечалось выше (см. главу I.B), в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть требование об уведомлении кредиторов (будь то путем персонального уведомления, общего оповещения или с помощью каких-либо иных средств) об открытии производства по делу о несостоятельности, а также требование о включении в уведомление информации по ряду вопросов, которая может включать подробные сведения о первом собрании кредиторов, созываемом судом или управляющим в деле о несостоятельности в предписанные сроки после открытия производства (в примерах, включенных в законодательства о несостоятельности, отведенные сроки составляют от пяти дней до одного месяца со дня открытия производства). Согласно законодательству ряда стран о несостоятельности, первое собрание является единственным собранием всех кредиторов, которое будет создано. Тем не менее не во всех странах законодательство о несостоятельности содержит требование о созыве такого собрания.

452. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает проведение последующих собраний кредиторов, применяются различные подходы. Согласно законодательству некоторых стран, суд или управляющий в деле о несостоятельности может созывать дополнительные собрания для конкретных целей, тогда как законодательство других стран включает положение,

предусматривающее возможность созыва таких собраний по специальному поводу кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности и, в некотором ограниченном числе случаев, должником, по мере необходимости. Если законодательство о несостоятельности разрешает кредиторам созывать собрание, то оно может устанавливать определенные ограничения относительно сроков созыва собрания или условия, которые необходимо выполнить до его созыва. Эти условия могут включать истечение установленного периода времени с момента принятия определенных мер в рамках производства либо завершения определенных действий или выполнения решений управляющим в деле о несостоятельности или непринятия им необходимых действий. Законодательство некоторых стран также предусматривает, что созывать собрание вправе только те кредиторы, которые обладают оговоренной долей общего объема требований (например, десять процентов кредиторов по соотношению к стоимости, кредиторы, которые обладают не менее чем 25 процентами от общего объема требований или по крайней мере 25 процентами необеспеченных требований). Согласно другому подходу, любой заинтересованной стороне предоставляется право обращаться в суд с ходатайством о созыве собрания кредиторов.

453. Желательно, чтобы все кредиторы обладали правом быть заслушанными по вопросам, которые предстоит обсудить на собрании кредиторов. Для тех случаев, когда требуется голосование кредиторов, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало право на голосование и механизмы голосования, включая в частности положение о необходимости личного участия кредиторов в голосовании или возможность голосования по доверенности или с использованием других средств, например электронной почты или сети Интернет. Если список кредиторов должника включает определенные категории кредиторов, как, например, держателей государственных облигаций, необходимо предусмотреть специальные правила с тем, чтобы способствовать их участию в производстве, особенно в случае, если речь идет о большом числе таких кредиторов. Может быть уместно, например, разрешить, чтобы должным образом уполномоченные представители засчитывались в счет требований по участию в общем собрании кредиторов оговоренного числа или процентного соотношения кредиторов. Такой же подход можно применить и к требованиям относительно голосования; требования, предусматривающие личное участие и голосование, могут существенно затруднить производство по делу о несостоятельности в тех случаях, когда обязательства должника включают котированные на бирже облигации.

454. Возможно, было бы также желательно предусмотреть, чтобы законодательство о несостоятельности разрешало кредиторам устанавливать правила, регулирующие проведение собраний кредиторов с тем, чтобы способствовать участию кредиторов и в тех случаях, когда это отвечает той роли, которую кредиторы призваны играть в ходе производства. Правила могут охватывать такие вопросы, как право на присутствие и участие, кворум, председатель и общее ведение собрания.

5. Комитет кредиторов

455. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, создание комитета кредиторов или выборы или назначение представителя кредиторов направлены на то, чтобы способствовать активному участию кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, будь то ликвидация или реорганизация. Комитет кредиторов или иная форма представительства кредиторов может и не потребоваться во всех делах о несостоятельности, но может оказаться уместным, когда, например, имеется очень большое число кредиторов, когда кредиторы имеют

самые разные интересы или когда другие особенности данного дела указывают на желательность или необходимость данного подхода (например, в целях ограничения затрат времени и денежных средств). В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что кредиторы сами определяют, будут ли они назначать комитет или представителя, тогда как в законодательстве других стран предусматривается назначение комитета или представителя судом с тем, чтобы содействовать осуществлению надзора за действиями управляющего в деле о несостоятельности. При любом способе назначения комитет кредиторов должен быть способен действовать независимо от управляющего в деле о несостоятельности, чтобы гарантировать справедливое и беспристрастное представительство интересов кредиторов.

456. Если создается комитет кредиторов, то необходимо учесть, какая доля расходов комитета будет оплачиваться за счет имущественной массы; согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, кредиторы могут создавать неофициальные комитеты, которые формально не признаются ни судом, ни управляющим в деле о несостоятельности и расходы которых не возмещаются за счет имущественной массы, а должны оплачиваться кредиторами; законодательство других стран предусматривает, что расходы комитета кредиторов должны покрываться за счет имущественной массы. Этот вопрос о том, кто должен оплачивать расходы, тесно увязывается с ролью комитета, с тем, в какой степени комитет может выполнять функции, которые согласно законодательству о несостоятельности должны выполняться кредиторами, и с факторами, определяющими, следует ли создавать комитет при ведении того или иного производства. В тех случаях, когда расходы должны покрываться за счет имущественной массы, желательно, чтобы суд обладал полномочиями по ограничению чрезмерных расходов.

а) Кредиторы, которые могут назначаться в состав комитета

457. В законодательстве о несостоятельности, предусматривающем создание комитета кредиторов, следует рассмотреть вопрос о том, какие кредиторы будут иметь право быть назначенными в этот комитет. Существуют различные подходы к этому вопросу. Например, в некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что членами комитета можно назначать только тех кредиторов, чьи требования признаны (судом или управляющим в деле о несостоятельности, в зависимости от процедуры признания), в то время как законодательство других стран предусматривает назначение временного комитета, в состав которого могут входить все кредиторы, пока не проверены и не признаны все требования. Законодательство ряда стран устанавливает ограничения с точки зрения местонахождения кредиторов, которые могут входить в состав комитета кредиторов. Однако для обеспечения равного статуса кредиторов желательно, чтобы право быть назначенными в состав комитета было предоставлено тем кредиторам, требования которых признаны лишь в предварительном порядке, и иностранным кредиторам.

458. Второй вопрос касается категорий кредиторов, которые могут быть представлены. Хотя комитеты кредиторов, как правило, представляют только необеспеченных кредиторов, в законодательстве некоторых стран признается, что возможны случаи, когда будет оправданным создание отдельного комитета обеспеченных кредиторов. Используемый в этих системах подход основывается на том факте, что интересы различных категорий кредиторов не всегда совпадают и что предоставление обеспеченным кредиторам возможности принимать участие в работе комитета и оказывать потенциальное воздействие на его решения не всегда может

быть уместным и не всегда может отвечать наилучшим интересам других кредиторов. Однако признается также, что при определенных обстоятельствах, как указано выше [см. b)vi)], участие обеспеченных кредиторов будет уместным.

459. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается представительство обеих категорий кредиторов в одном и том же комитете. Суть этого подхода состоит в том, что поскольку комитет кредиторов несет ответственность за участие в процессе принятия решений и за принятие важных решений, обеспеченные кредиторы должны также участвовать в его работе, ибо в противном случае они будут исключены из процесса принятия важных решений, которые могут затронуть их интересы (особенно в тех случаях, когда они не имеют полного обеспечения долга). Еще один подход может состоять в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности не оговаривать, какие кредиторы должны быть представлены в том или ином конкретном случае, а разрешить кредиторам коллективно выбирать своих представителей на основе готовности выполнять соответствующие функции (что позволит решить общую проблему пассивности кредиторов) и предусмотреть возможность расширения или сокращения состава комитета в случае необходимости. Для тех случаев, когда требуется представительство слишком различных категорий кредиторов, что не позволяет учесть все их интересы в одном комитете, как, например, в случае таких групп, обладающих специальными интересами, как лица, заявляющие требования из деликта, и акционеры, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться создание разных комитетов с целью обеспечения представительства различных интересов. В то же время желательно, чтобы такой механизм использовался только в особых случаях, с тем чтобы избежать неоправданных расходов и возможности создания излишне громоздкого механизма представительства кредиторов.

460. Вопрос об участии держателей обыкновенных акций и кредиторов, связанных с должником, может быть спорным, особенно в тех случаях, когда комитет кредиторов правомочен принимать решение, затрагивающее права обеспеченных кредиторов, или когда держатели обыкновенных акций принимают участие в управлении предприятием должника. В то же время могут быть случаи, когда эти стороны не являются непосредственно осведомленными лицами в вопросах управления предприятием должника или не принимают в нем участия, например в случае, когда они являются инвесторами без какой-либо прямой связи с администрацией или доступа к ней. В подобных случаях могут существовать веские причины в пользу того, чтобы разрешить им принять участие в процедурах посредством создания своего собственного комитета. Других кредиторов, у которых может возникнуть коллизия интересов (например конкурентов должника, у которых может быть личный интерес и потенциальная возможность помешать комитету соблюдать беспристрастность при выполнении своих функций), возможно, также необходимо отстранить от участия в работе комитета для того, чтобы обеспечить комитету возможность выполнять свои функции от имени всех кредиторов беспристрастно и независимо.

461. Аналогичный вопрос, связанный с участием, может возникнуть в отношении сторон, которые приобретают требования кредиторов. Такие покупатели могут быть связаны с должником или являться третьими сторонами, не имеющими особого интереса в коммерческом предприятии должника. Приобретение требований третьими сторонами может вызвать обеспокоенность в связи с доступом к чувствительной конфиденциальной информации, которая может считаться ценной на вторичном рынке долгов, а приобретение требований связанной с должником

стороной ставит вопрос о том, имеет ли связанная с должником сторона право потребовать уплаты номинальной стоимости требования или же лишь суммы, фактически уплаченной за него (для тех случаев, когда между ними есть различие), что может затронуть право на голосование, когда это непосредственно связано со стоимостью требований.

462. С целью урегулирования любых потенциальных проблем в законодательстве о несостоятельности может быть использован подход, согласно которому будут указываться стороны, не имеющие права на участие в работе комитета кредиторов или в голосовании по конкретным вопросам, например выбор управляющего в деле о несостоятельности или утверждение плана реорганизации.

b) Создание комитета кредиторов

463. В тех случаях, когда законодательство предусматривает создание комитета кредиторов, зачастую также регулируются и такие детали, как порядок формирования комитета, объем и круг его обязанностей, принцип его работы и управления ею, включая вопросы, касающиеся права на участие в голосовании и полномочий, кворума и порядка ведения заседаний, а также замены и замещения его членов. Включение подобных положений в законодательство о несостоятельности по некоторым из этих вопросов, в особенности в отношении права на участие в голосовании, обязанностей и замены и замещения членов, представляется желательным не только в целях избежания споров и обеспечения конфиденциальности, но и для обеспечения прозрачных и предсказуемых процедур. Прочие вопросы могут быть урегулированы в процедурных правилах, принимаемых комитетом, включая правила по процедуре голосования и определения большинства; порядку проведения собраний; выборам председателя; и разрешения споров.

464. Члены комитета могут назначаться по-разному, в значительной степени в зависимости от функций, которые призван выполнять конкретный комитет. Во многих случаях кредиторы несут ответственность за назначение комитета, как правило, на первом собрании кредиторов или после того, как управляющий в деле о несостоятельности представит предварительную информацию о должнике. Назначение комитета кредиторами может способствовать как укреплению доверия кредиторов, так и поощрению их участия в производстве по делу о несостоятельности. В некоторых юрисдикциях состав комитета кредиторов может назначаться судом либо по его собственной инициативе, либо по заявлению кредиторов или управляющего в деле о несостоятельности. Такой подход может иметь ряд недостатков, включая возможность предвзятости и потерю объективности и прозрачности; кредиторы могут утратить доверие к системе, которая не поощряет их к выполнению определенных функций в выборе их собственных представителей или не позволяет делать это; и такой подход может не способствовать преодолению широко распространенных проблем, связанных с пассивностью кредиторов. С другой стороны, подобный подход может способствовать упрощению процедуры создания комитета кредиторов и сокращению возможности возникновения споров между кредиторами, способных привести к задержкам и затратам. Выбор между этими различными подходами может зависеть от того, в какой степени суд осуществляет надзор над производством по делу о несостоятельности и участвует в нем на повседневной основе, а также от того, в какой степени от кредиторов требуется играть активную роль в выполнении функций, выходящих за рамки предоставления консультаций управляющему в деле о несостоятельности.

465. В целях облегчения управления работой комитета в законодательстве некоторых стран о несостоятельности оговаривается численный состав комитета: как правило, нечетное число членов, с тем чтобы обеспечить возможность принятия решений большинством голосов, и в некоторых случаях не более трех–пяти человек. В тех случаях, когда в комитете представлены только необеспеченные кредиторы, его состав иногда ограничивается только крупнейшими необеспеченными кредиторами. Таких кредиторов легко определить с помощью ряда средств, включая требование к должнику подготовить перечень его крупнейших кредиторов, или по ссылке на список кредиторов, который должен быть подготовлен должником. Чтобы обеспечить выполнение комитетом своих обязанностей по справедливому представительству кредиторов, возможно, было бы желательно предусмотреть надзор за работой комитета в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предписывает комитету играть существенную роль, и такой надзор может осуществляться управляющим в деле о несостоятельности или судом.

с) Функции комитета кредиторов

466. По общему плану комитет кредиторов будет выполнять свои функции от имени кредиторов, и поэтому эти функции будут непосредственно связаны с общими функциями, возложенными на кредиторов, как указано выше. Функции и полномочия, которыми наделен комитет кредиторов, не должны тем не менее ущемлять права кредиторов в целом продолжать участвовать или иным образом действовать в производстве по делу о несостоятельности. В отношении принятия решений комитет кредиторов будет, как правило, выполнять консультативные функции, представляя кредиторам рекомендации о том, как должны решаться ключевые вопросы, но он обычно не будет полномочен принимать важные решения от имени кредиторов. В то время как комитет кредиторов будет взаимодействовать с управляющим в деле о несостоятельности в тех случаях, когда таковой назначен, или с должником в случае сохранения управления предприятием за должником, если законодательство о несостоятельности признает такой подход к реорганизации, комитет должен быть способен действовать независимо от этих сторон, представляя интересы кредиторов.

467. Законодательство о несостоятельности предусматривает, что комитет кредиторов будет выполнять ряд функций, которые могут включать доведение до сведения управляющего в деле о несостоятельности пожеланий кредиторов по таким вопросам, как продажа важных активов и формулирование плана реорганизации; проведение консультаций с управляющим в деле о несостоятельности и другими основными сторонами, участвующими в производстве, такими как действующая администрация предприятия должника; участие в разработке плана реорганизации или, возможно, осуществление надзора за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности. Эти функции могут быть установлены законодательством о несостоятельности, предписаны судом или определены во взаимодействии с управляющим в деле о несостоятельности.

468. Как было указано выше в отношении кредиторов в целом, комитет должен иметь доступ к свежей информации о должнике и его финансовых делах, поступающей от управляющего в деле о несостоятельности, и иметь возможность выразить свою точку зрения и мнение кредиторов по вопросам, находящимся в сфере этих функций, или по проблемам, которые затрагивают интересы кредиторов. Для выполнения своих функций комитету может потребоваться административная и экспертная помощь, хотя потребность в такой помощи должна быть четко увязана с функциями, возложенными на комитет. Законодательство может предусматривать

необходимость получения комитетом разрешения от управляющего в деле о несостоятельности или от суда, с тем чтобы нанять секретаря и, если этого требуют обстоятельства, консультантов и специалистов. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что расходы на наем помощников, включая их вознаграждение, оплачиваются за счет имущественной массы, в то время как законодательством других стран устанавливается, что кредиторы сами должны оплачивать свои собственные расходы, связанные с участием в производстве по делу о несостоятельности. В тех случаях, когда расходы оплачиваются за счет имущественной массы, желательно, чтобы суд осуществлял определенный контроль не только за принятием решения по найму подобного специалиста, но и за связанными с этим издержками и расходами.

d) Ответственность комитета кредиторов

469. Комитет подотчетен кредиторам в целом. Он не несет никакой ответственности и не имеет доверительных обязательств по отношению к собственникам неплатежеспособного предприятия. Возможно, было бы желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности было предусмотрено требование о том, чтобы комитет действовал добросовестно, а также положение о том, что его члены не несут ответственности за действия и решения, принятые ими в качестве членов комитета, если только не будет доказано, что они действовали путем обмана или умышленно или нарушали доверительные обязательства перед кредиторами, которых они представляют. К таким действиям может относиться, например, извлечение прибыли из управления имущественной массой или приобретение активов, составляющих часть имущественной массы, без предварительного одобрения суда. Критерий ответственности для комитета может не совпадать с подобной нормой для управляющего в деле о несостоятельности, так как члены комитета не должны отвечать каким-либо требованиям относительно знания деловой практики и выступают в качестве лиц, действующих на добровольной основе и не получающих вознаграждения. При рассмотрении вопроса об ответственности комитета, возможно, необходимо обеспечить сбалансированность между установлением слишком высокого уровня ответственности, что будет способствовать нежеланию кредиторов принимать участие в процедурах и на практике препятствовать их участию, и установлением слишком низкого уровня, что может привести к злоупотреблениям и воспрепятствовать эффективному функционированию комитета в качестве представительного органа.

e) Смещение и замена членов комитета

470. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо каким-либо образом отразить основания, по которым смещение члена комитета кредиторов будет оправдано, а также установить механизм замены. Эти основания могут включать следующее: грубая небрежность, отсутствие необходимой квалификации, некомпетентность, неэффективность, утрата независимости или коллизия интересов. Процедура такого смещения и замены, как правило, будет зависеть от процедуры назначения членов комитета кредиторов – либо судом, либо путем выборов кредиторами. Механизм замены членов комитета также будет иметь актуальное значение в тех случаях, когда члены комитета уходят в отставку или не способны продолжать выполнение необходимых функций, например в случае серьезной болезни или смерти.

6. Вопросы, требующие голосования кредиторов

471. В законодательстве о несостоятельности необходимо определить вопросы, по которым требуется голосование кредиторов, а также установить надлежащие требования по голосованию применительно к каждому случаю.

472. Для тех случаев, когда действия, которые предполагается предпринять в ходе производства, могут иметь серьезные последствия для всех кредиторов, желательно предоставить всем кредиторам (а не только комитету кредиторов) права на получение уведомления о таких мерах и на голосование по ним. Эти действия могут включать голосование по выборам управляющего в деле о несостоятельности, если подобные функции кредиторов предусматриваются законодательством о несостоятельности; утверждение плана реорганизации; утверждение финансирования после открытия производства; и другие важные шаги, такие как продажа существенных активов.

473. К вопросу о таком голосовании можно применить целый ряд различных подходов в зависимости от характера вопроса, по которому принимается решение. Законодательство некоторых стран предусматривает, что голосование должно осуществляться лично на собрании кредиторов, в то время как в законодательстве других стран указывается, что в тех случаях, когда участвует большое число кредиторов или когда кредиторы не являются местными жителями, голосование может проводиться по почте или по доверенности. Практичность требований о голосовании лично явно будет подвергнута сомнению в тех случаях, когда речь идет о большом числе кредиторов и особенно определенных категорий кредиторов, например, таких как держатели государственных облигаций. Будет более целесообразным разрешить проведение голосования с использованием электронных средств, включая электронную почту и сеть Интернет, которые могут потребовать применения надлежащих мер безопасности.

474. В вопросе о том, какой результат голосования необходим для того, чтобы различные решения были обязательными для кредиторов, также используются различные подходы, причем в законодательстве некоторых стран о несостоятельности проводится разграничение между разными видами принимаемых решений. Более важные решения, например утверждение плана реорганизации, могут потребовать такого голосования, при котором учитывалась бы доля стоимости требований, а также число кредиторов (см. часть вторую, главу IV). Согласно законодательству некоторых стран, большинство в расчете по стоимости требований необходимо для принятия большей части решений, а для таких решений, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности и наем отдельных специалистов управляющим в деле о несостоятельности, требуется большинство как по стоимости требований, так и по числу голосующих. Законодательство других стран предусматривает, что для принятия решений по таким вопросам, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности, достаточно простого большинства голосов. В законодательстве ряда стран также проводится разграничение между вопросами, требующими поддержки как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов: обеспеченные кредиторы будут принимать участие в голосовании только по специально оговоренным вопросам, таким как выбор управляющего в деле о несостоятельности и вопросы, затрагивающие их обеспечение.

7. Конфиденциальность

475. Как указывалось выше (глава III.A и B), желательно, чтобы законодательство о несостоятельности возлагало обязательства в отношении конфиденциальности как на должника, так и на управляющего в деле о несостоятельности. По аналогичным причинам, возможно, также целесообразно учитывать обстоятельства, при которых кредиторы должны соблюдать конфиденциальность. В ходе производства по делу о несостоятельности кредиторы, как правило, будут иметь возможность получать значительные объемы информации, касающиеся должника и его коммерческой деятельности, и значительная часть этой информации может составлять коммерческую тайну. Предполагается, что вследствие ликвидации у кредиторов вряд ли будет много возможностей недобросовестно воспользоваться такой информацией (или что будет нанесен ущерб должнику), в то время как при реорганизации, напротив, могут возникнуть обстоятельства, при которых кредиторы могут использовать такую информацию, чтобы помешать успешному осуществлению согласованного плана. По этим причинам, возможно, целесообразно обязать кредиторов и комитет кредиторов (а также любых нанятых им специалистов) соблюдать конфиденциальность, которая позволит использовать полученную в ходе производства информацию только для целей руководства производством, если суд не примет иного решения. В случаях, когда комитет кредиторов назначается (и комитет нанимает консультантов из числа специалистов), это обязательство может быть реализовано посредством требования, чтобы члены комитета (и консультанты из числа специалистов) подписали соглашение о конфиденциальности.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

- a) облегчить участие кредиторов в производстве по делу о несостоятельности;
- b) предусмотреть механизм назначения комитета кредиторов или другого представителя кредиторов, если это будет способствовать участию кредиторов в производстве по делу о несостоятельности;
- c) обеспечить право кредиторов на доступ к информации относительно производства по делу о несостоятельности;
- d) установить функции и обязанности комитета кредиторов.

Содержание законодательных положений

Право быть заслушанными (см. рекомендацию 121)

Участие кредиторов

110) В законодательстве должно быть установлено, что кредиторы, как обеспеченные, так и необеспеченные, имеют право участвовать в производстве по делу о несостоятельности, и указано, что такое участие может включать с точки зрения возможных функций, подлежащих выполнению.

Голосование кредиторов

111) В законодательстве должны быть установлены вопросы, по которым требуется проведение голосования кредиторов, и определены соответствующие права и требования в отношении голосования. В частности, в законодательстве должно быть предусмотрено требование относительно голосования кредиторов по утверждению или отклонению плана реорганизации.

Созыв собраний кредиторов

112) Законодательство может содержать требование о созыве первого собрания кредиторов в течение оговоренного периода времени после открытия производства для обсуждения определенных вопросов. Законодательство может также разрешить суду, управляющему в деле о несостоятельности или кредиторам, обладающим [необеспеченными] требованиями в объеме (*указать долю общей стоимости*), просить созыва общего собрания кредиторов. В законодательстве должна быть указана сторона, ответственная за уведомление кредиторов о таком собрании. Законодательство может оговаривать обстоятельства, при которых такое собрание кредиторов может быть созвано.

Представительство кредиторов

113) Законодательство должно способствовать активному участию кредиторов в производстве дела о несостоятельности посредством комитета кредиторов или иного механизма представительства⁸⁶. В законодательстве должно быть указано, что требуется для всех случаев производства по делу о несостоятельности: комитет или иное представительство кредиторов. Если интересы и категории кредиторов, вовлеченных в производство по делу о несостоятельности, разнятся и назначение единого комитета или представителя не будет содействовать их участию, законодательство может предусмотреть назначение разных комитетов или представителей кредиторов.

114) Если законодательство разрешает назначение комитета или представителя кредиторов, то отношения между кредиторами и комитетом или представителем кредиторов должны быть четко оговорены⁸⁷. Законодательство должно оговорить, как будут оплачиваться расходы комитета кредиторов.

– *Кредиторы, которые могут быть назначены в комитет кредиторов*

115) В законодательстве должно быть установлено, кто из кредиторов имеет право быть назначенным в комитет. В число кредиторов, которые не могут быть назначены в комитет кредиторов, могут входить лица, связанные с должником, и другие, кто по тем или иным причинам не сможет быть беспристрастным. В законодательстве должно быть указано, должно ли требование кредитора быть признано [временно или иным образом], прежде чем кредитор получит право быть назначенным в комитет.

⁸⁶ См. рекомендацию 97 и сохранение функций должника при реорганизации. В случае сохранения управления предприятием за должником комитет кредиторов будет играть важную роль в осуществлении надзора за деятельностью должника, а там, где необходимо, и в предоставлении отчета о его деятельности.

⁸⁷ В частности, в законодательстве должны быть ясно оговорены: распределение функций и полномочий между кредиторами и комитетом кредиторов, а также механизм разрешения споров между кредиторами и комитетом кредиторов.

– *Механизм назначения в комитет кредиторов*

116) Законодательство должно устанавливать механизм назначения комитета кредиторов. В число различных подходов могут входить выборы комитета кредиторов кредиторами или назначение судом либо иным административным органом.

– *Права и функции комитета кредиторов*

117) Законодательство должно устанавливать права и функции комитета кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, которые могут включать следующие:

а) предоставление рекомендаций и помощи управляющему в деле о несостоятельности или должнику, осуществляющему самостоятельное управление предприятием;

б) участие в разработке плана реорганизации, продаже существенных активов и решении других вопросов, в которых эта категория имеет интерес, как предписано судом или определено в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности;

с) право заслушивать управляющего в деле о несостоятельности в любое время.

– *Наем и вознаграждение специалистов комитетом кредиторов*

118) Законодательство должно разрешать комитету кредиторов при условии утверждения судом отбирать, нанимать и выплачивать вознаграждение специалистам, которые могут потребоваться для оказания помощи комитету кредиторов в выполнении его функций. Законодательство должно устанавливать порядок покрытия расходов и выплаты вознаграждения этим специалистам.

– *Ответственность членов комитета кредиторов*

119) В законодательстве должно быть установлено, что члены комитета кредиторов освобождаются от ответственности за свои действия, совершенные ими в качестве членов комитета кредиторов, если только не будет доказано, что они действовали путем обмана или виновны в умышленном нарушении служебных обязанностей.

– *Отстранение и замена членов комитета кредиторов*

120) Законодательство должно устанавливать основания для отстранения членов комитета кредиторов и предусматривать их замену⁸⁸.

D. Право заинтересованной стороны быть заслушанной и на обжалование

1. Право быть заслушанным

476. Согласно большинству режимов, кредиторы в качестве основных бенефициаров имущественной массы и другие заинтересованные стороны наделяются определенными возможностями контроля как за управлением имущественной массой, так и за поведением управляющего в деле о несостоятельности при выполнении им своих обязанностей. Управляющий в деле о

⁸⁸ Использование права на отстранение будет зависеть от порядка назначения комитета.

несостоятельности, должник, кредитор, комитет кредиторов или иная заинтересованная сторона может ходатайствовать об освобождении от ответственности согласно законодательству о несостоятельности или выступать против аналогичного ходатайства другой стороны. Каждая из этих сторон должна иметь право быть заслушанной, если затронуты ее права, имущественные интересы или обязанности согласно законодательству о несостоятельности. В тех случаях, когда решения, касающиеся управления имущественной массой, должны приниматься судами, на эти решения, как правило, может подаваться апелляция в вышестоящий суд стороной, интересы которой были затронуты, хотя согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, для определенных решений предусматривается исключение из порядка апелляции (например решения о назначении судьи, осуществляющего надзор, или об открытии производства).

2. Процедуры обжалования

477. Процедурные подходы применительно к управлению имущественной массой в значительной мере определяются правилами, регулирующими обязанности управляющего в деле о несостоятельности, права и обязанности должника согласно законодательству о несостоятельности и функции кредиторов, если таковые предусматриваются, по активному участию в таком управлении либо самостоятельно, либо через комитет кредиторов. Например, согласно законодательству, в котором требуется получение управляющим в деле о несостоятельности согласия кредиторов или их представителей до совершения определенных действий, прямое участие кредиторов в процессе принятия решений будет, как правило, снимать необходимость в процедурах обжалования кредиторами применительно к подобным действиям, за исключением тех ситуаций, когда управляющий в деле о несостоятельности вводит кредиторов в заблуждение.

478. В тех случаях, когда действия управляющего в деле о несостоятельности не подлежат предварительному утверждению со стороны кредиторов, может возникать необходимость в официальных процедурах обжалования. Официальная процедура обжалования может быть уместной и для других заинтересованных сторон, когда действия управляющего в деле о несостоятельности затрагивают их.

479. Согласно большинству законов о несостоятельности требуется, чтобы заинтересованная сторона подавала свое ходатайство об освобождении от ответственности или возражения через суд. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности правом на иск наделяются индивидуальные кредиторы, в то время как согласно законодательству других стран требуется, чтобы возражающий кредитор или кредиторы составляли определенное число от общего числа кредиторов или чтобы на них приходился определенный процент долга, с тем чтобы было признано их процессуальное право на такой иск, или даже требуется, чтобы иск был заявлен комитетом кредиторов или кредиторами в целом. Действие таких требований может зависеть от оснований, на которых подается возражение. Другие заинтересованные стороны могут иметь процессуальное право заявить свои возражения или ходатайствовать об освобождении от ответственности, если затронуты их права, имущественные интересы или обязанности согласно законодательству о несостоятельности. Как указывалось выше, право быть заслушанным должно быть сбалансировано с необходимостью эффективного ведения производства по делу о несостоятельности

3. Право на обжалование

480. Заинтересованная сторона, которая ходатайствовала об освобождении от ответственности и получила отказ или которая безуспешно пыталась выступить против ходатайства или действий другой стороны, должна иметь право на обращение в вышестоящий суд, если она считает, что решение суда было ошибочным. В большинстве судебных систем установлена иерархическая система для пересмотра дела в апелляционном порядке и применимых к этому процедур. Аналогичная система должна применяться к суду, который отправляет правосудие по нормам законодательства о несостоятельности, и к судебным приказам, издаваемым этим судом.

Рекомендации

Право быть заслушанным

121) В законодательстве должно быть установлено, что заинтересованная сторона имеет право быть заслушанной по любому вопросу в производстве по делу о несостоятельности, которая затрагивает ее права, обязательства или интересы. Например, заинтересованная сторона вправе:

- a) возражать против любого действия, требующего утверждения суда;
- b) ходатайствовать об обжаловании судом любого действия, по которому одобрение суда не требовалось или не запрашивалось;
- c) ходатайствовать о предоставлении любого освобождения от ответственности, доступного ей в рамках производства по делу о несостоятельности.

*Право обжалования*⁸⁹

122) В законодательстве должно быть установлено, что заинтересованная сторона может осуществлять обжалование начиная с любой инстанции суда в производстве по делу о несостоятельности, где затрагиваются ее права, обязательства или интересы.

⁸⁹ В соответствии с основными целями законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что обжалование в производстве по делу о несостоятельности не должно иметь приостанавливающих последствий, если иное не определено судом, с тем чтобы обеспечить урегулирование и решение проблем несостоятельности должным, быстрым и эффективным образом без ненадлежащих срывов. Сроки, предоставляемые для обжалования, должны быть в соответствии с применимым законодательством, но в делах о несостоятельности они должны быть еще короче, для того чтобы избежать прерывания производства по делу о несостоятельности.

IV. Реорганизация

A. План реорганизации

1. Введение

481. Как правило, в законодательстве о несостоятельности рассматривается ряд вопросов, связанных с составлением плана реорганизации, в том числе следующие: характер или форма плана, когда должен подготавливаться план, кто может подготавливать план, что должно быть включено в план, как план должен приниматься кредиторами (и, если требуется, утверждаться судом), каковы последствия плана и как план должен выполняться.

482. В рамках различных видов производства планы реорганизации выполняют различные функции. В некоторых случаях план может быть заключающей частью реорганизационного производства и регулировать вопросы о полной выплате дивидендов и окончательном расчете по всем требованиям (в этом случае также используются такие термины, как "мировое соглашение" или "договорная схема"), а также об окончательной структуре предприятия после завершения реорганизации. В других случаях план может предлагаться при открытии производства и устанавливать порядок решения вопросов, связанных с должником и его предприятием, в течение реорганизационного периода – во многом аналогично бизнес-плану, – а также определять ожидаемые дивиденды и даты выплат. Кроме того, могут существовать обстоятельства, когда план, сходный с планом реорганизации, готовится в рамках ликвидационного производства, если предполагается продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В таком плане могут регулироваться такие вопросы, как сроки и механизмы внутренних распределений. В нижеприведенном обсуждении основное внимание уделяется вопросам, имеющим отношение к плану, предлагаемому через некоторое время после начала производства, и рассматриваются действия предприятия при реорганизации и предлагаемые преобразования юридических прав с целью урегулирования финансового положения должника. Данные соображения, хотя и не обязательно в полном объеме, будут также уместны и в случае применения других видов планов.

2. Характер или форма плана

483. Цель реорганизации состоит в максимально возможном увеличении средств, возвращаемых кредиторам, что обеспечивает лучшие результаты, чем в случае ликвидации предприятия должника, и в сохранении рабочих мест для рабочих и служащих и коммерческих возможностей для поставщиков. В процессе реорганизации могут участвовать различные заинтересованные группы, каждая из которых может иметь собственное представление о наилучших путях достижения разных целей. Некоторые кредиторы, например крупные клиенты или поставщики, могут отдать предпочтение продолжению коммерческих операций с должником, нежели быстрому погашению задолженности перед ними. Некоторые кредиторы могут отдать предпочтение получению доли в акционерном капитале предприятия, в то время как других кредиторов такое решение может не устраивать. Таким образом, применительно к каждому конкретному делу могут, как правило, существовать возможности выбора из широкого круга вариантов действий, и если в законодательстве о несостоятельности будет принят предписательный подход в том, что касается круга возможных вариантов или того выбора, который должен

осуществляться в каждом конкретном случае, то такое законодательство может иметь слишком ограничительный характер. Например, нежелательно, чтобы в законодательстве допускалась подготовка таких планов, которые направлены только на полную реабилитацию должника, или предусматривалась бы невозможность списания задолженности или необходимость в конечной выплате кредиторам какой-либо минимальной суммы, или запрещался бы обмен задолженности на акционерный капитал. Подход, не носящий характера вмешательства и не предусматривающий таких ограничений, будет, по всей вероятности, способствовать созданию гибких возможностей, обеспечивающих выбор наиболее подходящего решения из круга возможных вариантов действий в отношении конкретного должника.

484. В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности принят иллюстративный подход, который основывается на перечислении ряда возможных решений, но при этом не предполагается, что этот перечень носит исчерпывающий или исключительный характер и другие варианты действий не могут быть избраны. Возможные решения могут включать выбор просто заключения мирового соглашения (соглашения об оплате кредиторам процентной доли их требований, обычно производимой через некоторое время), продолжение коммерческих операций предприятия и его конечную продажу в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с последующей ликвидацией предприятия должника), перевод всех или части активов имущественной массы в одно или несколько существующих предприятий или в предприятия, которые будут учреждены, слияние или консолидацию предприятия должника с одним или несколькими другими коммерческими предприятиями, сложную реструктуризацию задолженности и акционерного капитала или некоторые другие решения. Вопрос о том, какой из вариантов действий является наиболее уместным, возможно, лучше всего оставить на разрешение с учетом условий рынка, если подобный эффективный рынок существует, или, по крайней мере, на разрешение в ходе переговоров между должником, управляющим в деле о несостоятельности, кредиторами и другими лицами, обладающими экономическими интересами.

485. Даже если в законодательстве о несостоятельности не используется предписательный подход применительно к форме или характеру плана, в нем могут устанавливаться определенные ограничения, например предусматриваться, что очередность кредиторов при ликвидации должна сохраняться в случае реорганизации, что последствия плана не могут вести к сохранению неплатежеспособности должника и его возвращению на рынок в таком состоянии, и что в плане реорганизации должны быть соблюдены ограничения, установленные в других областях законодательства (в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не содержит поправок к таким ограничениям), например в области валютного контроля.

3. Предложение плана реорганизации

486. Два важных вопроса, которые следует рассмотреть в связи с предложением плана реорганизации, касаются стадии производства, на которой он должен быть предложен, и стороны или сторон, которые будут иметь возможность его предложить или которым может быть поручено его предложение. Для решения этих вопросов может быть использован целый ряд различных подходов.

а) Сроки представления предложения

487. Что касается первого вопроса, связанного со сроками представления предложения, то используемый подход может зависеть от целей и задач реорганизации в каждом конкретном случае или быть связан с порядком открытия реорганизационного производства. В законодательстве некоторых стран, например, предусматривается, что план реорганизации должен представляться совместно с заявлением о возбуждении реорганизационного производства (в этом случае заявление может называться "предложением" о реорганизации), когда такое производство является производством, которое открывается по инициативе должника⁹⁰. К числу возможных трудностей, возникающих в результате такого подхода, может относиться следующее: задержка в том, что касается предоставления должнику возможности возбудить производство и получить своевременную помощь в результате введения моратория, трудность, связанная с точным осознанием на столь раннем этапе конкретных целей плана; и, если план был подготовлен без консультаций с кредиторами и другими заинтересованными сторонами, однако предполагается, что он является окончательным, то могут отсутствовать практические возможности для его осуществления и он может, таким образом, предредить ход производства и также вызвать задержки. В законодательстве многих других стран предусматривается обсуждение и представление плана после открытия реорганизационного производства. Такой подход является, возможно, более гибким, поскольку он позволяет проводить консультации и переговоры по приемлемому плану реорганизации в условиях защищенности должника мораторием. Эти преимущества потребуются, возможно, сбалансировать с учетом возможности злоупотребления режимом несостоятельности должниками, которые не имеют ни намерения, ни способности представить план, а лишь пытаются воспользоваться льготами моратория. Вопросы о сроках представления плана могут также возникнуть при изменении статуса производства с ликвидационного на реорганизационный (см. 14, ниже).

б) Стороны, уполномоченные на представление плана

488. Что касается второго вопроса, то участники реорганизационного производства могут иметь различные возможности и нести различные обязанности применительно к обсуждению и представлению плана реорганизации в зависимости от структуры действующего законодательства о несостоятельности и, в частности, от соответствующих функций, которыми наделяются управляющие в деле о несостоятельности, должник и кредиторы. Например, согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности устанавливается позитивное обязательство этих сторон сотрудничать в обсуждении и представлении плана. При определении того, какая сторона должна быть уполномочена представить план или какие стороны способны его представить, желательно добиться сбалансированности между свободой, предоставляемой различным сторонам в представлении плана (например, следует ли признать право на представление плана за всеми сторонами, должно ли такое право возникать у них одновременно или следует ли предусмотреть такой порядок, при котором стороны будут представлять планы последовательно и представление следующего плана будет зависеть от приемлемости уже предложенного), и ограничениями, неизбежно связанными с этой процедурой в том, что касается требований о принятии (голосовании) (например, должны ли все

⁹⁰ Такой подход не следует путать с заявлением о проведении ускоренного производства, которое должно сопровождаться представлением плана, утвержденного кредиторами, см. главу IV.B.

кредиторы выполнять те или иные функции при разработке плана, который подлежит их принятию), сроков для обсуждения и представления, нормы о возможности внесения изменений в план, предусматриваемой в законодательстве о несостоятельности, и других процессуальных соображений. Такой сбалансированности, по всей вероятности, легче достичь с помощью гибкого, а не предписательного подхода, хотя в интересах обеспечения эффективности, определенности и предсказуемости, а также упорядоченного хода производства желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности достаточные ориентиры для обеспечения представления жизнеспособного плана.

i) Представление плана должником

489. В тех случаях, когда план должен быть представлен до открытия производства, он, как правило, будет представлен должником, однако к этому процессу может быть привлечена одна или несколько – не обязательно все – категории кредиторов, которые могут принять участие в переговорах и согласовать план, при том условии, что он будет принят другими кредиторами или "навязан" другим категориям. В тех случаях, когда план должен быть представлен после открытия производства, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает представление плана реорганизации должником, причем иногда оговаривается, что он должен делать это в сотрудничестве с другими сторонами, такими как управляющий в деле о несостоятельности, кредиторы, адвокат, бухгалтер или иной консультант по финансовым вопросам. Возможные преимущества подхода, предусматривающие представление плана должником, могут заключаться в поощрении должников к возбуждению реорганизационных процедур на раннем этапе и, когда планом предусматривается продолжение функционирования коммерческого предприятия должника, в оптимальном использовании осведомленности должника о его коммерческих операциях и о тех шагах, которые необходимы для восстановления рентабельности неплатежеспособного предприятия (в то же время свободу, предоставляемую должнику, потребуются, возможно, сбалансировать с учетом необходимости обеспечения доверия кредиторов к должнику и его предложению). Преимущества такого подхода также могут быть очевидными в тех случаях, когда для обеспечения успеха коммерческих операций необходимо участие основного управленческого персонала должника (например, по причине сложности таких операций) или когда осуществить замену такого персонала за короткий срок весьма трудно.

490. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает исключительный характер предоставления должнику такой возможности. В других законодательствах предусматривается поэтапный подход, когда предоставляемая должнику возможность представления плана является исключительной только в течение оговоренного срока. Суд вправе продлить этот срок, если должник сможет обосновать такую задержку и когда имеются реальные перспективы успешной реорганизации, а также когда другая сторона имеет возможность представить такой план, в соответствии с которым срок исключительных возможностей должника истекает, если план не предложен.

ii) Представление плана кредиторами

491. В тех случаях, когда требуется одобрение плана кредиторами, всегда существует опасность того, что процедуры реорганизации будут сорваны, если план, представленный должником, является неприемлемым. Например, кредиторы могут согласиться с одобрением только того плана, который лишает акционеров должника

контрольного пакета акций предприятия должника, а также может лишить действующую администрацию любых управленческих функций. Если должник имеет исключительное право на представление плана и отказывается рассмотреть такую схему, возникает опасность провала реорганизации, что нанесет ущерб и кредиторам, и работникам, и самому должнику. Для решения проблем, связанных с такой ситуацией, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что при подготовке своего плана должник обязан сотрудничать с кредиторами и обсуждать с ними план, а если должник не представляет приемлемого плана до истечения срока действия его исключительного права, то возможность предложить план предоставляется кредиторам [это может быть сделано через комитет кредиторов (см. главу III.C)]. Такое решение может создать средство, необходимое для содействия достижению компромисса между участвующими сторонами.

iii) Представление плана управляющим в деле о несостоятельности

492. Еще один подход, используемый в законодательстве многих стран о несостоятельности, заключается в том, чтобы предоставить возможность предложения плана управляющему в деле о несостоятельности, будь то в качестве альтернативы предложению плана должником или кредиторами или в качестве дополнительной меры. Если у управляющего в деле о несостоятельности будет иметься возможность ознакомиться с состоянием коммерческого предприятия должника после открытия производства, его положение может создать хорошие условия для принятия решения о том, какие меры необходимы для обеспечения рентабельности предприятия. Его положение может также предоставить хорошие возможности для содействия переговорам по плану между должником и кредиторами. Значение, придаваемое обеспечению участия управляющего в деле о несостоятельности, зависит от структуры законодательства и, в частности, от требования утверждения плана кредиторами или судом. Когда требуется утверждение плана кредиторами, вероятность принятия плана, учитывающего приемлемые для кредиторов предложения, будет более высокой по сравнению с планом, таких предложений не учитывающим. Эти соображения могут не применяться в случаях, когда одобрение кредиторов не является необходимым или когда суд вправе отказать утвердить одобренный план по причинам, не относящимся к правильности ведения производства, например, по соображениям экономической обоснованности. В тех случаях, когда предусматривается только утверждение плана судом, для обеспечения утверждения плана может потребоваться значительная юридическая помощь. Когда управляющему в деле о несостоятельности не предоставляется возможность обсуждения и предложения плана или участия в этом процессе, может быть, было бы желательно предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность рассмотреть план до того, как он будет представлен на утверждение.

iv) Представление плана несколькими сторонами

493. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что возможность предложения плана предоставляется ряду сторон. К их числу может относиться должник, управляющий в деле о несостоятельности и кредиторы или комитет кредиторов. В тех случаях, когда включается подобное положение, может оказаться желательным, чтобы устанавливались определенные процедуры для обеспечения того, чтобы конкурирующие планы не представлялись одновременно. Хотя в определенных случаях такой конкурентный подход может способствовать

представлению взаимоприемлемого плана, он также может привести к усложнению процесса, путанице, неэффективности и задержкам.

494. В некоторых странах законодательство предусматривает, что суд может рассмотреть мнения о плане таких третьих сторон, как правительственные ведомства и профсоюзы. Хотя включение этих сторон в обсуждение плана в том или ином конкретном случае может способствовать представлению приемлемого плана, такая процедура, будучи принятой в качестве общего принципа, может также привести к усложнению и затягиванию производства. Ее применение может быть желательным, только если она способна принести пользу в конкретном случае, когда интересы этих сторон имеют важнейшее значение для плана реорганизации и когда процесс обсуждения проходит под пристальным контролем и его сроки четко определены.

с) Сроки представления плана

495. В некоторых странах в законодательстве о несостоятельности устанавливается период после начала производства, в течение которого должен быть представлен план. Этот срок может отводиться непосредственно для представления плана должником или для предложения плана в целом. Например, в законодательстве одной из стран для представления плана должником предусматривается 120-дневный срок, по истечении которого любая другая сторона может представить план, причем каких-либо конкретных сроков не оговаривается. Примеры продолжительности сроков, обычно применимых к обсуждению и представлению плана, варьируются от 35 до 120 дней, считая со дня открытия производства, причем в некоторых странах законодательство предусматривает возможность продления или сокращения этого срока судом при определенных обстоятельствах. Хотя установление сроков может быть полезным в обеспечении бесперебойного хода реорганизационного производства, это преимущество потребует, возможно, сбалансировать с учетом риска того, что предельные сроки могут быть излишне жесткими и представлять собой произвольные ограничения, в частности, если учитывать существование крупных дел, когда обсуждение и представление плана может занять значительно больше времени, например более 12 месяцев; что сроки не будут соблюдаться, особенно при отсутствии надлежащих санкций; или что инфраструктура институтов в области несостоятельности не сможет обеспечить соблюдение предельных сроков (например, по таким причинам, как отсутствие средств). Одним из средств решения проблемы отсутствия гибкости является принятие положения о продлении этого срока судом, при условии что он продлевается на следующий ограниченный срок и что неограниченное число продлений этого срока не допускается. Преимущество такого подхода состоит в том, что при этом сторона, ходатайствующая о продлении, должна продемонстрировать суду его необходимость, т. е., например, что для задержки есть веские причины (например, что продление необходимо для дальнейших консультаций с кредиторами, или что произошла задержка в получении оценок или отчетов от профессиональных советников), что задержка не нанесет ущерба интересам других сторон и что при условии продления срока имеется реальная возможность того, что план будет одобрен кредиторами.

496. В том случае, когда законодательство о несостоятельности включает сроки для проведения переговоров и представления плана, необходимо рассмотреть те процедуры, которые преобразуются из ликвидационного производства. Стандартные сроки, применимые посредством ссылки к началу производства (т. е. ликвидационного производства), не так просто применить при рассмотрении дел,

которые основываются на изначальном заявлении о проведении производства и рассматривают изменение статуса производства как его продолжение.

4. План

497. Результаты реализации плана зависят от реально существующих практических возможностей, т. е., другими словами, от того, существует ли вероятность, что на основании известных фактов, обстоятельств и обоснованных предположений план и сам должник скорее добьются, чем не добьются успеха. Определение вероятности успешной реализации плана предполагает рассмотрение двух взаимосвязанных вопросов. Первый из них касается содержания самого плана, или, другими словами, содержащихся в нем предложений. Второй касается способа, каким эти предложения представляются и разъясняются кредиторам в целях получения их поддержки.

а) Содержание плана

498. Вопрос о содержании плана тесно связан с процедурой его принятия (например, согласие каких кредиторов требуется для принятия плана, уровень поддержки, требуемый для принятия, и процедура утверждения судом, если таковое предусматривается) и с последствиями плана после его принятия (и утверждения судом, если это требуется) (например, будет ли он иметь обязательную силу для несогласных кредиторов и обеспеченных кредиторов, которые будут нести ответственность за осуществление плана и за повседневное управление предприятием должника), а также с тем, требуется ли утверждение плана судом. Во многих странах в законодательстве о несостоятельности предусматриваются положения, касающиеся содержания плана реорганизации. В некоторых законах эти вопросы регулируются посредством ссылки на общие критерии, например на требования о том, чтобы в плане реорганизации всем сторонам должным образом и четко раскрывалась информация об истинном финансовом положении должника и преобразовании юридических прав, предлагаемом в плане, или, посредством ссылки, на минимальные требования, заключающиеся, например, в том, что в плане должна предусматриваться оплата определенных преимущественных требований. Следует отметить, что при этом не требуется, чтобы план изменял или иным образом затрагивал права каждой категории кредиторов.

499. В других странах законодательство устанавливает более конкретные требования относительно необходимой информации в связи с финансовым положением должника и предложениями, включаемыми в план. Информация о финансовом положении должника может включать баланс активов и пассивов и ведомости движения наличности, а также информацию, касающуюся причин или обстоятельств, обусловивших финансовое положение должника. Информация относительно содержащихся в плане предложений может, в зависимости от целей плана и обстоятельств конкретного должника, включать следующее: подробности применительно к категориям требований; требования, сокращаемые согласно плану, и режим, который будет предоставлен каждой категории согласно плану; продолжение или прекращение контрактов, не исполненных в полном объеме; режим не истекших договоров об аренде; меры и механизмы для решения вопросов, связанных с активами должника (например, передачу, ликвидацию, удержание); продажу обеспеченных активов или иное распоряжение ими; процедуру раскрытия информации и утверждения; права заявителей оспариваемых требований на участие в процедуре голосования и условия регулирования вопросов об оспариваемых требованиях; механизмы решения вопросов, связанных с персоналом предприятия должника; вознаграждение администрации предприятия должника; осуществление

финансирования плана; отсрочку даты истечения срока платежа или изменение процентной ставки или иного условия просроченных обеспечительных интересов; роль, которую должен играть должник в осуществлении плана и определении лиц, которые будут нести ответственность за будущее управление коммерческим предприятием должника; погашение требований и разъяснение того, каким образом сумма, причитающаяся кредиторам, превысит сумму, которую они получили бы в случае ликвидации; уплату процентов на требования; распределение всех или какой-либо части активов имущественной массы между имеющими долю в этих активах; возможные изменения в учредительном акте или учредительном документе должника (изменения в уставных нормах, уставе и т. д.) или структуре капитала компании должника, либо слияние должника с одним или несколькими лицами или его поглощение ими; основу, на которой предприятие сможет продолжить свои коммерческие операции и быть успешно реорганизованным; надзор за выполнением плана; и срок реализации плана, включая в определенных случаях максимально предусмотренный законом срок.

500. Желательно, чтобы вместо перечисления широкого круга подробных данных, которые должны быть включены в план, в законодательстве о несостоятельности устанавливалось минимальное содержание плана с указанием его основных задач и процедур его реализации. Например, в законодательстве о несостоятельности может содержаться требование, чтобы в плане были подробно описаны все категории кредиторов и то, какой режим предусматривается в отношении каждой из них; положения и условия плана (такие как режим в отношении контрактов и роль, которую играет должник в данное время); а также что требуется для выполнения плана (например, продажа активов или частей предприятия, пролонгация сроков погашения платежей, изменения в структуре капитала предприятия и надзор за выполнением).

501. Применительно к содержанию плана также возникают вопросы, связанные с другими областями законодательного регулирования. Например, в той мере, в которой национальное законодательство исключает возможность обмена задолженности на акционерный капитал, план, предусматривающий такой обмен, не может быть принят. Поскольку обмен долгов на акции может быть важным элементом реорганизации, этот запрет будет необходимо отменить, по крайней мере в контексте дел о несостоятельности, с тем чтобы подобные положения могли быть включены в план и утверждены. Аналогично, если в результате действия иных норм права план должен ограничиваться только обеспечением списания долга или продлением сроков погашения, получение одобрения кредиторов может оказаться весьма затруднительным. Применительно к некоторым делам о несостоятельности возникают аналогичные четкие и неоспоримые вопросы о взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и другими нормами права. В других делах могут возникать более сложные вопросы. К их числу могут относиться ограничения на иностранные инвестиции и меры валютного контроля (особенно в случаях, когда многие из кредиторов являются нерезидентами) или режим в отношении работников согласно соответствующим законам о труде, – например, когда реорганизация может быть связана с вопросами изменения коллективных договоров, – или вопросы, связанные с налоговым законодательством.

502. Существуют разные подходы к решению этих вопросов. В некоторых странах законодательство о несостоятельности подпадает под эти виды ограничений, вследствие чего может уменьшиться возможность выбора вариантов реорганизации. В других странах законодательством о несостоятельности в оговоренных обстоятельствах допускается преодоление некоторых ограничений,

устанавливаемых другими нормативными актами, например положениями, касающимися распоряжения активами должника и приоритетов при распределении, например в случае согласия кредиторов. Желательно, чтобы предусмотренные в других законодательствах ограничения, которые повлияют на данное законодательство о несостоятельности, были учтены при составлении проекта законодательства о несостоятельности, а в целях обеспечения прозрачности и предсказуемости желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был прямо урегулирован вопрос о его взаимосвязи с другими законодательствами и при этом, по возможности, указывалось бы воздействие тех других законодательств на законодательство о несостоятельности.

b) Информация, которая должна сопровождать план

503. При голосовании по плану кредиторам и другим соответствующим заинтересованным сторонам, таким как акционеры, необходимо иметь возможность убедиться в том, что содержащиеся в плане предложения практически осуществимы и не основываются, например, на ошибочных предположениях и что в результате осуществления плана должник не будет чрезмерно обременен задолженностью. Для облегчения проведения такой оценки кредиторам и другим соответствующим заинтересованным сторонам потребуется предоставить информацию, разъясняющую содержащиеся в плане предложения и воздействие этих предложений на должника, кредиторов и другие затрагиваемые этим стороны. В этих целях план может быть представлен кредиторам и прочим сторонам вместе с заявлением о раскрытии информации, содержащим полностью раскрытую информацию, которая даст всем сторонам возможность оценить план надлежащим образом. Это заявление может быть подготовлено квалифицированным специалистом, от которого можно ожидать изложения заслуживающего доверия и беспристрастного мнения относительно предлагаемых в плане мер, или той же стороной, которая предлагает план, вместе с профессиональной консультацией или без нее. Когда управляющий в деле о несостоятельности не участвует в представлении плана или подготовке заявления, может быть желательным обратиться к нему за комментариями по обоим документам. В тех случаях, когда кредиторы и другие соответствующие заинтересованные стороны не соглашаются с профессиональной оценкой или не считают, что раскрытая информация является убедительной, эти мнения могут быть учтены либо в ходе голосования по плану с помощью механизма, разрешающего внесение в план изменений, либо судом при утверждении плана (в тех случаях, когда этот элемент требуется применяемыми процедурами).

504. В ряде стран в законодательстве о несостоятельности содержатся положения, определяющие, какая информация должна предоставляться кредиторам и другим заинтересованным сторонам, чтобы дать им возможность должным образом оценить план, причем такая информация может включаться как в сам план, так и в отдельный документ. Требование о предоставлении такой информации, подкрепленное механизмами получения соответствующей информации, отвечает ключевой цели – обеспечению прозрачности – и может содействовать обеспечению доверия кредиторов к производству по делу о несостоятельности. В то же время, возможно, потребуется сбалансировать предусматриваемый порядок с учетом обеспокоенности по поводу соблюдения конфиденциальности, возникающей в связи с предоставлением доступа к касающейся должника финансовой и коммерческой информации, которая может носить конфиденциальный характер, даже если такая информация может быть в конечном счете открыта для публичного ознакомления в результате принятия или утверждения плана судом. Эту обеспокоенность можно

устранить, включив в законодательство обязательства о соблюдении конфиденциальности, которые будут возлагаться на должника, кредиторов, управляющего в деле о несостоятельности и другие заинтересованные стороны. Это требование, возможно, также потребует сбалансировать с учетом претензий на предоставление информации, которая не имеет отношения к цели оценки плана; основное внимание следует уделять информации, требующейся в каждом отдельном случае для оценки конкретных предложений, содержащихся в плане.

505. Желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности указывался минимальный объем информации, которая должна быть представлена в заявлении о раскрытии. К ней может относиться информация о финансовом положении должника, включая сведения об активах и пассивах его баланса и отчеты о движении денежных средств; сравнение того, что причитается кредиторам в соответствии с предлагаемым планом, с тем, что они могли бы ожидать получить в результате ликвидации; основа, на которой предприятие должника могло бы продолжать вести коммерческие операции и быть успешно реорганизованным; информация о механизме голосования, применимом к принятию плана; информация, показывающая, что в целях выполнения плана были предприняты адекватные меры по удовлетворению всех обязательств, предусмотренных в плане, и что, по расчетам, должник будет иметь достаточно денежных средств, чтобы расплатиться с долгами, как предусмотрено в плане.

5. Принятие плана

506. Разработка положений законодательства о несостоятельности, относящихся к принятию плана, требует сбалансированного учета ряда противоречащих друг другу соображений, например, о том, должны ли кредиторы голосовать по принятию плана по категориям и какой режим избрать в отношении несогласных кредиторов. При этом следует исходить из основополагающего принципа, что план может быть обязательным для выполнения кредиторами только в том случае, если им была предоставлена возможность проголосовать в процессе его принятия. Основной целью категоризации требований является удовлетворение необходимых условий о справедливом и равном статусе кредиторов, одинаковом режиме рассмотрения аналогичных требований и обеспечении предоставления всем кредиторам конкретной категории одного и того же набора условий, предлагаемых планом реорганизации. Это – один из методов обеспечить рассмотрение преимущественных или преференциальных прав требования в соответствии с правилами очередности, установленными законодательством о несостоятельности. Это также может упростить рассмотрение требований крупнейших кредиторов, которых можно убедить согласиться с тем, что по отношению к ним будет применяться режим, отличный от того, который будет применяться в отношении общей категории необеспеченных кредиторов, когда такой режим необходим для обеспечения выполнимости плана. Однако такое распределение по категориям может усложнить и увеличить расходы на производство по делу о несостоятельности в зависимости от того, какое количество различных категорий будет установлено. Альтернативным подходом к обеспечению того, чтобы кредиторы, к которым следует применить особый режим, не испытывали притеснения со стороны большинства, является предоставление этим группам возможности оспорить решение большинства в суде, если применявшийся к ним режим не был основан на принципе справедливости и равного статуса. Сам факт наличия такой возможности может удерживать большинство от выдвижения предложений, несправедливо ущемляющих интересы кредиторов, имеющих преимущественное право требования.

507. Что касается режима в отношении несогласных кредиторов, будет чрезвычайно важно предусмотреть возможность "навязывания" согласованного плана меньшинству не согласных с ним кредиторов в рамках какой-либо категории, с тем чтобы повысить шансы на успех реорганизации. Может быть также необходимо, в зависимости от избранного механизма голосования по плану и от того, осуществляется ли голосование кредиторов по категориям, рассмотреть вопрос о том, можно ли сделать так, чтобы план имел обязательную силу для не согласных с ним категорий кредиторов и других затрагиваемых им сторон.

508. В той мере, в какой план может приниматься и в принудительном порядке осуществляться, несмотря на наличие не согласных с ним сторон, может возникнуть необходимость в обеспечении того, чтобы содержание плана предусматривало надлежащую защиту таких не согласных с ним сторон и, в частности, не создавало несправедливых последствий для их прав. Так, например, в законодательстве можно предусмотреть, что план не будет иметь обязательной силы для не согласной с ним категории, если ей не будет гарантирован определенный режим. Если это обеспеченные кредиторы, то требуемый режим может состоять в том, что такие кредиторы получают оплату в размере их обеспечительного интереса, в то время как в случае необеспеченных кредиторов может быть так, что любые обладатели меньших прав, включая акционеров, не получают ничего. В той мере, в какой процедура принятия приводит к нанесению существенного ущерба требованиям кредиторов (особенно обеспеченных кредиторов) и других имеющих к этому отношение сторон без их согласия, возникает опасность того, что ущерб будет также нанесен и готовности кредиторов предоставлять кредиты в будущем. Таким образом, существенное значение для защиты таких интересов будет иметь механизм принятия плана и наличие надлежащих защитительных мер.

а) Процедуры принятия

509. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается созыв специального собрания кредиторов для цели голосования по плану реорганизации и требуется, чтобы план (и соответствующая информация или документ о раскрытии такой информации, если его представление также требуется) был предоставлен в распоряжение кредиторов и других имеющих право голоса заинтересованных сторон в течение определенного срока до созыва такого собрания. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что голосование осуществляется лично на собрании кредиторов, в то время как в законодательстве других стран также устанавливается, что голосование может быть осуществлено по почте или по доверенности. В целях упрощения процедуры голосования и в виде признания все более широкого использования электронных средств связи, возможно, было бы желательно признать, что голосование может проводиться лично, по доверенности и при помощи электронных средств связи.

510. К числу других вопросов, которые следует рассмотреть в связи с принятием плана, относятся следующие: должны ли кредиторы и другие заинтересованные стороны голосовать по категориям, соответствующим их правам; виды требований (с точки зрения признания или предварительного признания таких требований), которые будут приниматься во внимание при определении получения требуемого большинства голосов; требуется ли, чтобы голосовали обеспеченные кредиторы; будут ли при определении требуемого большинства голосов учитываться голоса владельцев преимущественных прав требования; какие заинтересованные стороны помимо кредиторов имеют право голосовать по принятию плана; и порядок применительно к воздержавшимся или не участвующим в голосовании кредиторам.

Эти вопросы рассматриваются в следующих пунктах. Что касается последнего вопроса, то в законодательстве некоторых стран, например, голоса воздержавшихся или не участвующих в голосовании считаются голосами, поданными против принятия плана. Такой подход может иметь эффект лишения права голоса тех кредиторов, которые участвовали в голосовании и проголосовали за принятие плана, и на практике значительно затруднить принятие плана. В качестве альтернативы этому во многих странах принят подход, предусматривающий расчет процентной доли поддержки на основе учета голосов сторон, фактически участвующих в голосовании; при этом считается, что отсутствующие или воздержавшиеся мало заинтересованы в производстве. Такой подход чреват тем, что на ход реорганизации сможет оказывать влияние потенциально небольшая и нерепрезентативная группа кредиторов, особенно принимая во внимание широко распространенную пассивность кредиторов. Здесь требуется некий сбалансированный подход, облегчающий принятие плана, гарантирующий уровень поддержки кредиторов, достаточный для выполнения плана, и позволяющий избежать злоупотреблений. Это можно обеспечить независимо от того, какой из рассмотренных выше подходов будет применен, путем установления положения, требующего надлежащего уведомления кредиторов и других заинтересованных сторон, особенно если они являются нерезидентами, а также путем принятия механизмов голосования, не требующих личного присутствия, таких как голосование по доверенности и при помощи электронных средств.

511. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности для упрощения процедуры голосования также используются презумпции. Если, например, план предусматривает аннулирование требования кредитора или интереса в акционерном капитале владельца (и эта сторона ничего по плану не получает), может действовать презумпция голосования этой стороной против плана. И напротив, когда согласно плану требование остается неизменным или предусматривается его оплата в полном объеме, может действовать презумпция голосования в пользу плана. Использование таких презумпций может также уменьшить необходимость в направлении уведомления и предоставлении информации соответствующим кредиторам и другим заинтересованным сторонам.

b) Принятие плана обеспеченными кредиторами и кредиторами, имеющими преимущественное право требования

512. Во многих делах о несостоятельности на обеспеченные требования будет приходиться значительная доля стоимостного объема задолженности должника, и в вопросе о принятии плана обеспеченными и имеющими преимущественное право требования кредиторами могут быть использованы различные подходы. В то же время как общий принцип та степень, в какой от обеспеченного кредитора будет требоваться участие в голосовании, будет зависеть от использованного в режиме о несостоятельности подхода в отношении обеспеченных кредиторов, степени, в которой план реорганизации может затрагивать обеспечительные интересы обеспеченного кредитора, и степени, в которой стоимость обремененных активов позволит удовлетворить требование обеспеченного кредитора.

513. Согласно одному из подходов, в том случае, если законодательство о несостоятельности не затрагивает обеспеченных кредиторов и, в частности, не препятствует им в осуществлении своих прав в отношении обремененных активов, не имеется необходимости в предоставлении таким кредиторам права участвовать в голосовании, поскольку их обеспечительные интересы планом затрагиваться не будут. Согласно этому подходу, аналогичное положение занимают и кредиторы с

преимущественным правом требования: план не может уменьшить стоимость их требований, и они имеют право на получение платежа в полном объеме. В то же время присущее этому подходу ограничение состоит в том, что он может снизить шансы на успешное проведение реорганизации, особенно в тех случаях, когда для успешной реализации плана важнейшее значение имеют обремененные активы. Если обеспеченный кредитор не связан планом, то его решение об осуществлении своих прав, например о восстановлении во владении и продаже обремененных активов, может обусловить невозможность осуществления реорганизации предприятия. Аналогично, при некоторых обстоятельствах, единственный способ создания возможности для успешной реализации плана может состоять в том, чтобы предусмотреть такой порядок, при котором кредиторы с преимущественным правом требования получают после принятия плана сумму меньшую, чем полная стоимость их требований. Таким образом, перспективы реорганизации могут быть улучшены, если кредиторы с преимущественным правом требования согласятся на отсрочку платежа и если обеспеченные кредиторы не будут возражать против будущего изменения условий обеспечения долга. Если же они не будут включены в план и от них потребуется голосование по предложениям, затрагивающим их права, невозможно будет добиться изменения этих прав.

514. В той мере, в какой стоимость обремененных активов не будет достаточной для удовлетворения требования обеспеченного кредитора в полном объеме, в законодательстве ряда стран о несостоятельности предусматривается возможность голосования таких обеспеченных кредиторов вместе с обычными необеспеченными кредиторами по вопросам, касающимся неудовлетворенной части их требования. В правовых системах некоторых стран в результате такого порядка возникают сложные вопросы оценки для определения того, является ли обеспеченный кредитор действительно обеспеченным и в какой мере он таковым является. Например, в случаях, когда три кредитора являются держателями обеспечения в одних и тех же активах, стоимость таких активов может быть достаточной только для удовлетворения первого по порядку очередности требования и частично второго по порядку очередности требования. Таким образом, второй кредитор может иметь право принять участие в голосовании только в отношении необеспеченной части его требования, тогда как третий кредитор окажется полностью необеспеченным. Таким образом, оценка активов имеет важнейшее значение для определения степени обеспеченности обеспеченных кредиторов и, следовательно, того, требуется ли, чтобы они голосовали как необеспеченные кредиторы по вопросам, касающимся любой части их требования.

515. Для решения вопроса об участии обеспеченных кредиторов в голосовании по плану реорганизации применяются самые разнообразные подходы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности устанавливается, что обеспеченные кредиторы и кредиторы с преимущественным правом требования голосуют как отдельные категории по плану, который предусматривает ухудшение условий их требований или иным образом предусматривает получение их согласия на обязательную силу плана. Принятие подхода, позволяющего обеспеченным кредиторам голосовать как отдельной категории, является признанием того, что соответствующие права и интересы обеспеченных кредиторов отличаются от соответствующих прав необеспеченных кредиторов. Тот же довод справедлив и для кредиторов с преимущественным правом требования. Однако во многих случаях права обеспеченных кредиторов будут отличаться друг от друга, и может оказаться нецелесообразным требовать, чтобы все обеспеченные кредиторы голосовали в составе единой категории. В таких случаях законодательством некоторых стран предусматривается, чтобы каждый обеспеченный кредитор образовывал

собственную категорию. Когда обеспеченные кредиторы принимают участие в голосовании, требуемое большинство голосов какой-либо категории обеспеченных кредиторов будет таким же, как и большинство, которое требуется для принятия плана необеспеченными кредиторами, хотя имеются примеры законодательств, которые требуют наличия иного большинства голосов в зависимости от порядка, в котором права обеспеченных кредиторов должны быть затронуты в плане (например, большинство в три четверти голосов требуется в случаях, когда должен продлеваться срок погашения обязательств, и большинство в четыре пятых – когда соответствующие права должны умалиться иным образом).

516. В тех случаях, когда обеспеченные кредиторы голосуют по категориям, законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что в той мере, в какой требуется большинство голосует за принятие плана, несогласные члены этой категории будут связаны его условиями при наличии определенных мер защиты. Согласно такому законодательству, меры защиты, доступные несогласным обеспеченным кредиторам, могут включать предоставляемое им право получить сумму, по крайней мере такую же, какую они получили бы в случае ликвидации, и только при выполнении этого условия план будет иметь для них обязательную силу, или же они могут быть связаны планом, если в нем предусмотрена выплата им полного стоимостного объема их обеспечительного интереса с процентами по рыночной ставке в течение определенного периода времени. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусматривается, что суд имеет право вынести решение, что план имеет обязательную силу для обеспеченных кредиторов при условии соблюдения определенных условий. К числу таких условий могут относиться следующие: взыскание обеспечительного интереса обеспеченным кредитором окажет существенное неблагоприятное воздействие на достижение целей плана; обеспечительные интересы обеспеченного кредитора будут в достаточной мере защищены планом; и положение обеспеченного кредитора не будет далее ухудшаться согласно плану или в результате его осуществления (например, будет произведена выплата будущих процентов, и стоимость обремененного актива, обеспечивающего обеспечительный интерес, не пострадает). В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается, что план не может быть "навязан" каким-либо обеспеченным кредиторам, если на это не получено их согласие.

517. При определении подхода, который следует использовать в этом вопросе, важно будет оценить воздействие желательного подхода на наличие и стоимость финансирования сделок под обеспечение, а также добиться максимально возможной определенности и предсказуемости, приводя все это в соответствие с целями законодательства о несостоятельности и пользой, которую принесет экономике успешная реорганизация.

с) Принятие плана обычными необеспеченными кредиторами

518. Для предоставления в распоряжение обычных необеспеченных кредиторов эффективных возможностей принять участие в голосовании по плану могут использоваться различные механизмы. Независимо от избранного механизма желательно обеспечить его максимально возможную простоту и четко оговорить его в законодательстве о несостоятельности с целью создания условий предсказуемости и прозрачности.

і) Категории необеспеченных кредиторов

519. В законодательстве ряда стран о несостоятельности не предусматривается разделение необеспеченных кредиторов на различные категории, а устанавливается порядок, при котором они голосуют как единая группа.

520. В странах, где установлены категории обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования, часто также предусматривается разделение на различные категории и обычных необеспеченных кредиторов на основе их различных экономических интересов. Цель создания таких категорий состоит в том, чтобы повысить возможность осуществления успешной реорганизации по меньшей мере в трех аспектах: за счет обеспечения пригодного средства для определения различных экономических интересов необеспеченных кредиторов; за счет создания основы для структурирования условий плана; и за счет предоставления суду возможности использовать поддержку плана требуемым большинством кредиторов одной категории для того, чтобы сделать его обязательным для других категорий, не поддерживающих план. Поскольку установление различных категорий потенциально может усложнить процедуру голосования, такой порядок, возможно, является желательным только в случае существования причин, настоятельно требующих особого режима для некоторых обычных необеспеченных кредиторов, таких как большое число кредиторов, у которых нет общих экономических интересов. К числу критериев, которые могут использоваться для определения общности интересов, могут относиться следующие: характер задолженности, из которой возникают требования, и средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении кредиторов в отсутствие плана реорганизации, в том числе объем возможного возмещения по своим требованиям, которое кредиторы могут получить с помощью этих средств. В тех случаях, когда число необеспеченных кредиторов невелико или когда их интересы являются аналогичными, может и не возникать необходимости в проведении их голосования в связи с принятием плана по различным категориям, что позволит упростить процедуру голосования.

ii) Определение категории

521. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности оговаривается порядок определения категорий обычных необеспеченных кредиторов или требований для целей принятия плана реорганизации. Один из подходов состоит в том, чтобы, согласно плану, требования или интересы были отнесены к той или иной конкретной категории на основе общих интересов или их существенного сходства либо на основе стоимости требования. В тех случаях, когда используется критерий общности или схожести интересов, в распоряжении стороны, предлагающей план, могут иметься определенные возможности для проявления гибкости при отнесении требований к той или иной конкретной группе. Согласно другим подходам предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности предоставляет рекомендации суду до проведения голосования кредиторов по принятию плана или что категории в первой инстанции определяются должником, в распоряжении которого будут иметься определенные ограниченные возможности для проявления гибкости в том, что касается состава каждой категории; при этом необеспеченные кредиторы, не удовлетворенные составом категории, могут обратиться за разрешением этого вопроса в суд.

d) Принятие плана держателями акций

522. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается принятие планов реорганизации держателями акций по крайней мере в тех случаях,

когда план будет затрагивать корпоративное устройство, структуру капитала или состав участников предприятия должника. Кроме того, от держателей акций можно ожидать участия в голосовании в тех случаях, когда они получают долю при распределении согласно плану. В тех случаях, когда план предлагается администрацией должника, его условия уже могут быть приняты держателями акций (в зависимости от структуры соответствующего предприятия должника такое требование может устанавливаться его учредительным документом). Это часто имеет место в тех случаях, когда план непосредственно затрагивает держателей акций, если, например, предусматривает обмен задолженности на акционерный капитал либо посредством передачи имеющихся акций, либо путем выпуска новых акций.

523. В обстоятельствах, когда законодательство о несостоятельности разрешает кредиторам или управляющему в деле о несостоятельности предлагать план и этот план предусматривает обмен задолженности на акционерный капитал, в некоторых странах допускается возможность принятия плана кредиторами, несмотря на возражения держателей акций и независимо от условий учредительного документа должника. Результатом осуществления таких планов может стать полное перемещение долей держателей акций в новое предприятие без их согласия.

e) Лица, связанные с должником

524. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что лица, связанные с должником, не должны принимать участие в голосовании по принятию плана наряду с другими кредиторами или что их голоса не могут быть засчитаны для определенных целей, например, для определения того, был ли план принят той категорией должников, правам которых будет нанесен ущерб (когда это является требованием принятия плана). В то же время в законодательстве многих стран о несостоятельности не содержится положений, специально регулирующих вопрос о лицах, связанных с должником. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности не имеется таких специальных положений, лица, связанные с должником, должны участвовать в голосовании в таком же порядке, что и другие кредиторы. На них, однако, будет, как правило, распространяться действие правовых норм, не относящихся к законодательству о несостоятельности, которые касаются их личных деловых отношений с должником и его коммерческим предприятием.

f) Требования, касающиеся принятия плана

525. В законодательстве многих стран о несостоятельности определяется минимальный уровень поддержки кредиторов, требуемый для принятия плана. Требуемое большинство может рассчитываться самыми различными способами в зависимости от того, проводится ли голосование кредиторов по категориям и какой режим применяется в отношении таких категорий при определении большинства, а также, как обсуждалось выше [II.5a)], от того, требуется ли, согласно законодательству о несостоятельности, большинство голосующих кредиторов или всех кредиторов.

i) Случаи, когда голосование не проводится по категориям

526. В тех случаях, когда кредиторы голосуют не по категориям, большинство может устанавливаться путем ссылки на долю или процентную долю стоимостного объема требований или общее число кредиторов либо устанавливаться на основе сочетания этих двух критериев. Например, согласно законодательству некоторых стран требуется, чтобы поддерживающее план большинство составляло по меньшей

мере две трети или три четверти общего стоимостного объема задолженности и более чем половину или две трети общего числа кредиторов. Хотя эти доли применяются, как правило, к кредиторам, действительно участвующим в голосовании по принятию плана, имеются примеры законодательств, которые определяют такие доли путем ссылки на общий стоимостной объем задолженности и общее число кредиторов, независимо от их фактического участия в голосовании. Используются также и иные комбинации.

ii) *Случаи, когда голосование проводится по категориям*

527. В тех случаях, когда кредиторы проводят голосование по категориям, применяются самые различные подходы к определению того, принят ли план. Эти подходы могут быть в некотором роде комплексными, включающими требование принятия плана как определенной категорией, так и всеми категориями, при этом большинство определяется путем ссылки в некоторых случаях – только на фактически голосующих кредиторов, а в других – на общее число кредиторов независимо от того, голосуют они или нет [см. 5а), выше].

– *Большинство в рамках одной категории*

528. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, для принятия плана требуется большинство голосов кредиторов одной категории, когда требуемое большинство рассчитывается на основе процентной доли или доли стоимости требований или числа кредиторов, либо сочетания этих критериев. Процедура, предусматривающая учет как стоимостного объема требований, так и числа кредиторов, хотя и затрудняет принятие плана, может быть оправданной на том основании, что она защищает коллективную природу осуществления производства. Например, если на долю какого-либо одного кредитора приходится большая часть стоимостного объема долга, такое правило предотвратит возможность навязывания плана этим кредитором всем другим кредиторам против их воли. Аналогично, такое положение может воспрепятствовать тому, чтобы крупный кредитор настоял на своем непринятии плана в ущерб другим кредиторам, хотя и существуют примеры, когда законодательство наделяет кредиторов, на которых приходится более оговоренной процентной доли общего стоимостного объема требований, полномочиями налагать вето на принятие плана или навязать такое улучшение условий плана, которое принесет пользу всем кредиторам. Процедура голосования, которая предусматривает сочетание критериев стоимостного объема требований и числа кредиторов, также не позволит большому числу очень мелких кредиторов навязывать свое решение немногочисленным кредиторам, обладающим весьма крупными требованиями. Законодательство некоторых стран о несостоятельности содержит подобные положения, и даже в тех случаях, когда большинство, рассчитанное от общего числа кредиторов, поддерживает план, но на этих кредиторов приходится менее оговоренной процентной доли стоимостного объема всех требований (например, около 25–30 процентов), суд не проявит готовности к утверждению плана. Такая процедура также может быть оправданной на том основании, что она помогает обеспечить такой уровень поддержки плана, который будет достаточен для создания возможностей его успешной реализации.

– *Большинство категорий*

529. Законодательство некоторых стран требует, чтобы для принятия плана его поддержали все категории кредиторов. Однако законодательство ряда стран допускает поддержку лишь некоторых категорий для того, чтобы план приобрел обязательную силу для тех категорий, которые его не поддерживают. Например,

может требоваться простое большинство категорий, или в тех случаях, когда план поддерживается меньшинством категорий, он тем не менее может быть обязательным для категории несогласных кредиторов при условии, что суд имеет доказательства соблюдения ряда условий. Например, согласно законодательству одной из стран, кредиторы делятся на три категории и предусматривается, что план должен быть принят по меньшей мере двумя из этих категорий и что по крайней мере одна из одобряющих его категорий не получила бы возмещения своих требований в полном объеме, если бы предприятие должника было ликвидировано. Согласно еще одному подходу требуется, чтобы объем прав по крайней мере одной из категорий, принявших план, был уменьшен согласно плану; такой порядок предусматривается для обеспечения того, чтобы план был поддержан не только теми кредиторами, права которых не затрагиваются. Согласно законодательству других стран предусматривается, что поддержка плана категориями необеспеченных кредиторов не является основанием для его принятия, если против него возражают обеспеченные кредиторы. Обсуждение этого вопроса см. ниже, в пунктах 7 и 8.

6. Случаи, когда план не может быть принят

а) Изменение предложенного плана

530. Независимо от избранного механизма голосования желательно, чтобы законодательство о несостоятельности было достаточно гибким, чтобы допустить обсуждение плана, который представлен на утверждение кредиторам и другим заинтересованным сторонам, этими сторонами в ходе процедуры голосования в целях получения широкой поддержки. Когда такие переговоры не представляются возможными, а кредиторы и другие заинтересованные стороны ограничены возможностью проголосовать только по предложенному плану без внесения изменений, вероятность принятия такого плана может снизиться. Один из способов достижения такой гибкости может состоять в том, чтобы предоставить кредиторам право объявлять большинством голосов перерыв в собрании, на котором должно быть принято решение по плану, с тем чтобы создать возможности для получения новой информации, если, как представляется, дальнейшие переговоры по плану могут привести к благоприятному результату или разрешить неурегулированные споры и вопросы. В то же время, как и во многих других положениях законодательства о несостоятельности, желательно, чтобы возможность объявления перерыва предусматривалась лишь для ограниченного круга обстоятельств или, по крайней мере, чтобы ограничивалось количество возможных случаев объявления перерыва, при установлении, возможно, предельных сроков для содействия быстрому завершению вновь открываемых переговоров и избежания злоупотребления этими процедурами.

б) Непринятие плана

531. Для случаев, когда план реорганизации не принимается, а повторные переговоры и внесение изменений в план не позволят разрешить всех возникших трудностей, в законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться различные подходы в отношении дальнейшего хода производства. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что непринятие плана кредиторами должно считаться указанием на то, что они отдают предпочтение ликвидации и что реорганизационное производство может быть преобразовано в ликвидацию (см. также часть первую, главу II.D; часть вторую, главу IV.A.14). Применение этого подхода может побудить должников к

предложению приемлемого плана при условии наличия защитительных положений, направленных на предотвращение злоупотребления этой процедурой в случаях, когда ликвидация отвечает интересам не всех кредиторов. Согласно законодательству других стран о несостоятельности предусматривается, что реорганизационное производство должно быть прекращено. Недостатком этого подхода является то, что должник остается в тяжелом финансовом положении, причем объем долга может увеличиться, а стоимость активов сократиться, а также то, что происходит отсрочка открытия ликвидационного производства, которое может стать неизбежным.

7. Обязательность плана для категорий несогласных кредиторов

532. Как отмечалось выше, в некоторых странах, где предусматривается участие в голосовании по принятию плана обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования, а также создание различных категорий необеспеченных кредиторов, также устанавливается механизм, который позволяет при поддержке плана одной или несколькими категориями кредиторов сделать его обязательным для других категорий (включая, согласно законодательству некоторых стран, категории обеспеченных кредиторов и кредиторов с преимущественным правом требования), не поддержавших план. Такой механизм иногда называется положением о "навязывании плана". Когда такие положения включены в законодательство о несостоятельности, в нем, как правило, также предусматриваются условия, направленные на обеспечение защиты интересов таких категорий кредиторов, не согласных с планом. Поскольку полномочиями на рассмотрение вопроса о соблюдении таких условий, как правило, наделяется суд, эти вопросы рассматриваются в нижеследующем разделе.

8. Утверждение плана судом

533. Утверждение судом плана, принятого кредиторами, требуется отнюдь не во всех странах: единственным необходимым условием для вступления плана в силу является его принятие требуемым большинством кредиторов, а его обязательность для несогласных кредиторов обуславливается действием законодательства о несостоятельности. В таких системах суд все же будет выполнять определенные функции в процессе рассмотрения плана в случаях, когда миноритарные кредиторы или другие заинтересованные стороны, включая должника, оспаривают как сам план, так и средства, при помощи которых он был принят. В других странах для того, чтобы план вступил в действие и имел обязательную силу, его утверждение судом необходимо.

а) Оспаривание принятия плана

534. В законодательстве многих стран о несостоятельности предусматривается возможность оспаривания принятия плана в суде. Процедура слушания такого оспаривания может зависеть от избранного механизма обеспечения эффективности плана. Например, если утверждения плана судом не требуется, то миноритарные кредиторы или другие заинтересованные стороны, включая должника, могут оспорить принятие плана в суде после голосования по его принятию. Когда законодательство о несостоятельности требует утверждения принятого плана судом, оспаривание может иметь место во время слушаний по утверждению плана. В законодательстве также следует определить стороны, которые могут оспорить принятие плана, и сроки любого оспаривания, особенно когда причиной оспаривания является мошенничество и может потребоваться установление любых

сроков по соотнесению со временем обнаружения мошенничества. В законодательстве также может потребоваться решить вопрос о последствиях успешного оспаривания плана, таких как возможность дальнейшего рассмотрения вопроса о принятии плана в зависимости от того, на каком основании ходатайство об оспаривании было удовлетворено, или осуществление преобразования производства в ликвидационное.

535. В законодательстве ряда стран о несостоятельности устанавливаются основания для оспаривания принятия плана. К их числу могут относиться следующие: принятие плана было достигнуто с помощью мошеннических действий (например, предоставление кредиторам и другим заинтересованным сторонам ложной или вводящей в заблуждение информации или утаивание существенной информации в отношении плана реорганизации или финансового состояния должника); определенные нарушения в процедуре голосования (например, участие связанных с должником лиц, когда это не допускается законодательством о несостоятельности, или несоответствие решения о принятии плана интересам кредиторов в целом); определенные нарушения в организации или ходе проведения собрания, на котором осуществлялось голосование (например, не было предоставлено надлежащее уведомление о проведении собрания); предложения, включенные в план, были выдвинуты в ненадлежащих целях или план содержит положения, противоречащие закону; план не является реально осуществимым (например, для успешного осуществления плана требуются обремененные активы, однако обеспеченные кредиторы не связываются планом и не была достигнута договоренность с соответствующими обеспеченными кредиторами в том, что касается принудительного взыскания их обеспечительных интересов); план не удовлетворяет требованиям о защите несогласных кредиторов в рамках какой-либо категории (например, согласно плану они получают меньше, чем получили бы в случае ликвидации); предложения наносят несправедливый ущерб интересам лица, представившего возражение; или режим в отношении требований в плане не соответствует классификации требований, предусмотренной в законодательстве о несостоятельности (если нет договоренности об изменении этой классификации).

536. Поскольку, по всей вероятности, процедуры реорганизации нанесут тот или иной ущерб интересам всех кредиторов, как правило, потребуется установить уровень ущерба или вреда, превышающий уровень ущерба или вреда, нанесенного другим кредиторам или категориям кредиторов, что даст кредитору возможность успешно оспорить принятие плана. Если оспаривающий план кредитор голосовал за его принятие, то основания для оспаривания могут ограничиваться, например, ссылками на мошенничество или другие нарушения.

b) Действия, необходимые для утверждения плана судом

537. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности требует утверждения плана судом (или, в некоторых странах, административным органом), как правило, ожидается, что суд утвердит план, принятый требуемым большинством кредиторов (голосовавших по категориям или иным образом). Во многих странах судам предоставлена возможность играть активную роль в "связывании" кредиторов путем придания плану принудительной силы в отношении какой-либо категории кредиторов, выступивших против его принятия. Это может потребовать от суда выполнения определенных функций, носящих характер юридической формальности: от суда не требуется изучения коммерческих соображений, лежащих в основе принятого плана, а только обеспечение того, чтобы план был принят надлежащим образом (т. е. не имеется свидетельств о мошенничестве в процедурах принятия) и

чтобы были выполнены определенные условия. Эти условия могут быть аналогичны тем или точно теми же, что относятся к оспариванию плана, например, что категории кредиторов, возражающих против плана, примут участие в долевым распределении экономических выгод от реализации плана; что категории кредиторов, возражающих против плана, получают по плану столько же, сколько они получили бы в случае ликвидации; что ни один кредитор не получит больше, чем полный стоимостной объем его требования; что планом признается обычная классификация требований соответственно законодательству о несостоятельности; и что к кредиторам, относящимся к одной и той же категории, будет применяться одинаковый режим. Законодательство некоторых стран о несостоятельности допускает, что категории необеспеченных кредиторов, не имеющих права на преимущественные права требования, могут при наличии требуемого большинства голосов кредиторов этой категории согласиться на иную классификацию, чем та, что по законодательству о несостоятельности применяется к распределению при ликвидации. Такая категория обычных необеспеченных кредиторов, которая не получит полной оплаты долга, может согласиться, например, на свое отнесение к категории кредиторов с правом требования второй очереди или к категории держателей акций. Требования и издержки, которые являются административными требованиями или имеют право быть оплаченными в первую очередь, как правило, должны оплачиваться полностью, чтобы план реорганизации был утвержден, кроме тех случаев, когда держатель требования или издержек соглашается на иной режим. Законодательство некоторых стран требует, чтобы суд оценивал дополнительные обстоятельства, например, можно ли считать план справедливым в отношении тех категорий, интересам которых он наносит ущерб, но которые тем не менее его приняли.

538. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, суду предоставляется право отклонить план на основании его нереальности или невозможности осуществления с практической, а не экономической точки зрения. Такой подход может быть оправдан, например, в тех случаях, когда план не является обязательным для обеспеченных кредиторов, но не предусматривает также и полного удовлетворения их обеспеченных прав требования. Суд может отклонить план в подобном случае, если сочтет, что обеспеченные кредиторы осуществляют свои права в отношении обремененных активов, что сделает осуществление плана невозможным. Риск возникновения подобных ситуаций должен быть учтен в положениях, касающихся подготовки и принятия плана.

539. Чем более сложные решения требуются от суда в отношении принятия или утверждения плана, тем более значительные требования предъявляются к соответствующим знаниям и опыту судей и тем более широкие возможности создаются для вмешательства судей в, по сути, коммерческие решения кредиторов о принятии или отклонении плана. Желательно, в частности, чтобы от суда не требовалось рассмотрения экономических или коммерческих соображений, лежащих в основе решения кредиторов (включая вопросы справедливости, которые не связаны с процедурой принятия, а относятся к существу достигнутого соглашения), а также рассмотрения конкретных аспектов плана с точки зрения их экономической осуществимости, если только он не обладает соответствующей компетенцией и опытом, чтобы делать это. По этим причинам желательно тщательно прорабатывать требования к принятию плана кредиторами и его утверждению судом (когда это требуется), чтобы свести к минимуму возможность возникновения проблем, схожих с теми, которые обсуждаются здесь.

9. Действие принятого [и утвержденного] плана

540. Когда план принимается требуемым большинством кредиторов и, если это необходимо, утверждается судом, в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что он приобретает обязательную силу в отношении всех затронутых обычных необеспеченных кредиторов, включая кредиторов, проголосовавших за принятие плана, кредиторов, не согласных с ним, и кредиторов, не принимавших участие в голосовании по плану. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности также предусматривается, что план будет иметь обязательную силу для директоров, акционеров и участников предприятия должника, а также других сторон, определенных судом. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности оговаривается, что стороны, которые связаны планом, не имеют права обращаться в суд с ходатайством о ликвидации предприятия должника (за исключением особых случаев, когда, например, осуществление плана срывается или когда должник не выполняет своих обязательств, предусмотренных планом), возбуждать или продолжать юридические процедуры в отношении должника или продолжать действия по взысканию долга без согласия суда. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что после принятия плана кредиторами или его утверждения судом (когда это требуется) имущество, входящее в имущественную массу в деле о несостоятельности, возвращается под контроль должника для осуществления плана и должник может получить освобождение от ответственности по долгам и требованиям, как это предусматривается планом.

10. Оспаривание плана после его утверждения судом

541. Многие из тех законодательств о несостоятельности, которые требуют утверждения плана судом, предусматривают возможность оспаривания плана в суде после проведения слушаний о его утверждении (в ряде случаев – в течение установленного срока). Поскольку требуется, чтобы до утверждения плана суд был удовлетворен в отношении выполнения ряда условий, оснований для оспаривания плана после утверждения может быть меньше, чем оснований для этого во время утверждения, и их число может быть ограниченным, например, они могут сводиться только к мошенничеству. Когда законодательство о несостоятельности разрешает такое оспаривание после утверждения, может быть желательным установление точного срока после обнаружения мошенничества, в течение которого ходатайство об оспаривании может быть подано, а также определение тех, кто вправе подавать такое ходатайство. В тех случаях, когда ходатайство об оспаривании уже утвержденного плана удовлетворяется, законодательством о несостоятельности могут предусматриваться разные варианты решений. Например, план может быть аннулирован и производство преобразовано в ликвидацию, или же должник может быть оставлен в его тяжелом финансовом положении и активы возвращены под его контроль. Последний подход не позволяет урегулировать тяжелое финансовое положение должника и может просто привести к отсрочке открытия ликвидационного производства, в результате чего произойдет дальнейшее сокращение стоимости активов должника до того, как это производство наконец начнется. При определении наиболее подходящего варианта действий в обстоятельствах, когда ходатайство об оспаривании было удовлетворено, необходимо учитывать степень фактического выполнения плана и определить режим в отношении мер, принятых в ходе его выполнения, таких как выплаты, произведенные кредиторам.

11. Внесение поправок в план после его принятия кредиторами

542. Законодательство о несостоятельности может содержать положение об ограниченной возможности внесения поправок в план после его принятия кредиторами (а также до и после утверждения, когда таковое требуется), если его реализация срывается или признана невозможной частично или полностью и если данная конкретная проблема может быть решена. Из числа тех законодательств о несостоятельности, которые допускают внесение изменений, некоторые предусматривают возможность изменения плана, только если предложенные изменения наилучшим образом отвечают интересам кредиторов. Согласно законодательству других стран предусматривается, что в план могут быть внесены изменения, если обстоятельства требуют их внесения и если план в измененном виде по-прежнему удовлетворяет требованиям законодательства о несостоятельности, касающимся, например, содержания, категорий кредиторов и направляемых кредиторам уведомлений. Как правило, любая заинтересованная сторона вправе предлагать внесение изменений в план в любое время. Единственное ограничение, которое может касаться сроков, относится к принятию изменений судом. Такое требование делает необходимым ведение открытого производства и наличие соответствующей компетенции суда. Если производство завершилось после принятия (и утверждения) плана, принятия предложенных поправок затронутыми этим кредиторами может быть достаточно, если не будет выдвинуто каких-либо дополнительных требований.

543. В зависимости от характера изменений может и не возникать необходимости в получении согласия всех категорий кредиторов, поскольку в некоторых случаях получение такого согласия может быть затруднено. К числу альтернативных подходов может относиться разрешение на то, чтобы мелкие изменения одобрялись судом или кредиторами, которых затронуло данное изменение; обеспечение того, что кредиторы, высказавшиеся за принятие плана, уведомляются о предложенных изменениях и им разрешено выдвигать возражения против этих изменений в течение оговоренного срока, в противном же случае будет считаться, что они согласились с изменениями. Аналогичный подход может быть использован в отношении кредиторов, высказавшихся против принятия плана. Когда предложенное изменение является существенным, может потребоваться согласие всех кредиторов. Такое законодательство о несостоятельности, которое требует утверждения плана судом, может также требовать, чтобы изменения удовлетворяли правилам или условиям, относящимся к утверждению.

544. Какой бы подход ни был принят, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности требовало не только уведомления соответствующих кредиторов (всех кредиторов или только тех, которые оказались затронутыми) и указания стороны, ответственной за направление такого уведомления, но и раскрытия информации, относящейся к провалу плана и предложенному изменению. Когда первоначальный план утвержден судом, может также потребоваться утверждение и вносимых в план изменений. В тех случаях, когда требуемое одобрение предлагаемых изменений не получено или не может быть получено, желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности были освещены последствия таких обстоятельств. Такие последствия могут быть аналогичны тем, что обсуждались выше в отношении непринятия плана кредиторами и удовлетворения ходатайств об оспаривании плана, с учетом действий, которые уже были приняты по его реализации, и режима в отношении уже осуществленных платежей, продолжения контрактов и т. д.

12. Выполнение плана

545. Многие планы могут быть выполнены должником без необходимости дальнейшего вмешательства суда или управляющего в деле о несостоятельности. Это в особенности относится к случаям, когда речь идет о реорганизации под самостоятельным управлением должника и в соответствии с теми законодательствами, которые предусматривают завершение производства, когда план вступает в силу. В соответствии с другими законодательствами, которые предусматривают, что производство завершается не в это время, а после полного выполнения плана, иногда может быть необходимо, чтобы это выполнение проходило под надзором или контролем независимого лица. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что надзорные функции суда в отношении предприятия должника сохраняются и после принятия и утверждения плана вплоть до его полного осуществления. Это может иметь большое значение в случае возникновения проблем толкования в связи с вопросами выполнения или характера обязательств должника или других лиц. В некоторых странах предусматривается, чтобы суд санкционировал продолжение надзора за делами должника – в разной степени – со стороны надзорного органа или управляющего в деле о несостоятельности после принятия плана. Еще один подход разрешает кредиторам назначать надзорный орган или представителя для наблюдения за выполнением плана.

13. Случаи срыва осуществления плана

546. Для случаев, когда должник не выполняет своих обязательств, предусмотренных планом, или осуществление плана срывается по каким-либо иным причинам, законодательство о несостоятельности предусматривает возможность разных подходов к последствиям таких событий. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что суд может прервать действие плана и преобразовать производство в ликвидационное. Согласно законодательству других стран, действие плана будет прекращено только в отношении конкретного нарушенного обязательства (а в остальном он сохранит свою силу). Затронутый кредитор не будет более связан планом, и его требование будет восстановлено в полном объеме (в том случае, если он согласился получить меньшую сумму, чем была предусмотрена планом). В ряде случаев такая ситуация может возникнуть, только если должник существенно просрочил платежи⁹¹ в ходе выполнения установленных планом обязательств. В некоторых странах последствия невыполнения обязательств могут оговариваться в самом плане.

547. Другой подход может состоять в том, чтобы считать производство по делу о несостоятельности завершенным и разрешить кредиторам прибегать к другим средствам судебной защиты, предусмотренным законодательством. Как уже обсуждалось выше, этот подход не разрешает финансовых трудностей должника и может вызвать борьбу за активы, избежать которой предполагалось с помощью открытия коллективного производства. Компромиссный подход мог бы состоять в том, чтобы разрешить кредиторам представить в течение оговоренного срока иной план и предусмотреть ликвидацию только для тех ситуаций, когда приемлемый план не может быть подготовлен в эти сроки. Необходимо признать, что в тот или иной момент баланс между соображениями обеспечения достижения наилучших

⁹¹ Согласно законодательству одной из стран, для этого необходимо наличие требования кредитора об уплате причитающегося долга и неспособности должника удовлетворить это требование в течение минимального срока, составляющего не менее 2 недель.

результатов для всех кредиторов и необходимостью принятия практически возможных решений может быть нарушен в пользу практических решений, и в законодательстве о несостоятельности желательно предусмотреть достаточные возможности для проявления гибкости с тем, чтобы допустить такой вариант действий.

14. Преобразование в ликвидацию

548. В ходе реорганизационного производства может возникнуть ряд обстоятельств, на случай которых было бы желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности механизм преобразования процедур в ликвидацию. Основными причинами для такого преобразования должны стать невозможность представления или принятия плана реорганизации или принятия предложенных изменений плана; невозможность получения его утверждения (когда требуется утверждение судом); удовлетворение ходатайства об оспаривании принятого или утвержденного плана; большинство голосов кредиторов в пользу прекращения реорганизации, поданное на собрании кредиторов; или существенное или значительное невыполнение должником его обязательств, установленных планом. Также, возможно, было бы уместно предусмотреть преобразование в случаях, когда установлено отсутствие разумной вероятности успешной реорганизации коммерческого предприятия или когда становится очевидным, что должник злоупотребляет реорганизационными процедурами или не проявляет готовности к сотрудничеству с управляющим в деле о несостоятельности или судом (например, утаивает информацию) либо предпринимает иные недобросовестные действия (например, совершает мошеннические переводы средств), или когда предприятие продолжает нести убытки в период проведения реорганизации либо не оплачиваются административные расходы (см. также главу I.B.8). Законодательство некоторых стран также вменяет в обязанность управляющему в деле о несостоятельности прекратить свои полномочия по проведению реорганизационных процедур в целях сохранения стоимости требований кредиторов, как только станет очевидным, что реорганизация будет невозможна. Установление в законодательстве о несостоятельности положения относительно преобразования реорганизации в ликвидацию обеспечит предсказуемость окончательного исхода производства, хотя оно и может привести к дополнительным задержкам и сокращению стоимости, если будет действовать требование о возбуждении ликвидационного производства, как если бы оно было новым производством, а не основывалось на первоначальном ходатайстве.

549. Для случаев, когда реорганизационное производство преобразуется в ликвидационное, законодательство о несостоятельности должно также предусмотреть возможность рассмотрения статуса всех действий, предпринятых управляющим в деле о несостоятельности до принятия плана; вопроса о продолжении применения моратория, особенно в отношении обеспеченных кредиторов, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенные предельные сроки начала производства [см. главу II.B.3c)]; режима в отношении платежей, сделанных в ходе выполнения плана до начала преобразования; а также режима в отношении требований кредиторов, которые были поставлены под угрозу в ходе реорганизации. Может потребоваться защита платежей, произведенных во время реорганизации, от действия положений о лишении юридической силы. Требования, которые были поставлены под угрозу во время реорганизации, могут быть восстановлены до полной стоимости в ходе любой последующей ликвидации. Вопрос о невыполнении может быть также внесен в план реорганизации, в котором могут быть определены права кредиторов в таком случае.

Такой подход упрощает вопрос о режиме в отношении указанных требований и обходит потенциально сложные вопросы применимого законодательства.

550. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает преобразование, связанный с этим вопрос состоит в том, как следует инициировать этот процесс: должно ли это происходить автоматически, когда будут выполнены определенные условия, или требуется обращение в суд управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности является той стороной, которая, не считая должника или его администрации, обладает наилучшими знаниями относительно коммерческого предприятия должника и которой очень часто на раннем этапе становится известно о том, является ли предприятие должника рентабельным, ему может быть отведена ключевая роль в процессе преобразования. Кроме того, было бы, возможно, целесообразным разрешить кредиторам или комитету кредиторов (если он учрежден) обращаться в суд на тех же основаниях с ходатайством о преобразовании производства. Суду могут быть также предоставлены полномочия на преобразование производства по его собственной инициативе, если соблюден ряд условий.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся плана реорганизации, заключаются в следующем:

- a) облегчить санацию предприятий в соответствии с законодательством, чтобы сохранить рабочие места и в определенных случаях защитить инвестиции;
- b) определить те предприятия, которые могут быть реорганизованы;
- c) максимизировать стоимость имущественной массы;
- d) способствовать переговорам по плану реорганизации и его утверждению, а также предусмотреть последствия утверждения, включая механизм, обеспечивающий обязательную силу плана для должника, всех кредиторов и других заинтересованных сторон;
- e) урегулировать последствия непредставления приемлемого плана реорганизации или невозможности добиться принятия плана кредиторами, включая случаи преобразования реорганизационного производства в ликвидационное при определенных обстоятельствах;
- f) предусмотреть условия осуществления плана реорганизации и последствия его невыполнения.

Содержание законодательных положений

Подготовка плана – сроки

123) a) Когда требуется план, в законодательстве должно быть установлено, что план предлагается во время или после подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или в течение оговоренного срока после открытия производства по делу о несостоятельности:

- i) этот срок должен устанавливаться законодательством;

ii) суду должно быть предоставлено полномочие продлевать срок при определенных обстоятельствах.

b) Законодательство должно также решить вопрос установления сроков, когда процедура ликвидации преобразуется в процедуру реорганизации.

Представление плана – стороны, которым это разрешено

124) В законодательстве должны быть указаны стороны, которым разрешается представлять план на одобрение.

125) В вопросе о представлении плана законодательством должен быть принят гибкий подход, предусматривающий возможность участия всех сторон, играющих центральную роль в производстве по делу о несостоятельности, т. е. должника, кредиторов и управляющего в деле о несостоятельности. Законодательство также может предусматривать сочетание различных элементов:

a) одной из сторон может предоставляться исключительный срок для предложения плана. С тем чтобы поощрить должников к подаче заявлений об открытии производства на раннем этапе финансовых затруднений, такая возможность должна предоставляться должнику. От этой стороны может потребоваться проведение консультаций с другими сторонами с тем, чтобы обеспечить предложение приемлемого плана;

b) в том случае, когда в течение исключительного срока никакого плана не предлагается, возможность предложить план может быть предоставлена другим сторонам, например управляющему в деле о несостоятельности, кредиторам или комитету кредиторов в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, или же суд может продлить исключительный срок, если сторона, которой этот исключительный срок предоставлен, сможет доказать, что такое продление оправдано.

Подготовка заявления о раскрытии информации

126) Законодательство должно содержать требование о том, чтобы план, представляемый на рассмотрение кредиторам и держателям акций, сопровождался заявлением о раскрытии информации, которое позволит принять обоснованное решение относительно плана. Это заявление должно быть подготовлено той же стороной, которая предлагает план, и представлено кредиторам и держателям акций одновременно с планом.

Представление плана и заявления о раскрытии информации

127) Законодательство должно устанавливать механизм представления кредиторам и держателям акций плана и заявления о раскрытии информации, требуемых для принятия плана.

Содержание плана

128) В законодательстве должно оговариваться минимальное содержание плана, включая следующее:

a) подробные сведения о категориях кредиторов и предусмотренном в плане режиме в отношении каждой из них (например, размер причитающейся суммы и сроки платежей);

- b) условия и положения плана, включая следующее:
 - i) режим в отношении обремененных активов;]
 - ii) режим в отношении контрактов, включая трудовые соглашения;
 - iii) роль должника в реализации плана, в том числе вопросы контроля над активами;
- c) средства реализации плана, которые могут включать:
 - i) возможность продажи всего или части предприятия должника;
 - ii) предлагаемые изменения в структуре капитала предприятия должника;
 - iii) изменения в учредительном документе предприятия должника;
 - iv) слияние должника с одним или несколькими лицами или его консолидация;
 - v) [изменение условий обеспечительных интересов, включая] отсрочку даты погашения обязательств или изменение процентной ставки или другого условия;
 - vi) продолжение использования обремененных активов;]
 - vii) распределение всех или части активов имущественной массы среди тех, кто имеет интерес в этих активах;
 - viii) определение лиц, несущих ответственность за будущее управление предприятием должника;
 - ix) надзор за осуществлением плана.

Содержание заявления о раскрытии информации

129) В законодательстве должно быть установлено, что заявление о раскрытии информации должно включать⁹²:

- a) информацию о финансовом положении должника, включая баланс активов и пассивов и ведомости движения наличности;
- b) сопоставление режима, предусматриваемого для кредиторов согласно плану, с теми суммами, которые они в противном случае получили бы в результате ликвидации;
- c) основание, на котором предприятие будет способно продолжить коммерческую деятельность и может быть успешно реорганизовано;
- d) информацию, указывающую, что с учетом последствий реализации плана активы должника превысят его обязательства и что надлежащие меры приняты для удовлетворения всех обязательств, предусмотренных планом; а также
- e) информацию о механизмах голосования по принятию плана.

Механизмы голосования

130) Законодательство должно устанавливать механизм проведения голосования по принятию плана. Этот механизм должен регулировать такие вопросы, как круг кредиторов, имеющих право принимать участие в голосовании по плану; порядок проведения голосования: будет ли оно проходить на собрании кредиторов,

⁹² Если управляющий в деле о несостоятельности не подготавливает план и заявление или не участвует в их подготовке, он должен представить свои замечания по обоим документам.

созванном для этой цели, или осуществляться по почте или с помощью других средств, включая электронные, и использования доверенности; а также вопрос о том, должны ли кредиторы голосовать по категориям согласно их соответствующим правам. Законодательство должно допускать, чтобы план, представляемый на утверждение кредиторам, обсуждался в процессе утверждения.

Принятие плана кредиторами конкретной категории

131) Законодательство должно устанавливать большинство, требуемое для принятия плана конкретными категориями кредиторов. В тех случаях, когда требуемое большинство поддерживает план, вся эта категория считается принявшей план. Это большинство должно подсчитываться по соотношению к числу фактически принявших участие в голосовании, будь то лично, по доверенности или при помощи иных средств.

132) Устанавливать требование о большинстве на основе единогласия или о простом большинстве от числа проголосовавших не рекомендуется. Альтернативные подходы могут включать требование о пропорциональном сочетании критериев числа принявших участие в голосовании и суммы требований, например простое большинство от числа принявших участие в голосовании в сочетании с простым или более значительным большинством (например, большинством в две трети) в расчете по сумме требований голосующих.

Принятие категориями кредиторов

133) Для тех случаев, когда голосование по принятию плана проводится по соотношению к категориям, законодательство должно установить, как рассматривать итоги голосования каждой категории в целях принятия плана. [Могут применяться разные подходы, включая требование о принятии плана квалифицированным большинством категорий или всеми категориями.]

134) В тех случаях, когда законодательство не требует принятия всеми категориями, в нем должен определяться режим в отношении категорий, не голосовавших в поддержку плана, который в ином случае был принят требуемым[ми] [категориями] [большинством категорий].

Непринятие плана

135) Законодательство должно определить последствия непринятия плана требуемым большинством кредиторов.

Обязательная сила плана

136) Законодательство должно установить, что план имеет обязательную силу для должника, кредиторов и других заинтересованных сторон на основании:

- a) принятия требуемым большинством кредиторов; или
- b) принятия в соответствии с пунктом a) и утверждения принятого плана судом.

Продолжение использования обремененных активов

[137) Законодательство может предусматривать, что если обеспеченные кредиторы не поддерживают план и для реорганизации требуются обремененные активы, суд

может вынести постановление о возможности продолжения использования этих активов в ходе реорганизации при условии обеспечения защиты интересов необеспеченных кредиторов.]

Утверждение принятого плана

138) Когда законодательство требует утверждения принятого плана судом, суд должен утвердить план, если:

- a) в процессе принятия плана не было нарушений;
- [b) режим в отношении кредиторов был справедливым и равноправным;]
- c) кредиторы по плану получают по меньшей мере столько же, сколько они получили бы при ликвидации, если только они не дали особого согласия на ухудшение режима;
- d) план не содержит положений, противоречащих общему праву;
- [e) административные требования и расходы, а также требования, имеющие преимущественное право, будут оплачены полностью, кроме тех случаев, когда держатель такого требования или ходатайства об оплате расходов соглашается на другой режим;] и
- [f) режим требований⁹³ в плане соответствует категоризации требований, содержащейся в законодательстве, за исключением тех случаев, когда кредиторы, которых это затрагивает, соглашаются на изменение этой категоризации⁹⁴.]

Оспаривание принятия плана (когда утверждения не требуется)

139) Когда план приобретает обязательную силу после его принятия кредиторами, а утверждения судом не требуется, законодательство должно разрешить заинтересованным сторонам, в том числе должнику, оспаривать принятие плана. Законодательство должно установить критерии оценки ходатайства об оспаривании, которые должны определять:

- a) имеются ли основания, указанные в рекомендации 142; и
- b) имело ли место мошенничество, к которому применимы положения пунктов a) – c) рекомендации 144.

Оспаривание утвержденного плана

140) Законодательство должно допускать оспаривание утвержденного плана на основании имевшего место мошенничества. В законодательстве должно указываться следующее:

- a) сроки подачи ходатайства об оспаривании со ссылкой на время обнаружения мошенничества;
- b) сторона, которая может подать такое ходатайство об оспаривании; и

⁹³ Включая административные издержки и расходы.

⁹⁴ Суд должен убедиться, что в случае получения одним или несколькими кредиторами менее благоприятного режима, чем предписано для их категории законодательством, эти кредиторы согласились на такой режим.

- с) необходимость подачи в суд ходатайства об оспаривании.

141) Законодательство должно определять последствия удовлетворения ходатайства об оспаривании, как это указано в рекомендациях 139 и 140.

Внесение поправок в план

142) Законодательство должно допускать внесение поправок в план, имеющий обязательную силу, и определять стороны, которые могут предлагать поправки, а также сроки, в которые поправки могут вноситься в план.

Принятие поправок

143) Законодательство должно определить механизм принятия поправок к плану. Этот механизм должен предусматривать направление уведомления кредиторам и другим сторонам, интересы которых это затрагивает; определять сторону, которая должна направлять уведомление; требовать принятия поправок теми кредиторами, интересы которых это затрагивает, и соблюдения правил утверждения (когда такое утверждение требуется). Законодательство также должно определить последствия непринятия предложенных поправок.

Надзор за выполнением плана

144) Законодательством может быть определен механизм осуществления надзора за выполнением плана, который может включать надзор со стороны суда, назначенного судом надзирающего лица, управляющего в деле о несостоятельности или надзирающего лица, назначаемого кредиторами⁹⁵.

Преобразование в ликвидацию

145) Законодательство должно предусматривать, что суд может преобразовать реорганизационное производство в ликвидационное, когда:

[а] план не предложен в любой установленный законодательством срок, а продление срока не утверждено судом;]

[b] заявление о преобразовании сделано управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами;]

с) предложенный план не принят;

d) принятый план не утвержден (когда по законодательству требуется утверждение);

e) удовлетворено ходатайство об оспаривании принятого или утвержденного плана;

f) существенно нарушены условия плана.

В. Ускоренное реорганизационное производство

⁹⁵ Когда в производстве участвует должник, самостоятельно осуществляющий управление, или когда производство завершается принятием плана, необходимости в назначении надзирающего лица может не быть.

1. Введение

551. Как говорилось в части первой настоящего *Руководства*, реорганизация может принимать различные формы, включая реорганизацию, проводимую под официальным надзором суда или административного органа (основной вид реорганизации, рассматриваемый в настоящем *Руководстве*), и неофициальные (что означает проводимые вне суда) переговоры и принятие плана (в рамках настоящего обсуждения называемые переговорами и соглашениями о добровольной реструктуризации), требующие незначительного вмешательства суда или не требующие его вообще и зависящие главным образом от согласия участвующих сторон. Поскольку в случае проведения переговоров о добровольной реструктуризации можно избежать многочисленных расходов, задержек, а также необходимости соблюдения процессуальных и юридических требований официального реорганизационного производства, такой вид переговоров зачастую может являться наиболее экономичным средством урегулирования финансовых трудностей должника, хотя его действенность может не распространяться на все случаи финансовых затруднений ввиду зависимости от определенных предварительных условий, обсуждаемых ниже. Тем не менее такие переговоры могут оказаться одним из ценных инструментов в ряду решений проблем несостоятельности, имеющимся в распоряжении коммерческого и делового сектора любой страны. Поощрение использования таких принятых путем переговоров решений не обязательно должно быть следствием того, что существующая в той или иной стране официальная система урегулирования дел о несостоятельности является плохо разработанной, неэффективной или ненадежной; оно обусловлено скорее теми преимуществами, которые могут быть созданы такими решениями в дополнение к официальной системе урегулирования дел о несостоятельности, обеспечивающей справедливость и определенность.

552. Достижению соглашения путем переговоров о добровольной реструктуризации часто препятствует возможность принятия отдельными кредиторами действий по принудительному применению права и необходимость единогласного согласия кредиторов на изменение условий выплаты определенных категорий задолженности. Эти проблемы многократно обостряются в контексте сложных многонациональных предприятий, когда получить согласие всех соответствующих сторон особенно сложно. В целях содействия успеху таких переговоров Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) разработала *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. Эти принципы предназначены для ускорения и повышения вероятности достижения успеха переговоров путем предоставления различным группам кредиторов руководства относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общепринятых правил.

553. Переговорам о добровольной реструктуризации может также препятствовать меньшинство затронутых кредиторов, которые могут отказаться согласиться с решением, наилучшим образом отвечающим интересам большинства кредиторов, с тем чтобы воспользоваться преимуществом своего положением для обеспечения лучших условий для себя за счет других сторон (такая практика часто называется "отказом от участия в процедурах"). В случаях такого отказа от участия реализовать добровольное соглашение можно только при наличии определенных средств для изменения договорных прав таких несогласных кредиторов без их согласия. Согласно большинству существующих правовых систем, такое изменение договорных прав требует преобразования добровольного соглашения в полномасштабное, проводимое под надзором суда реорганизационное производство

в соответствии с законодательством о несостоятельности, предусматривающее участие всех кредиторов и соблюдение установленных норм разбирательства, надлежащим образом защищающих интересы несогласных кредиторов. В делах, связанных с реструктуризацией коммерческих предприятий, как правило, важнейшее значение имеет вопрос о сроках, и задержки (обычно характерные для полномасштабного производства по делу о несостоятельности под надзором суда) часто могут быть весьма дорогостоящими или даже губительными для эффективного урегулирования. Поэтому важно, чтобы суд имел возможность воспользоваться преимуществами добровольных переговоров и согласия с планом реструктуризации, полученным до начала реорганизационного производства согласно законодательству о несостоятельности, и чтобы законодательство о несостоятельности позволяло суду ускорить такое реорганизационное производство, которое в настоящем разделе называется ускоренным реорганизационным производством.

2. Кредиторы, обычно принимающие участие в переговорах о добровольной реструктуризации

554. В переговорах о добровольной реструктуризации участвует, как правило, должник и одна или несколько категорий кредиторов, таких как ссудодатели, держатели долговых обязательств и акционеры. Кроме того, в них часто принимают участие крупные неинституциональные кредиторы, что, как правило, имеет место в том случае, когда доля таких кредиторов является настолько значительной, что без их участия проведение эффективной реструктуризации невозможно. Эти категории кредиторов зачастую считают участие в таких переговорах выгодным, поскольку имеется возможность сократить потери, которые они в противном случае понесли бы при полномасштабном производстве по делу о несостоятельности под надзором суда.

555. Ограниченность числа категорий кредиторов, которые обычно принимают участие в переговорах о добровольной реструктуризации и, таким образом, в ускоренном производстве, больше способствует достижению соглашения, чем полномасштабная реорганизация под надзором суда, которая обычно затрагивает все требования. При проведении переговоров о добровольной реструктуризации эти категории неинституциональных кредиторов обычно продолжают получать платежи в ходе обычных коммерческих операций. В силу этого такие кредиторы вряд ли будут иметь какие-либо возражения против предлагаемой реструктуризации. Однако в тех случаях, когда права этих кредиторов должны претерпеть изменения согласно соглашению о добровольной реструктуризации, потребуется их согласие на такие изменения.

3. Процедуры, связанные с выполнением соглашения о добровольной реструктуризации

556. Законодательство о несостоятельности может предусмотреть признание плана, подготовленного и согласованного до начала реорганизационного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности, а также ускоренный порядок такого производства. Когда это действительно имеет место, следует рассмотреть такие вопросы, как определение должников, к которым это может применяться, и сторон, которые могут быть затронуты такими процедурами.

а) Должники, имеющие право воспользоваться такими процедурами

557. Ускоренное реорганизационное производство может проводиться по заявлению любого должника, имеющего право открыть производство в соответствии с общими положениями о реорганизации законодательства о несостоятельности.

558. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности устанавливается обязательство открыть производство по делу о несостоятельности, если должник удовлетворяет оговоренным критериям, касающимся его финансового положения (например, когда он является неплатежеспособным), может потребоваться особо предусмотреть, чтобы открытие ускоренного производства удовлетворяло этому обязательству. С другой стороны, законодательство о несостоятельности может предусмотреть введение временного моратория, который даст должнику возможность избежать необходимости удовлетворять этим критериям (и таким образом избежать санкций за невыполнение обязательства обратиться с заявлением об открытии производства).

b) Затрагиваемые обязательства

559. Как отмечалось выше, виды обязательств, которые, как правило, затрагиваются в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, связаны с задолженностью по заемным денежным средствам, как институциональной, так и публичной, как обеспеченной, так и необеспеченной, и другими подобными финансовыми обязательствами. Обеспеченный долг будет также включен в повестку дня таких переговоров с согласия обеспеченных кредиторов. Задолженность перед другими кредиторами, например коммерческими кредиторами, преференциальными кредиторами, такими как налоговые ведомства и органы социального обеспечения, а также работники, обычно не включается из-за сложностей, связанных с получением необходимого согласия на изменение их требований⁹⁶, и такие кредиторы продолжают получать выплаты в ходе обычных коммерческих операций. Однако такие кредиторы могут быть включены в число участников переговоров, особенно если их права будут изменены в ходе реорганизации, при условии, что все соответствующие меры защиты в соответствии с законодательством о несостоятельности были соблюдены. Конкретные затрагиваемые обязательства в каждом отдельном случае будут теми, которые указаны в плане, подлежащем утверждению согласно этому виду производства.

c) Применение законодательства о несостоятельности

560. Помимо определения должников, которые имеют право обращаться к подобным процедурам, и установления тех, кто может обращаться с заявлением об открытии такого вида производства, в рамках режима, допускающего возможность проведения ускоренного производства, потребуются определить те применимые к полномасштабному производству под надзором суда положения законодательства о несостоятельности, которые будут применяться также и к этим процедурам, особенно если в порядок их применения будут внесены изменения. Так, например, положения, которые в целом применимы к этому виду производства в том же порядке, как и в случае полномасштабного производства под надзором суда (если они не будут изменены специально), могут включать положения по следующим аспектам: процедура подачи заявлений; начало производства; применение моратория; требования о подготовке списка всех кредиторов (чтобы проинформировать суд, направить уведомления и четко определить, кого затрагивает план, а кого нет);

⁹⁶ Эти коммерческие требования могут быть реструктурированы в случае получения согласия требуемого большинства.

требования в отношении принятия плана (включая направление уведомлений всем затрагиваемым им кредиторам, определение категорий кредиторов, создание комитетов кредиторов, установление критериев большинства, необходимого для принятия плана); вступление в силу и утверждение плана; вопросы, относящиеся к реализации плана и погашению требований. Для случаев невыполнения плана, утвержденного в ходе ускоренного производства, в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть последствия такого невыполнения, и, в частности, должны ли эти последствия быть такими же, как и для невыполнения плана, принятого в ходе официального производства (о котором говорится в главе IV.A.13 и 14), а также нужно ли вводить особые положения в отношении выплат, уже произведенных в ходе реализации плана.

561. Положения законодательства о несостоятельности, которые не могут применяться к ускоренному производству, должны включать нормы, относящиеся к требованиям об общем прекращении платежей или наступлении неплатежеспособности; назначению управляющего в деле о несостоятельности, если такое назначение особо не предусматривается планом; представлению требований; требованиям об уведомлении и срокам голосования по принятию плана (когда такие положения включены в законодательство о несостоятельности); и голосованию по плану. Еще одним и важным исключением из применения законодательства о несостоятельности должно стать то, что после того как вероятность успешного утверждения плана реорганизации станет очевидной, суд может разрешить кредиторам, которые оказались не затронутыми планом, продолжать получать платежи в ходе обычных коммерческих операций.

562. Заявление об открытии ускоренного производства, возможно, будет несколько отличаться от заявления об открытии полномасштабного производства под надзором суда, чтобы можно было учесть различные основополагающие соображения. Такое заявление может, например, включать дополнительную информацию относительно уже проведенных переговоров, сделанных до начала производства заявлений и голосования категорий затронутых планом кредиторов, а также сведения о мерах защиты, предоставляемых несогласным кредиторам в рамках категорий, выразивших свое согласие с планом. В законодательстве о несостоятельности, возможно, также потребуется урегулировать вопрос о том, будет ли подача заявления означать автоматическое открытие производства или потребуется рассмотрение этого заявления судом; если потребуется рассмотрение заявления судом, то желательно, чтобы сроки такого рассмотрения были как можно более сжатыми, особенно потому, что такое заявление основано на результатах переговоров и достигнутом соглашении и задержка будет губительной не только для предприятия должника, но и для реализации плана.

d) Ускорение производства

563. Для того чтобы в полной мере использовать преимущества соглашения, достигнутого в результате переговоров, и избежать задержек, которые могут привести к невозможности выполнения этого соглашения, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется предусмотреть порядок, который позволит осуществить это производство в более сжатые сроки, чем при проведении полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда. Например, если план и другая документация, отвечающая формальным требованиям законодательства о несостоятельности, были согласованы на переговорах и поддерживаются значительным большинством, то суд может принять постановление о немедленном проведении собрания или слушаний, в зависимости от применимости,

таким образом сократив затраты времени и средств. Может быть также предусмотрена возможность освобождения от необходимости соблюдения части требований официального производства. Например, если согласованный на переговорах план реструктуризации получил одобрение большинства кредиторов конкретной категории – как правило, институциональных кредиторов, – достаточного для соблюдения требований законодательства о несостоятельности в отношении голосования по принятию плана реорганизации, и если осуществление плана не нанесет ущерба правам других кредиторов, суд может принять постановление о проведении собрания или слушаний только с участием этой конкретной категории кредиторов, принявших план. Подобным же образом, если голоса затронутых категорий кредиторов были привлечены в соответствии с применимыми законами, регулирующими такое привлечение (включая требования о раскрытии информации, содержащиеся в применимых законах о ценных бумагах), суд должен иметь возможность обходиться без процедур привлечения голосов после начала производства.

564. Даже в том случае, когда в законодательстве о несостоятельности предусматривается возможность ускоренного рассмотрения дел, отвечающих установленным критериям, весьма желательно, чтобы оно обеспечивало несогласным кредиторам и другим сторонам не меньшую степень защиты, чем та, которую законодательство о несостоятельности предоставляет несогласным кредиторам при полномасштабном реорганизационном производстве под надзором суда. Следовательно, процессуальные требования к такому ускоренному реорганизационному производству будут содержать в основном те же гарантии и защитные меры, что предоставляются при проведении полномасштабного реорганизационного производства под надзором суда.

565. Может потребоваться внесение изменений в другие законы в целях оказания поддержки и содействия как переговорам о добровольной реструктуризации, так и этому виду ускоренного реорганизационного производства. В качестве примера можно привести такие законы, которые налагают на директоров ответственность за коммерческие операции, осуществляемые во время проведения переговоров о неофициальной реорганизации; которые не признают обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода, или распространяют на эти обязательства действие положений о расторжении сделок; и которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акционерный капитал.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, относящихся к процедурам несостоятельности, которые сочетают переговоры о добровольной реструктуризации и принятие плана с ускоренной процедурой, проводимой в соответствии с законодательством для утверждения этого плана судом, заключаются в следующем:

а) признать, что переговоры о добровольной реструктуризации, которые обычно касаются реструктуризации задолженности перед ссудодателями и другими институциональными кредиторами, а также крупными неинституциональными кредиторами, когда их участие имеет существенно важное значение для реструктуризации, но в которых не участвуют все категории кредиторов, являются экономичным и действенным средством санации предприятий, находящихся в тяжелом финансовом положении;

- b) поддержать и облегчить проведение неофициальных переговоров;
- c) в соответствии с законодательством разработать процедуру, которая:
 - i) сохранит преимущества переговоров о добровольной реструктуризации, когда план одобряет большинство каждой затронутой категории кредиторов;
 - ii) сведет к минимуму задержки и расходы и обеспечит сохранение плана, обсужденного и согласованного в ходе переговоров о добровольной реструктуризации;
 - iii) будет иметь обязательную силу для меньшинства каждой затронутой категории кредиторов и акционеров, не одобряющих согласованный план;
 - iv) будет основываться на тех же имеющих существенное значение требованиях, но при более сжатых сроках, что и предусмотренное законодательством реорганизационное производство, включая по сути такие же гарантии;
- d) временно приостановить, с соответствующими гарантиями, выполнение требований других законов, которые могут служить препятствием или запрещать применение таких процедур, которые задерживают применение закона⁹⁷.

Содержание законодательных положений

Открытие ускоренного реорганизационного производства

146) В законодательстве должно быть определено, что ускоренное реорганизационное производство может быть открыто по ходатайству любого должника, который:

[a] по всей видимости, в целом не способен уплатить свои долги при наступлении сроков их погашения [или чьи обязательства, видимо, превышают его активы]] [имеет право открыть реорганизационное производство в соответствии с положениями законодательства о несостоятельности];

b) участвовал в переговорах о принятии плана и добился его принятия [путем получения при голосовании, проведенном в соответствии с применимым законодательством о несостоятельности, большинства голосов] каждой затронутой категорией [категории] кредиторов и каждого затронутого кредитора, не входящего в голосующую категорию; и

c) удовлетворяет юрисдикционным требованиям, касающимся открытия полномасштабного реорганизационного производства в соответствии с законодательством.

Требования к подаче ходатайства

147) В законодательстве должно быть определено, что ходатайство об открытии ускоренного реорганизационного производства должно сопровождаться следующими дополнительными материалами:

⁹⁷ [см. "Цели...", пункт d)]. Например, требования о единогласном согласии на корректировку задолженности вне рамок производства по делу о несостоятельности; об ответственности директоров, когда предприятие должника продолжает функционировать в период проведения внесудебных переговоров; положение, не признающее обязательств по кредитам, предоставленным в течение этого периода; а также положение, ограничивающее преобразование задолженности в акционерный капитал.

- a) планом и заявлением, раскрывающим информацию;
- b) описанием переговоров о добровольной реструктуризации, предшествовавших подаче ходатайства об открытии производства, включающим информацию, предоставленную затронутым кредиторам, чтобы дать им возможность принять обоснованное решение относительно плана [или краткое изложение этой информации];
- c) свидетельством о том, что незатронутые кредиторы получают выплаты в ходе обычных коммерческих операций и что план не изменяет права или требования преференциальных кредиторов, таких как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники, и не наносит им ущерба без их согласия;
- d) отчетом о голосовании затронутых категорий кредиторов, свидетельствующим о том, что эти категории приняли план большинством голосов, установленным законодательством;
- e) отчетом о принятии плана любыми отдельными кредиторами, чьи права изменяются в соответствии с планом;
- f) анализом финансового состояния или иным свидетельством, демонстрирующим, что план удовлетворяет всем применимым требованиям, касающимся реорганизации; и
- g) списком членов любого комитета кредиторов, сформированного в ходе неофициальных переговоров.

Открытие производства

148) В законодательстве должно быть определено, что подача ходатайства об открытии производства будет означать автоматическое открытие производства или что суду будет необходимо незамедлительно вынести определение о том, должно ли производство быть открыто.

Последствия открытия производства

149) В законодательстве должно быть определено, что:

- a) положения законодательства, применимые к полномасштабному реорганизационному производству, будут также применимы к ускоренному производству, если не будет указано, что они неприменимы⁹⁸;
- b) [если иное не определено судом,] распространение последствия открытия производства должно ограничиваться должником, отдельными кредиторами и категориями кредиторов и акционеров, права которых изменены или которые затронуты планом;

⁹⁸ Положения законодательства, которые, как правило, не будут применяться, могут касаться следующего: полной регистрации требования; уведомления о принятии плана и его сроках; механизмов предоставления плана и заявления о раскрытии информации кредиторам и другим заинтересованным сторонам, а также получения голосов и голосования по принятию плана; назначения управляющего в деле о несостоятельности (который обычно не назначается, если того не требует план); положений о внесении поправок в план после его утверждения. Исключением из положений законодательства, применимых к полномасштабному реорганизационному производству, может быть положение о том, что кредиторы, не затронутые планом, должны получать выплаты в ходе обычных коммерческих операций в течение всего периода выполнения плана.

с) любой комитет кредиторов, сформированный в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, должен рассматриваться как комитет кредиторов, назначенный в соответствии с законодательством;

d) слушания по вопросу об утверждении плана должны быть проведены как можно в более сжатые сроки.

Уведомление об открытии производства

150) В законодательстве должно быть определено, что уведомление об открытии ускоренного производства должно направляться кредиторам и акционерам в индивидуальном порядке. В уведомлении должно быть указано:

a) сумма требования к должнику каждого затронутого кредитора;

b) срок представления требований на иную сумму, если затронутый кредитор не согласен с суммой требования, заявленной должником, а также место, где такое требование может быть представлено;

с) время и порядок оспаривания требований, представленных другими сторонами;

d) время и место проведения слушаний по вопросу об утверждении плана, а также представления любых возражений против его утверждения; и

e) воздействие плана на акционеров.

Утверждение плана

151) В законодательстве должно быть определено, что суд утвердит план, если:

a) план удовлетворяет существенным требованиям к утверждению плана в процессе полномасштабного реорганизационного производства в той мере, в какой эти требования применимы к затронутым кредиторам и держателям акций;

b) уведомления и информация, предоставленные затронутым кредиторам и держателям акций в ходе переговоров о добровольной реструктуризации, были достаточными для того, чтобы дать им возможность принять обоснованное решение относительно плана [и любые запрошенные в соответствии с применимым законодательством до открытия производства выражения согласия с планом];

с) незатронутые кредиторы получают платежи в ходе обычных коммерческих операций, и план не изменяет права или требования таких преференциальных кредиторов, как налоговые ведомства или органы социального обеспечения либо работники, и не наносит им ущерба без их согласия;

d) анализ финансового состояния, представленный вместе с ходатайством, демонстрирует, что план удовлетворяет всем применимым требованиям, касающимся реорганизации.

Последствия утвержденного плана

152) В законодательстве должно быть определено, что последствия утвержденного плана должны ограничиваться должником и теми кредиторами и держателями акций, которых он затрагивает.

Невыполнение утвержденного плана

153) В законодательстве должно быть установлено, что в случае существенного нарушения условий плана, утвержденного в соответствии с рекомендацией 150, производство может быть [прекращено, и кредиторы могут реализовать свои права в законном порядке] [преобразовано в ликвидацию].

V. Ведение производства

A. Режим требований кредиторов

1. Введение

566. Требования кредиторов учитываются на двух стадиях производства по делу о несостоятельности: во-первых, для цели определения того, какие кредиторы могут голосовать в ходе такого производства и каким образом они могут голосовать (в соответствии с категориями, к которым они относятся, и суммой их требования, если она имеет значение), и, во-вторых, для цели распределения (см. главу V.B). В связи с этим процедура представления требований и их признания является ключевой частью производства по делу о несостоятельности, и следует рассмотреть вопрос об определении кредиторов, которые должны представлять требования, о процедурах, применимых к представлению, проверке, признанию или отклонению требований, о последствиях непредставления требований, а также о пересмотре решений, касающихся признания или отклонения требований. Законодательство о несостоятельности должно также включать положение о последствиях представления и признания требований, поскольку такое положение будет ключевым с точки зрения участия кредитора. Например, представление требования может дать кредитору право участвовать в первом собрании кредиторов, тогда как признание требования или, по меньшей мере, предварительное признание может быть весьма важным для того, чтобы кредитор мог голосовать по различным вопросам в ходе производства.

2. Представление требований кредиторов

а) Кредиторы, которые могут быть обязанными представлять требования

567. Основной вопрос, связанный с решением о том, какие кредиторы должны будут представлять требования, касается статуса обеспеченных кредиторов, поскольку необеспеченные кредиторы (независимо от того, является ли долг условным или на определенную сумму), как правило, обязаны представить требование (конечно, если только процедура представления требований не предусматривает альтернативного механизма проведения проверки и признания требований, в соответствии с которым не требуется, чтобы все кредиторы представляли требования, – см. ниже).

568. В соответствии с теми положениями законодательства о несостоятельности, которые не включают обремененные активы в состав имущественной массы и разрешают обеспеченным кредиторам свободно реализовывать свой обеспечительный интерес в отношении обремененных активов, обеспеченные кредиторы могут быть исключены из сферы действия положений, согласно которым они обязаны представлять свое требование, в той мере, в какой их требование будет удовлетворено за счет средств, полученных от продажи обремененного актива. Если стоимость обремененного актива является меньшей, чем сумма требования обеспеченного кредитора, от такого кредитора может потребоваться представление требования в отношении необеспеченной части, как от обычного, необеспеченного кредитора. Таким образом, сумма такого необеспеченного требования зависит от стоимости обремененного актива и момента времени, в который данная стоимость определяется, а также от используемого метода оценки. Если при проведении такой оценки не применяются ясные правила, то существует вероятность возникновения

некоторой неопределенности, особенно с точки зрения принятия решения в отношении прав голоса, если они подсчитываются на основе суммы требований⁹⁹.

569. Согласно другому подходу, обеспеченные кредиторы должны представлять требования в отношении полной стоимости их обеспечительного интереса, независимо от того, является ли какая-либо часть требования недостаточно обеспеченной, причем этот подход в законодательстве некоторых стран ограничивается держателями определенных видов обеспечительного интереса, таких как "плавающее" обременение, купчие или обеспечение в движимом имуществе. В некоторых из таких юрисдикций, обязывающих всех обеспеченных кредиторов представлять требование, предусматриваются серьезные последствия для тех, кто не соблюдает этого положения (см. ниже). Законодательство некоторых стран о несостоятельности разрешает также обеспеченным кредиторам передавать свой обеспечительный интерес управляющему в деле о несостоятельности и представлять требование в отношении полной стоимости своего обеспечительного интереса.

570. Если от обеспеченных кредиторов требуется представление требования, то процедуры представления и проверки в целом являются такими же, что и в отношении необеспеченных кредиторов. Довод в пользу обязанности обеспеченных кредиторов представлять требования заключается в том, что это позволяет управляющему в деле о несостоятельности получить информацию обо всех существующих требованиях, о размере обеспеченного долга и активов, которые могут быть объектом обеспечительного интереса, а также об общей сумме непогашенного долга. Какой бы подход ни был выбран, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало четкие правила в отношении статуса обеспеченных кредиторов для целей представления требований. Важно также, чтобы уведомление об открытии производства содержало информацию относительно представления или непредставления обеспеченных требований, особенно в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что процедура представления требований может отразиться на правах обеспеченного кредитора.

b) Ограничения в отношении требований, которые могут быть представлены

571. В прошлом законодательства разных стран о несостоятельности нередко ограничивали виды требований, которые могут быть представлены, исключая, в частности, деликтные требования на неустановленную сумму. Однако недавно возникла тенденция в направлении расширения круга требований, которые могут быть представлены, с включением в него таких деликтных требований на неопределенную сумму и требований по договору, а также условных (возможных будущих) требований. Если такие требования не включать в производство по делу о несостоятельности, то кредиторы, имеющие такие требования, не смогут принять участие в производстве и будут лишены возможности обратиться в суд для взыскания причитающихся им сумм с должника. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало широкое определение круга требований, которые могут быть представлены. Однако следует иметь в виду, что расширение такого определения может усложнить производство по делу о несостоятельности, особенно если эти требования предстоит оценить для того, чтобы они могли быть представлены и признаны, даже на предварительной основе.

⁹⁹ Вопрос об оценке обремененных активов рассматривается в главе II.B.8.

i) *Долг, возникший после открытия производства*

572. Согласно общему принципу, требования могут быть представлены только в отношении долга, возникшего до открытия производства. Режим долгов, возникших после открытия производства, будет зависеть от характера процедур и от положений законодательства о несостоятельности: многие законы предусматривают погашение таких долгов в полном объеме в качестве издержек судопроизводства (см. главу V.B.).

ii) *Виды исключаемых требований*

573. По разнообразным причинам, связанным с государственной политикой, законодательство о несостоятельности может исключать некоторые виды требований из производства по делам о несостоятельности. Примерами могут служить иностранные налоговые требования, штрафы и пени, требования, связанные с нанесением личного вреда, требования, связанные с небрежностью, и игорные долги. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что такие требования могут быть представлены, но при условии распространения на них специального режима, такого как их субординация в отношении других необеспеченных требований. Весьма целесообразно определить в законодательстве о несостоятельности такие требования, которые должны исключаться из производства по делу о несостоятельности (или обуславливаться специальным режимом – см. главу V.B).

– *Иностранные налоговые требования*

574. В настоящее время иностранные налоговые требования исключаются во многих странах, и в целом признается, что такое исключение не идет вразрез с целью обеспечения равноправного статуса для иностранных и внутренних кредиторов. В то же время, несмотря на это общее мнение, не имеется никаких веских причин не признавать подобные требования, если какая-либо страна пожелает ввести такой порядок. В тех случаях, когда иностранные налоговые требования признаются, они могут пользоваться тем же режимом, что и внутренние налоговые требования или обычные необеспеченные требования. Эти различные подходы признаются в статье 13(2) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, в которой устанавливается, что принцип равноправного статуса иностранных и внутренних кредиторов не затрагивается исключением иностранных налоговых требований и требований по социальному обеспечению или их статусом, приравненным к обычным непривилегированным требованиям, или более низким статусом, если такой более низкий статус признается за эквивалентными местными требованиями.

– *Требования, возникающие из противоправной деятельности*

575. Порядок, при котором игорные долги рассматриваются в качестве исключаемых требований, обычно исходит из того, что подобные долги возникают в результате деятельности, которая уже сама является противоправной. Вместо рассмотрения конкретных примеров требований, которые могут исключаться как незаконные, в законодательстве о несостоятельности в качестве общей категории могут быть исключены те требования, которые возникают из противоправной деятельности и не подлежат взысканию.

– *Штрафы и пени*

576. Что касается штрафов и пени, то в законодательстве о несостоятельности может проводиться различие между теми из них, которые носят строго

административный или карательный характер (например, в случае штрафа, наложенного в результате административного или уголовного правонарушения), и теми, которые носят компенсационный характер. В пользу исключения первой категории штрафов и пени может быть приведен довод о том, что подобные требования возникают из противоправного поведения со стороны должника и на необеспеченных кредиторов не следует возлагать бремя последствий такого противоправного поведения, выразившихся в сокращении активов, которые могут быть использованы для целей распределения. В отличие от этого, представляется, что нет никаких веских причин в пользу исключения второй категории, особенно тогда, когда такие требования связаны с компенсацией ущерба, причиненного другой стороне, кроме как в той степени, в какой такое исключение также может быть оправданным в качестве средства увеличения активов для распределения среди необеспеченных кредиторов. Альтернативный подход мог бы заключаться в признании требований, основывающихся на штрафах и пени, поскольку в противном случае подобные требования останутся без погашения.

с) Процедура представления требований

і) Сроки представления требований

577. Для обеспечения своевременного представления требований и во избежание излишнего затягивания производства по делу о несостоятельности предельные сроки представления требований могут быть точно определены. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что требования следует представлять в течение определенного срока после открытия производства по делу или в связи с каким-либо определенным моментом в рамках производства. Законодательство других стран предусматривает, что крайний срок устанавливается судом или управляющим в деле о несостоятельности, и требует, чтобы этот предельный срок не выходил за рамки, предписанные законодательством о несостоятельности, и составлял, например, от десяти дней до трех месяцев после определенного момента, такого как открытие производства. В других странах законодательство о несостоятельности не предусматривает каких-либо предельных сроков для представления требований и оставляет на усмотрение управляющего в деле о несостоятельности вопрос об определении сроков представления требований или же устанавливает, что требования могут представляться в любое время до наступления какого-либо определенного момента производства, такого как представление окончательного доклада и отчета управляющим в деле о несостоятельности. Законодательство некоторых стран о несостоятельности устанавливает также различные сроки в зависимости от способа направления уведомления об открытии производства; если кредитор является известным кредитором и получает личное уведомление об открытии производства, то такой срок может быть более коротким, чем в случае, если кредитор вынужден полагаться на публичное уведомление об открытии производства. Ключевым фактором при установлении какого-либо предельного срока для представления требований является процедура проведения проверки и признания требований. Если такая процедура должна происходить в рамках судебных слушаний или на собрании кредиторов, созванном специально для этого, вероятнее всего, что подход к установлению сроков для представления требований будет менее гибким, а требования, не представленные к определенной дате до проведения такого собрания или слушания, потребуют проведения отдельного слушания или созыва специального собрания. Если проверка и признание требования проводится управляющим в деле о несостоятельности, можно рассчитывать на большую

гибкость, поскольку не возникнет такая же необходимость в соблюдении процессуальных положений, связанных с созывом собраний кредиторов или проведением судебных слушаний.

578. Хотя предельные сроки могут способствовать обеспечению того, чтобы процесс представления требований не приводил к излишним задержкам в производстве, они могут поставить в невыгодное положение иностранных кредиторов, которые во многих случаях могут не иметь тех же возможностей, что и внутренние кредиторы, для соблюдения таких сроков. В целях обеспечения равного статуса для внутренних и иностранных кредиторов, а также учета международной тенденции к ликвидации дискриминации на основе гражданства или государственной принадлежности кредитора было бы, возможно, целесообразным использовать подход, согласно которому либо допускается представление требований в любой момент до распределения имущественной массы или какого-либо другого определенного события, либо устанавливается предельный срок, который может быть продлен или отменен в случае, если у кредитора имеются веские основания для несоблюдения такого предельного срока или если такой предельный срок создает серьезные препятствия для кредитора.

579. Когда устанавливается предельный срок (законодательством о несостоятельности, судом либо управляющим в деле о несостоятельности) и требование предъявляется с задержкой, что вызывает дополнительные расходы, такие расходы может оплатить данный кредитор. Если требования могут быть представлены на поздней стадии производства, необходимо решить связанный с этим вопрос о том, можно ли проводить промежуточные распределения до того, как будут представлены все требования, и если да, могут ли кредиторы, представившие свои требования после проведения распределения, участвовать тем не менее в этом распределении. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что такой кредитор может участвовать только в таком распределении, которое проводится после представления его требования, а законодательство других стран требует, чтобы управляющий в деле о несостоятельности учитывал кредиторов, которые на момент проведения распределения не представили своих требований.

ii) Бремя представления и доказывания требований

580. Во многих странах законодательство о несостоятельности возлагает бремя представления и доказывания требований на кредиторов. Как правило, от кредиторов будет требоваться предъявление доказательств, иногда в стандартной форме требования с приложением обосновывающей документации, в отношении суммы их требований, основания для существования долга и любых заявляемых преференций или обеспечения. Законодательство многих стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности вправе просить кредитора предоставить дополнительную информацию или документацию для доказывания его требования; в некоторых странах законодательство о несостоятельности разрешает также отклонять требования, которые не были доказаны надлежащим образом. В некоторых юрисдикциях для признания требования необходимо представлять требования в форме заявления, такого как аффидевит, в отношении которого в случае обмана предусмотрены санкции. В некоторых юрисдикциях связанные с такими заявлениями формальности привели к отказу от этой практики.

581. Законодательство о несостоятельности в ряде стран позволяет признать требование без обязанности кредитора представлять и доказывать свое требование в

таких случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности может установить на основании бухгалтерских книг и отчетности должника тех кредиторов, которые вправе получить платеж, а также сумму долга. Хотя во многих делах о несостоятельности бухгалтерские книги и отчетность должника не могут считаться абсолютно надежными, этот метод признания требований обладает тем преимуществом, что уменьшается число формальностей, связанных с проверкой и признанием требований, и его применение может быть целесообразным в тех случаях, когда требования не оспариваются (см. ниже). Использованию этого подхода может способствовать положение, предусматривающее, что в качестве первоначального шага в ходе производства требуется составление списка кредиторов и требований. Преимущество составления такого списка должником связано с осведомленностью должника о своих кредиторах и их требованиях, а также с тем, что управляющий в деле о несостоятельности заблаговременно получает информацию о состоянии коммерческого предприятия. Альтернативный подход может потребовать от управляющего в деле о несостоятельности оказывать помощь должнику в составлении такого списка или самому составлять такой список. Хотя последний из указанных подходов мог бы способствовать уменьшению числа формальностей, связанных с процессом проверки требований, он может вызвать дополнительные расходы и задержки, поскольку его применение основано на наличии у управляющего в деле о несостоятельности возможности получить точную и надлежащую информацию от должника. После составления такого списка он может использоваться для оценки того, какие требования кредиторов могут быть признаны без формального доказывания и каким кредиторам следует предложить представить свои требования управляющему в деле о несостоятельности для целей проверки, а также для обеспечения того, чтобы все соответствующие кредиторы представили свои требования. Со временем такой список мог бы быть также пересмотрен и обновлен, с тем чтобы в нем содержалась не только точная информация об объеме задолженности должника, но и указывалось положение дел в отношении проверки и признания требований.

582. Желательно, чтобы законодательство о несостоятельности урегулировало вопрос, касающийся ложных требований, и предусматривало санкции в отношении кредиторов и прочих лиц, которые представляют требования, оказавшиеся ложными.

iii) Формальности, связанные с представлением иностранных требований

583. Вопрос, имеющий особое значение для иностранных кредиторов, заключается в том, должно ли требование представляться на языке той правовой юрисдикции, в которой открыто производство по делу о несостоятельности, и обусловлено ли представление требования соблюдением определенных формальностей, таких как нотариальное заверение. Для облегчения доступа иностранных кредиторов желательно рассмотреть вопрос о том, являются ли подобные положения существенно важными или же они могут быть более мягкими, как в случае других процессуальных формальных требований, предусмотренных в контексте статьи 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (см. главу VII).

iv) Пересчет требований, выраженных в иностранной валюте

584. Если должник осуществляет свою коммерческую деятельность в различных странах, требования кредиторов могут быть выражены в иных валютах, чем валюта страны производства по делу о несостоятельности. Для целей проведения проверки и распределения эти требования обычно пересчитываются во внутреннюю валюту,

хотя могут существовать обстоятельства, при которых пересчет валют не требуется. Дата пересчета может быть согласована в договоре между должником и кредитором или же установлена в законодательстве о несостоятельности посредством указания фиксированного срока, такого как открытие или какой-либо другой момент производства. Если возникает разница во времени между датой пересчета и датой распределения (которое может иметь место значительно позднее после открытия производства), существует возможность девальвации или ревальвации валюты в течение этого периода и, следовательно, изменения суммы требования. Если валюта относительно стабильна, эти колебания не будут значительными. Однако в периоды серьезных колебаний обменных курсов кредитор может оказаться в весьма невыгодном положении по сравнению с другими кредиторами или получить преимущество за счет других кредиторов. На случай возникновения таких обстоятельств законодательство о несостоятельности могло бы предусмотреть осуществление предварительного пересчета в момент открытия производства для целей голосования, однако если колебания обменных курсов за истекший до распределения срок превысят определенный процент (который установлен в законодательстве о несостоятельности), то пересчет будет осуществлен в момент распределения или же в сделанные ранее расчеты могут быть внесены соответствующие коррективы.

v) *Сторона, уполномоченная получать требования*

585. В законодательстве о несостоятельности обычно используется один из двух подходов к решению вопроса о том, кому представлять требования. Законодательство некоторых стран требует, чтобы требование было представлено суду, тогда как законодательство других стран предусматривает представление требований управляющему в деле о несостоятельности, и такое различие, как правило, обуславливается процессом проверки и соответствующими функциями суда и управляющего в деле о несостоятельности. Если управляющий в деле о несостоятельности отвечает за проведение проверки и признание требований, кредиторы обычно имеют право обратиться в суд для решения вопросов относительно суммы или приоритетности признанного требования или отклонения требования (см. ниже).

d) **Непредставление требований**

i) *Непредставление требования в течение установленного срока*

586. В законодательстве разных стран о несостоятельности применяются различные подходы в отношении тех требований, которые не были представлены в течение какого-либо оговоренного срока. Законодательство некоторых стран использует гибкий подход, предусматривая, что, несмотря на установление предельного срока, требования все же могут быть представлены в любое время вплоть до, например, представления управляющим в деле о несостоятельности окончательного доклада и отчетности при ликвидации, однако кредитор должен нести любые дополнительные расходы, связанные с представлением требования на такой поздней стадии. Одно из последствий представления требования с задержкой может заключаться в том, что кредитор не сможет участвовать в промежуточном распределении, имеющем место до представления (или признания) требования, хотя, как отмечалось выше, существуют примеры, когда законодательство некоторых стран позволяет кредитору получить предыдущие промежуточные дивиденды после признания его требования. Еще одно последствие заключается в утрате права голосовать на собраниях

кредиторов, если представление требования является одной из предпосылок такого участия.

587. Другой подход к представлению требований заключается в строгом соблюдении сроков представления требований, и законодательство некоторых стран предусматривает, что непредставление требования может привести к аннулированию долга или отмене или лишению обеспечительных прав, при условии, что кредитор получил предписанное уведомление об открытии производства и необходимости представить требование. Законодательство других стран требует, чтобы кредитор, который не представил своего требования до предельного срока, обращался в суд с ходатайством о признании его требования. В случае признания судом его требования кредитор может быть ограничен участием в распределении только будущих дивидендов.

588. Хотя кредиторам следует обеспечить самые широкие возможности для представления их требований в производстве по делу о несостоятельности и, следовательно, они должны получить своевременное и надлежащее уведомление об открытии производства и необходимости представить требование, само производство не должно откладываться из-за кредиторов, которые знают о необходимости представить требования и о соответствующих предельных сроках, но тем не менее не делают этого своевременно, поскольку это может привести к увеличению расходов на производство и поставить в невыгодное положение других кредиторов. Поэтому последствия непредставления требования должны быть четко определены и кредиторы поставлены о них в известность одновременно с уведомлением о предельных сроках для представления требований.

ii) Непредставление требования до завершения производства

589. Непредставление кредитором требования до представления управляющим в деле о несостоятельности окончательного доклада и отчетности может привести к различным результатам в зависимости от других положений законодательства о несостоятельности. Некоторые из положений законодательства о несостоятельности, предусматривающие освобождение должника от ответственности по завершении производства по делу о несостоятельности, также предусматривают, что непредставленные требования в рамках производства по делу о несостоятельности лишаются силы.

3. Проверка и признание требований

a) Список представленных требований

590. Во многих странах законодательство о несостоятельности требует, чтобы суд или управляющий в деле о несостоятельности, в зависимости от требований в отношении представления, составлял список представленных требований либо после истечения срока для представления требований, либо на постоянной основе в случае, когда такой срок не был установлен или наступает на более поздней стадии производства. Если законодательство о несостоятельности требует составления списка кредиторов, о чем упоминалось выше (см. также главу III.A), то список требований, содержащий обновленные по сравнению с составленным ранее списком кредиторов сведения, будет использоваться в качестве основы для проверки и признания требований и для направления уведомления в отношении получения, признания или отклонения требований, в зависимости от применимой процедуры признания. В законодательстве многих стран о несостоятельности

предусматривается, что все кредиторы, которые идентифицированы или могут быть идентифицированы, имеют право на получение уведомления о заявленных требованиях как лично, посредством публикации уведомлений в соответствующих коммерческих изданиях, так и путем регистрации списка в суде. Это позволит кредиторам, должнику и заинтересованным сторонам выяснить, какие требования были представлены, и изложить возражения против перечисленных требований (если это допускается законодательством о несостоятельности).

b) Процедуры проверки и признания

591. Проверка включает не только оценку законности оснований и суммы требования, но и классификацию требования для целей голосования и распределения (например, обеспеченные или не обеспеченные требования; преимущественные требования и т. д.).

i) Сроки проверки и признания

592. В ряде стран законодательство о несостоятельности устанавливает предельные сроки проверки и признания требований, предусматривая, что решение должно быть представлено кредиторам в течение короткого периода времени, например 30 дней после истечения предельного срока для представления требований. Законодательство других стран не предусматривает установления сроков. Ключевым фактором при принятии решения о том, следует ли устанавливать в законодательстве о несостоятельности сроки в данном случае, является процедура проверки и признания требований, которая предусматривает проведение судебных слушаний или созыв собрания кредиторов либо проводится управляющим в деле о несостоятельности. В первом случае признание обычно происходит в ходе слушаний или на собрании кредиторов при условии урегулирования разногласий, связанных с сопоставлением требований. В целях обеспечения прозрачности и определенности, а также надлежащего осуществления производства без неоправданных задержек желательно, чтобы решение о признании или отклонении принималось своевременно, особенно если признание определит участие в производстве и права голоса. Однако, как это обычно бывает при рассмотрении вопроса о необходимости установления предельных сроков, преимущества установления предельного срока должны быть сопоставлены с возможными недостатками, которые заключаются в отсутствии гибкости и в необходимости обеспечить надлежащее соблюдение предельного срока.

ii) Процедура признания

593. Законодательство разных стран о несостоятельности придерживается различных подходов в отношении процедуры признания, в том числе предусматривает неодинаковые уровни сложности этой процедуры и степени участия со стороны суда, управляющего в деле о несостоятельности и кредиторов, в некоторых случаях требуя участия всех вышеперечисленных на разных стадиях. В сочетании с правом на апелляцию и проблемами, связанными с обработкой тех требований, которые требуют оценки, сложный характер процедуры может вызвать значительные перерывы в осуществлении производства и привести к задержке, которая скажется на других стадиях производства. По этим причинам крайне желательно свести к минимуму формальности и по возможности упростить процесс принятия решения.

– *Признание управляющим в деле о несостоятельности*

594. Как отмечалось выше, законодательство о несостоятельности предусматривает, как правило, что требования должны представляться управляющему в деле о несостоятельности или в суд. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что если требование должно быть представлено управляющему в деле о несостоятельности, то именно данный управляющий в деле о несостоятельности проводит проверку требований и принимает решение о том, следует ли признать их и в какой мере – полностью или частично. Кредитору направляется уведомление о таком решении управляющего в деле о несостоятельности, и если требование отклоняется или признается только частично, то управляющий в деле о несостоятельности, как правило, должен изложить мотивы такого решения (которые зачастую требуется излагать в письменном виде). Требование относительно письменного изложения мотивов увеличивает степень прозрачности этой процедуры и, возможно, ее предсказуемость для кредиторов. Законодательство некоторых стран о несостоятельности требует также, о чем уже упоминалось, чтобы решения управляющего в деле о несостоятельности в отношении признания требований регулярно обновлялись на основе списка требований, который зарегистрирован в суде или обнародован каким-либо иным образом, с тем чтобы содействовать их рассмотрению другими кредиторами и должником. Если после направления соответствующего уведомления управляющий в деле о несостоятельности не получает каких-либо возражений против требований, которые он предлагает признать, то законодательство ряда стран о несостоятельности предусматривает, что такие требования считаются признанными.

595. В соответствии с законодательством других стран о несостоятельности управляющий в деле о несостоятельности должен созвать собрание кредиторов для рассмотрения представленных требований на основе списка, составленного им и представленного кредиторам. Может быть предусмотрено, чтобы такой список включал рекомендации в отношении признания, стоимости и приоритетности отдельных требований. Если на таком собрании не были высказаны возражения против признания требований, то законодательство о несостоятельности, придерживающееся такого подхода, как правило, предусматривает, что рекомендации управляющего в деле о несостоятельности считаются одобренными или же требования признанными в соответствии с законодательством о несостоятельности.

– *Признание судом*

596. Если требования представляются суду, то суд обычно созывает собрание или проводит слушание, на котором изучаются требования и принимается решение относительно их признания. Законодательство ряда стран предусматривает, что требования должны быть представлены в течение определенного количества дней до даты, установленной для проведения собрания, и требует составления судом либо управляющим в деле о несостоятельности предварительного списка признанных требований, который будет представлен всем кредиторам до проведения слушаний или до созыва собрания. Если на таком собрании не выдвигаются возражения против признания перечисленных в списке требований, то требования обычно считаются признанными в соответствии с законодательством о несостоятельности.

– *Требования в отношении личного присутствия кредиторов*

597. Один из вопросов, который может вызывать озабоченность у кредиторов, особенно у иностранных кредиторов, заключается в том, что в некоторых странах

законодательство о несостоятельности требует их личного присутствия на собраниях кредиторов, созданных с целью рассмотрения требований, с тем чтобы их требования были признаны. Такое требование закона может помешать достижению цели установления равного статуса кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и привести к задержкам. Поэтому желательно, чтобы законодательство о несостоятельности не предусматривало обязательного во всех случаях личного присутствия кредиторов для признания их требований, а давало возможность признания требований на основе документарных доказательств.

iii) Автоматическое признание требований

598. С целью сведения к минимуму числа формальностей, которые необходимо выполнить для проверки и признания требований, подход, альтернативный тем, что изложены выше, мог бы предусматривать, что требования, не погашенные на момент открытия производства, не нуждаются в проверке и могут быть признаны автоматически, если только они не оспариваются. Этот подход потребует наличия некоего механизма для определения факта существования, суммы и очередности требований. И хотя это может оказаться недостаточным во всех случаях по соображениям надежности и полноты данных, для идентификации всех непогашенных требований, возможно, в первую очередь следует полагаться на бухгалтерские книги и отчетность должника и список кредиторов, составленный в рамках производства по делу. Если эти требования не оспариваются, требование могло бы быть признано без возложения на кредитора обязанности официально представить и доказывать свое требование. Автоматическое признание требований в таком порядке может помочь избежать многих проблем, возникающих в случае, когда необходимо точно оценить сложившееся положение уже в самом начале производства, с тем чтобы предоставить кредиторам возможность для участия в собраниях, проводимых на ранних этапах производства, и в голосовании на таких собраниях.

iv) Предварительное признание требований

599. Требования кредиторов могут быть двух видов: требования в отношении установленной суммы и требования в отношении неустановленной суммы, когда причитающаяся с должника сумма не определена на момент представления требования или не может быть определена в настоящее время (например, по причине того, что она является объектом судебного иска, рассмотрение которого еще не завершилось на момент открытия производства по делу о несостоятельности и может быть приостановлено). Такие требования могут быть как договорными, так и недоговорными по своему характеру и могут возникать как из обеспеченных, так и из необеспеченных обязательств. Кроме того, такие требования могут быть обусловленными, условными, а также требованиями, срок погашения которых не наступил на момент открытия производства (в отношении последней категории требований, как правило, будет производиться вычет за неистекший период времени до наступления срока погашения).

600. Если сумма требования не может быть или не была определена во время, когда должно быть представлено требование, то во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что требование может быть признано в предварительном порядке при условии придания ему номинальной стоимости. В связи с определением суммы этих требований возникает ряд вопросов, таких как момент определения суммы, а также вопрос о том, должна ли она быть точно указана (и в таком случае ее должен рассмотреть суд) или приблизительно оценена

(что может осуществить управляющий в деле о несостоятельности, суд или другое назначенное лицо). Если решить этот вопрос должен суд, возникает сопутствующий вопрос относительно надлежащего суда (суд по делам о несостоятельности или какой-либо иной суд) и о том, как поступить в случае какой-либо задержки в принятии такого решения с точки зрения ее последствий для проведения производства по делу о несостоятельности. Вопрос об оценке требований на неустановленную сумму может оказать существенное влияние на производство по делу о несостоятельности, если, например, речь идет о многочисленных требованиях из деликта. Что касается времени проведения оценки, то во многих странах законодательство о несостоятельности требует отнесения его на момент открытия производства, хотя могут потребоваться специальные правила, если производство преобразуется из одной формы в другую.

601. Одним из важных оснований для того, чтобы разрешить предварительное признание, является необходимость дать возможность кредиторам, предъявляющим такие требования, участвовать в производстве, и в частности голосовать по основным вопросам, таким как утверждение плана реорганизации, или по другим ключевым вопросам, требующим решения со стороны кредиторов.

602. Если законодательство о несостоятельности предусматривает предварительное признание требований, то может возникнуть необходимость в рассмотрении вопроса о том, будет ли распространяться на эти требования, в первую очередь, та же процедура, что и на другие требования. Например, если признание предполагает проведение слушания в суде или созыв собрания кредиторов, то требования, признанные в предварительном порядке, могут быть объектом такой процедуры или они могут быть сначала признаны управляющим в деле о несостоятельности без ущерба для права возражающей стороны оспорить такое требование, а затем проходить какую-либо процедуру утверждения на более поздней стадии. Другие вопросы, нуждающиеся в рассмотрении, включают следующие: если кредиторы с предварительно признанными требованиями голосуют относительно плана реорганизации, могут ли они, будучи миноритарными кредиторами, быть связанными планом, на который они не давали согласия (см. главу IV); имеют ли право кредиторы с предварительно признанными требованиями на участие в распределении, которое проводится до окончательного признания требования; и если в дальнейшем предварительное признание требование будет отклонено или признано лишь частично, каковы будут последствия непризнания для решений, в принятии которых участвовал такой кредитор. Предварительное признание требования, как правило, наделяет кредитора правом участвовать в производстве в той же мере, что и другие кредиторы, за тем исключением, что они могут не иметь права участвовать в распределении до окончательного определения суммы и признания требования. Однако если требование в конечном счете не признается полностью, то любое участие кредитора во всех предыдущих голосованиях в ходе производства может не приниматься во внимание.

с) Оспариваемые требования

603. Если законодательство о несостоятельности допускает оспаривание требования, представленного в ходе производства по делу о несостоятельности, будь то в отношении его суммы, приоритетности или оснований для представления, то желательно, чтобы в нем также указывалось, какие стороны имеют право на возбуждение такой процедуры оспаривания. Законодательство некоторых стран допускает оспаривание требований только управляющим в деле о несостоятельности, тогда как законодательство других стран разрешает оспаривать

требование другим заинтересованным сторонам, в том числе другим кредиторам и должнику. В зависимости от процедур представления и признания требований спор может быть передан на рассмотрение управляющего в деле о несостоятельности или суда, или на судебном слушании или на собрании кредиторов, проводимом для изучения требований. В случае проведения такого собрания или слушания составление предварительного списка признанных требований либо судом, либо управляющим в деле о несостоятельности и представление такого списка всем кредиторам до слушания или собрания будут способствовать рассмотрению требований. Если требования оспариваются в рамках производства по делу о несостоятельности, будь то кредитором, управляющим в деле о несостоятельности или должником, то для обеспечения эффективного и упорядоченного хода производства необходимо наличие механизма быстрого урегулирования спора. Если решение по оспариваемым требованиям не может быть принято оперативным и эффективным образом, то возможность оспорить требование может быть использована для нарушения хода производства и создания неоправданных задержек. В большинстве стран законодательство о несостоятельности предусматривает, что подобные споры должны разрешаться судом для обеспечения окончательного характера решения.

604. Если требования, представленные в производстве, являются предметом спора, возникшего за рамками производства по делу о несостоятельности, то они могут в целом входить в одну из категорий требований, которые могут быть признаны в предварительном порядке в ходе производства по делу о несостоятельности, в зависимости от их характера, до разрешения этого спора (с учетом применения положений о приостановлении производства – см. главу II.В.3а) и 8).

d) Последствия признания требования

605. Признание требования кредитора создает право этого кредитора присутствовать на собраниях кредиторов и определяет сумму, с учетом которой кредитор имеет право голосовать на таких собраниях, будь то по вопросу об избрании управляющего в деле о несостоятельности, утверждении плана реорганизации или по какому-либо иному вопросу, предусмотренному в законодательстве о несостоятельности. Признание также определяет сумму и приоритетность требования, которые управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать при распределении активов среди кредиторов.

e) Зачет взаимных требований

606. Как указывается выше в главе II.G, в ряде стран законодательство о несостоятельности предусматривает осуществление зачета взаимных денежных обязательств между должником и кредиторами в ходе производства по делу о несостоятельности при соблюдении определенных условий. Эти условия могут включать, например, условия о том, чтобы требования существовали и причитались к платежу на момент открытия производства; чтобы кредитор приобрел данное требование не в результате мошенничества или чтобы на момент приобретения он не знал о финансовом положении своего должника; чтобы кредитор приобрел данное требование не в течение подозрительного периода; чтобы кредитор заявил о своем намерении добиваться взаимозачета управляющему в деле о несостоятельности; и чтобы требования соотносились между собой. Законодательство о несостоятельности лишь очень небольшого числа стран предусматривает обязательный зачет при несостоятельности, тогда как законодательство ряда других стран не допускает зачета на том основании, что он

нарушает принцип *pari passu*. Если зачет допускается, он обычно учитывается управляющим в деле о несостоятельности или судом при проверке и признании требований.

f) Требования, для которых обязателен специальный режим

i) Административные требования

607. Производство по делу о несостоятельности нередко требует помощи специалистов, таких как управляющие в деле о несостоятельности и консультанты должника или управляющего в деле о несостоятельности. В целях поддержания функционирования коммерческого предприятия должника, а также в иных целях осуществления производства по делу о несостоятельности комитеты кредиторов могут нести соответствующие расходы, в том числе по оплате многих или всех долгов, возникших после открытия производства, таких как требования работников, расходы на арендную плату и аналогичные требования.

608. Несмотря на важность предоставления надлежащего вознаграждения лицам, участвующим в ведении производства по делу о несостоятельности, административные расходы могут оказать значительное воздействие на стоимость имущественной массы. Хотя в определенной степени это воздействие будет зависеть от структуры законодательства о несостоятельности и обеспечивающей его инфраструктуры, было бы желательно рассмотреть вопрос о том, как свести к минимуму это воздействие. Например, в законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены четкие, но гибкие критерии в отношении допущения таких расходов. Эти критерии могут допускать расходы на основе их полезности для повышения стоимости имущественной массы в общих интересах всех групп, участвующих в процедурах, или на основе того, что эти расходы не только являются разумными и необходимыми, но и отвечают ключевым целям производства по делу. Разумный характер расходов может оцениваться с учетом объема средств, имеющихся в распоряжении производства по делу, а также возможных последствий таких расходов для производства.

609. При проведении такой оценки могут быть использованы различные подходы. Один из подходов может предусматривать необходимость получения разрешения суда до фактического осуществления расходов или разрешения суда на все расходы, выходящие за рамки обычных коммерческих операций. Другой подход может предусматривать, что с целью обеспечения прозрачности производства по делу такая оценка должна проводиться кредиторами при возможности обращения в суд в случае, когда оценка кредиторов оспаривается.

ii) Требования лиц, связанных с должником

610. Одна из категорий кредиторов, которая может заслуживать особого внимания, – это лица, связанные с должником как в семейном, так и в коммерческом качестве [данный аспект рассматривается выше в главе II.F.3e)]. Введение специального режима для требований таких лиц зачастую представляется оправданным на том основании, что они имеют больше шансов оказаться в благоприятном положении по сравнению с другими кредиторами и раньше других узнать о финансовых трудностях должника. Хотя требования этих лиц формально не относятся к категориям исключаемых требований, было бы целесообразно рассмотреть вопрос о том, следует ли признавать эти требования и предоставлять им тот же режим, что и требованиям других кредиторов, или признать их на основании специального

режима. Однако сам факт существования особых взаимоотношений с должником может не быть достаточным во всех случаях для обоснования специального режима в отношении требования кредитора. В некоторых случаях такие требования могут быть абсолютно прозрачными и должны рассматриваться в том же порядке, что и аналогичные требования, представленные кредиторами, которые не являются лицами, связанными с должником; в других случаях они могут дать основания для подозрений и заслуживают особого внимания. Законодательство о несостоятельности, возможно, должно будет предусмотреть механизм для идентификации таких видов поведения или ситуаций, при которых требования будут заслуживать дополнительного внимания, например, когда коммерческое предприятие должника чрезвычайно слабо капитализировано (в частности, если принципал должника предоставил компании средства в форме ссуды, когда компания недостаточно капитализирована и продолжает осуществлять свою деятельность, не имея достаточных средств для платежей кредиторам) или когда существуют доказательства осуществления внутренних сделок (т. е. связанные лица воспользовались преимуществом своего положения для получения прибыли, например, когда за 6 месяцев до ликвидации принципал соглашается на компенсационный пакет, который компания не может оплатить, и предъявляет требование в отношении него при ликвидации). В таких случаях требование может ограничиваться суммой, которая может быть признана, или может быть подчинено требованиям других категорий кредиторов (см. главу V.B), или же права голоса кредитора, связанного с должником, могут быть ограничены в отношении некоторых вопросов (например, при выборе управляющего в деле о несостоятельности, если законодательство позволяет кредиторам сделать такой выбор).

iii) Требования в отношении процентов

611. К начислению и выплате процентов по требованиям применяются разные подходы. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что проценты по требованиям перестают начисляться по всем необеспеченным долгам сразу после открытия ликвидационного производства, а выплаты при реорганизации будут зависеть от того, что предусмотрено в плане. В законодательстве других стран о несостоятельности предусмотрено, что проценты могут начисляться, но их выплате будет придана низкая приоритетность, например после осуществления платежей в пользу всех необеспеченных кредиторов.

4. Непризнанные требования

612. Во многих странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что в случае отклонения требования соответствующий кредитор будет иметь право добиваться пересмотра этого решения об отклонении, независимо от того, вынесено это решение судом или управляющим в деле о несостоятельности, в пределах установленного срока. В качестве примера можно привести сроки от 10 до 45 дней (см. главу II.D).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся требований кредиторов, заключаются в следующем:

- a) определить требования, которые могут или должны быть представлены, и режим, который следует предоставить этим требованиям;
- b) предоставить лицам, обладающим требованием к должнику, возможность представить требования в отношении имущественной массы;
- c) создать механизм проверки и признания требований;
- d) предусмотреть возможность пересмотра в отношении оспариваемых требований;
- e) обеспечить равный режим для кредиторов с аналогичным статусом.

Содержание законодательных положений

Требование в отношении представления

154) Законодательство должно требовать от кредиторов представления их требований¹⁰⁰, включая основание и сумму требования. Законодательство должно также свести к минимуму число формальностей, связанных с представлением требования.

Требования, которые могут быть представлены

155) Законодательство должно предусматривать, что требования, которые могут быть представлены, должны включать все права на платеж, возникающие из действий или бездействия должника¹⁰¹ до открытия производства по делу о несостоятельности, будь то с наступившим или ненаступившим сроком, будь то на определенную или неопределенную сумму, будь то фиксированные или условные¹⁰². Законодательство должно идентифицировать требования, которые не будут затрагиваться производством по делу о несостоятельности¹⁰³.

¹⁰⁰ Законодательство о несостоятельности должно определить требования, которые могут нуждаться в специальном режиме, например требования иностранных кредиторов, условные или безусловные денежные требования, требования в отношении процентов и требования в отношении обязательств с ненаступившим сроком исполнения.

¹⁰¹ Сюда входят требования со стороны третьих лиц или гаранта платежа, возникающие из действий или бездействия должника.

¹⁰² См. главу II.E, где содержатся рекомендации в отношении требований, возникающих в результате отказа от договоров.

¹⁰³ В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, в частности, что такие требования, как [государственные] штрафы и пени, а также налоги, не будут затрагиваться производством по делам о несостоятельности. Если какое-либо требование не затрагивается производством по делу о несостоятельности, оно продолжает существовать и не будет учитываться при любом освобождении от обязательств.

Обеспеченные требования

156) Законодательство должно указывать, должны ли обеспеченные кредиторы представлять требования¹⁰⁴.

Равный статус кредиторов с аналогичным статусом

157) Законодательство должно предусматривать, что все кредиторы с аналогичным статусом, независимо от того, являются ли они внутренними или иностранными кредиторами, должны пользоваться одинаковым режимом с точки зрения представления и рассмотрения их требований.

Момент представления требований

158) Законодательство должно установить срок после открытия производства по делу, в течение которого могут быть представлены требования, и такой срок должен быть достаточным для того, чтобы кредиторы смогли представить свои требования.

Последствия непредставления требования

159) Законодательство должно определить последствия непредставления требования в течение оговоренного срока.

Требования, выраженные в иностранной валюте

160) Если требования выражены в иностранной валюте, законодательство должно определить те обстоятельства, при которых эти требования должны быть пересчитаны, а также основания для пересчета. Если необходимо произвести пересчет, законодательство должно указать, что требование будет пересчитано в местную валюту путем ссылки на конкретную дату, такую как дата открытия производства по делу о несостоятельности [с учетом особых мер, которые могут применяться в ситуациях высокой нестабильности валют].

Доказательства наличия требований

161) Законодательство может разрешать признание неоспоренных требований на основе списка кредиторов и требований, составленного должником в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности¹⁰⁵, или суд либо управляющий в деле о несостоятельности может потребовать от кредитора предъявления доказательств наличия его требования. Законодательство не должно во всех случаях требовать от кредитора личного присутствия для доказывания своего требования.

Признание или отклонение требований

162) Законодательство должно разрешить управляющему в деле о несостоятельности признать или отклонить любое требование полностью или

¹⁰⁴ См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 14(3), и пункт 111 Руководства по его принятию, в которых отмечается, что согласно законодательствам некоторых стран обеспеченный кредитор, который подает требование, считается отказавшимся от права на обеспечение или некоторых привилегий, связанных с кредитом, в то время как согласно законодательствам других стран те же последствия наступают в случае непредставления требования.

¹⁰⁵ См. рекомендации относительно обязанностей и функций должника и управляющего в деле о несостоятельности.

частично¹⁰⁶. Если требование отклоняется полностью или частично, кредитору должно быть направлено уведомление с указанием мотивов решения об отклонении.

163) Законодательство должно разрешить кредиторам, требования которых отклонены полностью или частично, обращаться в суд [в течение оговоренного срока после направления уведомления об отклонении требования] с просьбой о пересмотре их требований.

Оспаривание требования

164) Законодательство должно разрешить заинтересованной стороне оспорить любое представленное требование как до, так и после признания и обратиться в суд с просьбой о пересмотре этого требования.

Предварительное признание

165) Законодательство должно предусматривать, что требования, оспариваемые в ходе производства по делу о несостоятельности, могут быть признаны управляющим в деле о несостоятельности в предварительном порядке до разрешения спора судом.

[166) Законодательство должно разрешить признавать требования на неустановленную сумму в предварительном порядке до установления суммы требования управляющим в деле о несостоятельности.]

[167) Законодательство должно предусматривать, что управляющий в деле о несостоятельности может определить долю требования обеспеченного кредитора, которая обеспечена, и необеспеченную долю путем оценки обремененного актива.]

Последствия признания

168) Законодательство должно устанавливать последствия признания требования, в том числе признания в предварительном порядке. Эти последствия могут включать следующее:

- a) наделение кредитора правом участвовать в производстве и быть выслушанным;
- b) разрешение кредитору принимать участие в голосовании на собрании кредиторов, в том числе по вопросу об утверждении плана;
- c) установление права очередности для требования кредитора;
- d) определение суммы, с учетом которой кредитор имеет право голосовать;
- e) за исключением случая предварительного признания требования, разрешение кредитору принять участие в распределении¹⁰⁷.

Требования сторон, связанных с должником

169) Законодательство должно предусматривать, что требования сторон, связанных с должником, должны быть подвергнуты изучению и, если это обосновано¹⁰⁸:

¹⁰⁶ В некоторых юрисдикциях предусматривается, что суд должен утвердить решение, принятое управляющим в деле о несостоятельности.

¹⁰⁷ В то же время при проведении распределения управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать требования, признанные в предварительном порядке или представленные, но еще не признанные (см. главу V.B).

¹⁰⁸ Достаточным обоснованием могут считаться ситуации, когда предприятие должника недостаточно капитализировано или были совершены внутренние сделки, как отмечалось выше [см. пункт 3f)ii)].

- a) права стороны, связанной с должником, на участие в голосовании могут быть ограничены;
- b) сумма требования стороны, связанной с должником, может быть ограничена; или
- c) требование может быть субординировано¹⁰⁹.

V. Приоритеты и распределение [поступлений от ликвидации]

1. Приоритеты

a) Введение

613. В производстве по делу о несостоятельности затрагиваются самые разнообразные и конкурирующие между собой интересы. Кредиторы в своем большинстве выступают в этом качестве в силу своих правовых и договорных отношений с должником, возникших до наступления несостоятельности. В то же время имеются кредиторы, не заключавшие подобных договоренностей с должником, такие как налоговые органы (которые нередко принимают участие в производстве по делам о несостоятельности) и заявители требований из деликта (случаи участия которых в целом встречаются менее часто). Соответственно права этих кредиторов будут регулироваться рядом различных законов.

614. Положение многих кредиторов может быть сходным в том, что касается имеющихся у них видов требований, основанных на аналогичных предусмотренных в законе или договорных правах, тогда как другие кредиторы могут обладать большими преимущественными требованиями или правами. По этим причинам в законодательстве о несостоятельности статус кредиторов в целях распределения поступлений от имущественной массы при ликвидации, как правило, устанавливается со ссылкой на их требования, и такой подход не противоречит цели обеспечения равного режима. В той мере, в какой различные кредиторы заключили с должником различные коммерческие сделки, статус кредиторов может быть оправдан желательностью того, чтобы в рамках системы несостоятельности признавались и уважались различные сделки, поддерживались законные коммерческие ожидания, повышалась степень предсказуемости в коммерческих отношениях и оказывалось содействие обеспечению равного режима кредиторов, находящихся в аналогичном положении. Создание ясной и предсказуемой системы статусов в целях распределения может помочь обеспечить уверенность кредиторов в своих правах на момент заключения коммерческих договоренностей с должником и в случае обеспеченного кредита способствовать его предоставлению.

615. Однако существует ограничение в достижении этих целей, если учесть желательность обеспечения в законодательстве о несостоятельности баланса между этими конкурирующими целями и соображениями государственной политики. В той мере, в какой эти более широкие государственные интересы вступают в коллизию с частными интересами, они могут привести к искажению обычных коммерческих стимулов. Помимо использования статусов на основе коммерческих и правовых отношений между должником и его кредиторами политика в области распределения очень часто отражает также подход, который признает важность государственных интересов (таких как защита занятости), желательность обеспечения

¹⁰⁹ О субординации см. главу V.B.

упорядоченного и эффективного проведения производства по делам о несостоятельности (при первоочередности вознаграждения специалистов в области несостоятельности и оплаты административных расходов в рамках производства) и содействие сохранению коммерческого предприятия и его реорганизации (предоставляя приоритет финансированию после открытия производства). Если предпочтение отдается государственным интересам и не соблюдается принцип равного режима на основе различных статусов требований, желательно четко указать принципиальные основания для установления такой очередности в законодательстве о несостоятельности. При отсутствии равного режима этот подход обеспечит как минимум прозрачность и предсказуемость в отношении требований (см. главу V.A), распределения (см. главу V.C) и установления категорий кредиторов согласно плану реорганизации (см. главу IV.A).

616. В разных странах законодательство о несостоятельности придерживается самых разных подходов к установлению статуса кредиторов как с точки зрения очередности различных категорий, так и с точки зрения режима в отношении кредиторов в рамках конкретной категории, например кредиторов, которые в широком смысле определяются как необеспеченные, где можно использовать различные подкатегории.

b) Субординация требований

617. Если физическое или юридическое лицо имеет задолженность перед более чем одним кредитором, то порядок погашения этих долгов будет определяться схемой очередности, установленной в применимом законодательстве или на основании договоренности сторон. Однако даже при наличии схемы очередности кредитор с более высоким порядком очередности может получить платеж после кредитора с более низким порядком очередности по причине субординации.

618. Субординация подразумевает изменение порядка очередности кредиторов и не связана с юридической действительностью или правомерностью какого-либо требования. Субординированное требование может быть юридически действительным и подлежащим принудительному исполнению, но в силу договоренности или судебного решения его оплата согласно схеме распределения будет произведена в более поздний срок по сравнению с тем, когда она была бы произведена в ином случае. Эти два вида субординации рассматриваются ниже.

i) Договорная субординация

619. Договорная субординация имеет место тогда, когда два или более кредитора одного и того же должника заключают между собой соглашение (именуемое "субординацией" или "соглашением о распределении"), в котором предусматривается, что один кредитор соглашается получить платеж в счет своего требования к должнику после оплаты требования другого кредитора. Эти соглашения могут заключаться между обеспеченными кредиторами или между необеспеченными кредиторами. В первом случае соглашение обычно предусматривает, что один кредитор получает преимущественное право перед обладателем обеспечительного интереса, который в ином случае имел бы более высокий порядок очередности. Соглашения между необеспеченными кредиторами обычно предусматривают, что один кредитор получит в полном объеме платеж в счет своего требования до того, как субординированный кредитор получит какую-либо сумму из какого-либо распределения.

620. Соглашения о субординации могут быть обусловлены различными обстоятельствами. Например, держатели долговых обязательств обычно соглашаются субординировать свои требования по отношению к кредитору оборотного капитала должника. Кроме того, если коммерческие предприятия сталкиваются с финансовыми затруднениями, некоторые кредиторы могут согласиться субординировать свои требования, с тем чтобы помочь в реорганизации этого предприятия. Некоторые кредиторы могут согласиться на субординацию по отношению к кредитору, дающему новую денежную ссуду предприятию, в надежде, что эта ссуда поможет оздоровить предприятие и, таким образом, повысить шансы на полную оплату требований субординированных кредиторов.

621. Законодательство, которое устанавливает действительность и возможность принудительного исполнения договоров, распространяется также на соглашения о субординации, как и обычные договорные основания для освобождения от ответственности, такие как отсутствие вознаграждения, мошенничество и недобросовестность.

ii) *Субординация по решению суда (именуемая субординацией на основе права справедливости)*

622. Этот вид субординации имеет место тогда, когда суд обладает правом изменить очередность платежей по требованиям с целью не допустить, например, того, чтобы какой-либо кредитор, совершивший мошенничество или иное противоправное действие или поступивший ненадлежащим образом с целью получения преимущества перед другими кредиторами, смог воспользоваться этим преимуществом. Первоначально эта концепция возникла с целью не допустить того, чтобы связанные с должником лица использовали правовые механизмы для получения преимуществ при установлении очередности.

623. Для того чтобы применялся этот вид субординации, указанные действия должны на самом деле привести к нанесению ущерба другим кредиторам, такого как изменение обычной схемы распределения и обеспечение какому-либо кредитору несправедливого положения в порядке очередности. Тогда суд может прибегнуть к субординации с целью восстановления схемы очередности, чтобы обеспечить справедливое распределение. Если указанное действие совершено, но не привело к возникновению несправедливого преимущества, субординация, как правило, не может быть применена.

c) **Ранжирование требований по статусу**

i) *Обеспеченные кредиторы*

624. В законодательстве многих стран о несостоятельности признаются в качестве первоочередных права обеспеченных кредиторов на удовлетворение своих требований либо за счет поступлений от продажи конкретных активов, обремененных обеспечением, либо из общих фондов. Метод распределения среди обеспеченных кредиторов зависит от метода, используемого для защиты обеспеченных кредиторов в ходе производства. Если защита обеспечительного интереса происходит с применением мер по сохранению стоимости обремененного актива, то обеспеченный кредитор, как правило, будет обладать преимущественным требованием в отношении поступлений от продажи этого актива в размере суммы своего обеспеченного требования. Согласно другому варианту, если защита обеспечительного интереса происходит путем фиксирования суммы обеспеченной

части его требования на момент открытия производства, то этот кредитор, как правило, будет обладать преимущественным требованием на общие поступления от имущественной массы в отношении такой суммы. В случаях, когда требование обеспеченного кредитора превышает стоимость обремененного актива или сумму обеспеченного требования, установленную на момент открытия производства (когда применяется такой подход), необеспеченная часть требования рассматривается для целей распределения, как правило, в качестве обычного необеспеченного требования.

625. В некоторых странах законодательство о несостоятельности не предоставляет обеспеченным кредиторам права первоочередности. Выплата обеспеченным кредиторам может предусматриваться после оплаты административных расходов и погашения других требований, пользующихся приоритетной защитой, таких как требования из невыплаченной заработной платы, налоговые требования, экологические требования и требования, вытекающие из причинения личного вреда. Другой подход отражен в тех законодательствах, которые предусматривают, что сумма, которая может быть взыскана (в порядке приоритета) обеспеченными кредиторами из активов, обеспечивающих их требование, ограничивается определенной долей такого требования. В некоторых странах в законодательстве, которое придерживается такого подхода, проводится различие между обеспечительными интересами в отношении практически всех активов предприятия (иногда именуемыми "ипотекой предприятия" или "плавающим обременением") и другими видами обеспечительного интереса. Такая выделенная доля требования используется обычно для погашения требований других кредиторов, будь то кредиторы с более низким порядком очередности или обычные необеспеченные кредиторы, либо для выплаты вознаграждения и оплаты расходов управляющего в деле о несостоятельности и расходов, возникающих в связи с сохранением имущественной массы и управлением ею в тех случаях, когда стоимость активов имущественной массы недостаточна для покрытия этих расходов. Одно из обоснований такого подхода заключается в том, что обеспеченный кредитор должен участвовать на какой-либо справедливой основе в покрытии некоторых потерь других кредиторов при ликвидации и принимать доленое участие в некоторых расходах при реорганизации. Такие другие требования будут участвовать в распределении только в том случае, если сохраняется определенная доля активов должника для их оплаты. Введение таких исключений из правила установления первоочередности для обеспеченных кредиторов может создать неопределенность в том, что касается возвращения обеспеченных кредитов, препятствуя таким образом предоставлению обеспеченных кредитов и увеличивая связанные с этим издержки. Крайне желательно ограничить применение таких исключений в законодательстве о несостоятельности.

626. Для случаев, когда обеспеченное требование удовлетворяется непосредственно за счет чистых поступлений от реализации соответствующих активов, обеспеченный кредитор, в отличие от необеспеченных кредиторов, как правило, не будет участвовать в покрытии (прямо или косвенно) общих затрат на ведение производства по делу о несостоятельности, если только не существует вышеуказанных положений. Тем не менее и в этих случаях от обеспеченного кредитора может потребоваться участие в покрытии других расходов, непосредственно связанных с его интересами, таких как административные расходы, понесенные в связи с сохранением обремененных активов. Если управляющий в деле о несостоятельности затратил определенные средства на цели сохранения стоимости активов, служащих обеспечением, то было бы целесообразно возмещать

такие расходы в качестве административных расходов за счет той суммы, которая в ином случае была бы выплачена в первоочередном порядке обеспеченному кредитору за счет поступлений от продажи этих активов. Еще одно исключение из правила первоочередности может также касаться преимущественных прав, установленных в отношении финансирования после открытия производства, когда последствия любого предоставленного преимущественного права для интересов обеспеченных кредиторов должны быть ясными на момент получения финансирования, особенно потому, что оно могло быть утверждено обеспеченными кредиторами (см. главу VI.B).

ii) *Административные издержки и расходы*

627. Административные расходы на ведение производства по делу о несостоятельности часто имеют приоритет перед необеспеченными требованиями и, как правило, наделяются таким приоритетом, чтобы содействовать сохранению имущественной массы и обеспечить надлежащие выплаты сторонам. Эти расходы, как правило, включают вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и всем специалистам, нанятым управляющим в деле о несостоятельности или в некоторых случаях должником; долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности (или в некоторых случаях должником) своих функций и полномочий (см. главу IV.A и B); расходы, возникающие в связи с продолжающимся исполнением договорных обязательств (например, по трудовым соглашениям или договорам аренды); расходы на судопроизводство (например, судебные издержки) и, согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, вознаграждение всем специалистам, нанятым комитетом кредиторов.

iii) *Приоритетные или преимущественные требования*

628. В разных странах законодательство о несостоятельности нередко предусматривает приоритетные права для определенных (главным образом необеспеченных) требований, которые, в свою очередь, будут удовлетворяться в первоочередном порядке по отношению к другим, необеспеченным и непреимущественным (или менее преимущественным) требованиям. Эти приоритетные права, которые часто базируются на социальных, а иногда и политических соображениях, противоречат принципу распределения *pari passu* и в целом действуют в ущерб обычных необеспеченных кредиторов, снижая стоимость активов, подлежащих распределению среди них. Предоставление приоритетных прав может вызвать неконструктивные дебаты при решении вопроса о том, каким кредиторам следует предоставлять приоритет и какие есть для этого основания. Предоставление таких прав в соответствии с законодательством о несостоятельности также влияет на наличие и стоимость кредита, которая будет увеличиваться по мере сокращения суммы средств, подлежащих распределению среди других кредиторов.

629. В основе некоторых приоритетов лежат социальные задачи, которые могли бы быть решены более продуктивно в рамках другого законодательства, такого как законодательство о социальном обеспечении, а не путем разработки законодательства о несостоятельности, ориентированного на достижение социальных целей, которые лишь косвенно связаны с вопросами задолженности и несостоятельности. В связи с этим установление в законодательстве о несостоятельности того или иного приоритета может в лучшем случае обеспечить неполное и неадекватное решение социальных проблем, снижая при этом эффективность самого процесса по делу о несостоятельности. В тех случаях, когда в

законодательство о несостоятельности предполагается включить положения о приоритетах или когда приоритеты, предусмотренные другим законодательством, будут признаны и окажут воздействие на производство по делам о несостоятельности, желательно, чтобы такие приоритеты были четко оговорены или чтобы в законодательстве о несостоятельности на них были сделаны прямые ссылки (и чтобы при необходимости был указан их приоритет по отношению к другим требованиям). Это, по меньшей мере, обеспечит прозрачность и предсказуемость режима несостоятельности с точки зрения его последствий для кредиторов, а также позволит займодателям более точно оценивать риски, связанные с кредитованием.

630. В ряде недавно принятых законов о несостоятельности значительно сократилось количество таких видов приоритетных прав, что отражает изменения в публичной приемлемости подобного режима. Например, некоторые страны недавно исключили приоритет, традиционно предоставляемый налоговым требованиям. Вместе с тем в других странах наблюдается тенденция к увеличению числа категорий задолженности, пользующихся приоритетом. Сохранение ряда различных приоритетных позиций для многих видов требований может усложнить достижение основных целей процедуры несостоятельности и затруднить обеспечение эффективного и действенного производства. Это может привести к проявлениям неравенства, а при реорганизации это осложнит процесс составления плана. Кроме того, следует помнить о том, что корректировка порядка распределения с целью создания таких приоритетных прав не увеличивает общего объема средств, имеющихся в распоряжении кредиторов. Напротив, это приведет лишь к получению выгод одной группой кредиторов за счет другой группы. Чем больше число категорий приоритетных кредиторов, тем больше оснований для других групп заявлять, что они также заслуживают приоритетного режима. Чем больше число кредиторов, пользующихся приоритетным режимом, тем менее выгодным становится этот режим.

631. К факторам, которые могут иметь значение при решении вопроса о том, существуют ли веские доводы в пользу предоставления преимущественного статуса любой конкретной категории задолженности, можно отнести, в частности, необходимость выполнять международные обязательства; необходимость добиваться сбалансированности между частными правами и государственными интересами, а также альтернативными средствами, имеющимися для удовлетворения этих государственных интересов; желательность создания у кредиторов стимулов к тому, чтобы эффективно управлять кредитами и устанавливать наименьшую стоимость кредита; последствия, которые возникнут в случае создания определенных преимуществ с точки зрения операционных издержек и затрат на контроль за соблюдением установленных требований, и желательность проведения тонких различий между кредиторами, в результате которых одна категория кредиторов будет нести более тяжелое бремя невыплаченной задолженности.

632. Существует множество разных подходов к решению вопроса о том, каким видам требований предоставлять приоритет и каким должен быть этот приоритет. Разные страны предоставляют разные виды приоритетов, однако можно выделить две особенно распространенные категории. Первая категория включает приоритет в пользу заработной платы и пособий служащих (требования в отношении социального и пенсионного обеспечения), а вторая – налоговые требования. Приоритетность налоговых требований может иметь особое значение в транснациональных делах. Один из подходов может заключаться в отказе предоставлять приоритет каким бы то ни было требованиям в отношении

иностранных налогов. Альтернативный вариант может заключаться в признании некоторых видов приоритетов для таких налоговых требований, возможно, в ограниченном объеме, будь то в случае взаимного признания таких требований или в случае, когда производство по делу о несостоятельности в отношении одного должника ведется совместно в нескольких государствах. В статье 13 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности признается значение принципа недопустимости дискриминации в отношении определения статуса требований иностранных кредиторов, но при этом предусматривается, что страны, не признающие требования в отношении иностранных налогов и социального обеспечения, могут по-прежнему устанавливать для них более низкий статус¹¹⁰.

– *Требования служащих*

633. В большинстве стран требования работников (включая требования относительно заработной платы, оплаты отпусков или выходных дней, выплат в счет других оплачиваемых дней отсутствия на работе и выходного пособия) входят в категорию приоритетных требований, которые в ряде случаев имеют более высокий статус по сравнению с налоговыми требованиями и требованиями по социальному обеспечению. Такой подход в целом соответствует положению о специальной защите, предоставляемой работникам в других областях законодательства о несостоятельности (см. главу III.D.6), а также подходу, закрепленному в некоторых международных конвенциях¹¹¹. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности первостепенное значение, которое придается сохранению непрерывной занятости по сравнению с другими целями производства по делу о несостоятельности, такими как максимизация стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов, подтверждается предпочтением, отдаваемым продаже коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с передачей действующих обязательств в отношении занятости), в отличие от ликвидации или реорганизации, когда такие обязательства могут быть изменены или отменены.

634. В некоторых странах требования работников имеют приоритет, но они рассматриваются наравне с налоговыми требованиями и требованиями по социальному обеспечению в рамках одной категории приоритетных требований и в случае недостатка средств могут удовлетворяться пропорционально. В других странах требования работников не получают какой-либо приоритетности и рассматриваются как обычные необеспеченные требования, хотя в некоторых случаях выплаты по определенным обязательствам, начисленным за конкретный период времени (например, по зарплате и вознаграждению в течение трех месяцев до открытия производства по делу о несостоятельности), могут гарантироваться государством через фонд гарантий заработной платы. Фонд, гарантирующий выплаты по таким требованиям, может сам предъявлять требования к имущественной массе и может иметь или не иметь такой же приоритет по отношению к имущественной массе, как и требования работников, в зависимости от соображений политики, таких как использование государственных денежных

¹¹⁰ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 13(2) и сноска 2.

¹¹¹ Например, Конвенция МОТ о защите требований работников в случае неплатежеспособности предпринимателя 1992 года (№ 173). Статья 8(1) предусматривает, что "национальное законодательство или нормативные акты предоставляют требованиям работников более высокий приоритет по сравнению с большинством других привилегированных требований, и в частности с требованиями государства и системы социального обеспечения". Конвенция вступила в силу в 1995 году.

средств (в отличие от активов неплатежеспособного должника) для финансирования обеспечения компенсации заработной платы. В обычной практике фонду предоставляются такие же права, что и работникам, по крайней мере в отношении определенной оговоренной суммы, которая может быть выражена в виде суммы заработной платы или количества оплачиваемых недель.

– *Налоговые требования*

635. Часто приоритет отдается государственным налоговым требованиям на основании необходимости защиты государственных доходов. Предоставление приоритета таким требованиям объясняется и рядом других соображений. В частности, это обосновывается тем, что такой подход может способствовать процессу реорганизации, поскольку налоговые органы будут заинтересованы в том, чтобы отсрочить сбор налогов с неблагополучного коммерческого предприятия, исходя из того, что в конечном счете им будет предоставлен приоритет в отношении выплат в связи с несостоятельностью, а также тем, что правительство, являясь некоммерческим и невольным кредитором, может быть исключено из некоторых вариантов погашения коммерческой задолженности. Вместе с тем предоставление приоритета таким требованиям может быть контрпродуктивным, поскольку невзимание налогов может нанести ущерб единообразному исполнению налогового законодательства и представлять собой форму государственного субсидирования, что подрывает дисциплину, поддерживая которую призван эффективный режим несостоятельности. Это может вызвать у налоговых органов удовлетворение в связи с возможностью осуществлять контроль за должниками и взыскивать долги, соблюдая коммерческие интересы, что помогло бы предотвратить наступление несостоятельности и истощение активов.

iv) *Обычные необеспеченные кредиторы*

636. После удовлетворения требований всех обеспеченных и приоритетных кредиторов остаток имущественной массы, как правило, распределяется на пропорциональной основе между обычными необеспеченными кредиторами. В рамках этой категории могут существовать подкатегории, при этом некоторые требования могут рассматриваться как субординированные или приоритетные, как отмечалось выше. Ниже рассматриваются некоторые требования, которые обычно относятся к числу субординированных.

v) *Собственники и держатели акций*

637. Собственники и держатели акций могут иметь требования, возникающие из кредитов, предоставленных должнику, и требования, связанные с их участием в акционерном капитале или с долей в собственности должника. Во многих странах в законодательстве о несостоятельности проводится различие между этими разными требованиями. В отношении требований, связанных с участием в акционерном капитале, законодательство многих стран о несостоятельности содержит общее правило, согласно которому собственники и держатели акций коммерческого предприятия не имеют права на распределение поступлений от активов, пока не будут полностью погашены все другие требования, стоящие выше по порядку очередности (включая требования по процентам, начисленным после открытия производства). Эти стороны в своем качестве редко имеют доступ к какому-либо распределению в связи с их участием в акционерном капитале должника. Когда проводится распределение, оно осуществляется, как правило, в соответствии со статусом акций, как он указан в законодательстве, регулирующем деятельность

компаний, и в уставе самой компании. Вместе с тем долговые требования, например, те, которые относятся к кредитам, не всегда являются субординированными.

vi) *Лица, связанные с должником*

638. Еще одна категория кредиторов, которая может потребовать особого внимания, – это лица, связанные с должником либо семейными, либо коммерческими отношениями [этот вопрос обсуждался выше, см. главу П.Е.3е) и главу V.A]. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, эти требования всегда являются субординированными, а по законодательству других стран они субординированы только в силу несправедливого, или мошеннического, или квазимошеннического поведения. Если эти требования субординированы, они могут стоять после обычных необеспеченных требований. Другие подходы к режиму этих требований предусматривают не порядок очередности, а ограничения прав голоса или сумму требования, которое может быть признано в ходе производства.

vii) *Штрафы, пени и процент после открытия производства*

639. Некоторые страны рассматривают такие требования, как денежные вознаграждения, штрафы и пени (административные, уголовные или иные), в качестве обычных необеспеченных требований и субординируют их по отношению к другим необеспеченным требованиям. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности такие виды требований рассматриваются как исключаемые требования.

640. К начислению и выплате процентов по требованиям применяются разные подходы. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусматривается, что проценты по требованиям перестают начисляться по всем необеспеченным долгам сразу после открытия ликвидационного производства, а выплаты при реорганизации будут зависеть от того, что предусмотрено в плане. В других случаях, когда предусмотрено начисление процентов после открытия производства, выплаты могут быть субординированы и будут производиться только после погашения всех других необеспеченных требований.

2. Распределение

а) Ликвидация

641. В тех случаях, когда имеется несколько различных категорий требований с разным порядком очередности, каждый уровень очередности, как правило, будет оплачиваться полностью до оплаты требований следующего уровня. По достижении уровня очередности, когда средств для полных выплат всем кредиторам оказывается недостаточно, кредиторы этого уровня получают свою долю в пропорциональном отношении. Согласно законодательству некоторых стран, где не предусматриваются разные уровни очередности, все кредиторы получают долевыми пропорциональные выплаты, если недостаточно средств для выплат в полном объеме.

б) Реорганизация

642. В плане реорганизации может предлагаться иная очередность при распределении, чем та, которая предусмотрена законодательством о несостоятельности в отношении ликвидации, при условии, что кредиторы, голосующие по плану, утвердят такое изменение. Применительно к процедурам реорганизации было бы желательно предусмотреть, что все первоочередные

требования должны быть оплачены в полном объеме в качестве условия утверждения плана, если только кредиторы соответствующей очереди не примут иного решения (см. главу IV).

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся очередности и распределения, заключаются в следующем:

- a) установить порядок очередности удовлетворения требований из имущественной массы;
- b) обеспечить, чтобы кредиторы аналогичного статуса получали пропорциональное удовлетворение из активов имущественной массы;
- c) указать ограниченное число обстоятельств, при которых может предоставляться приоритет при распределении.

Содержание законодательных положений

Категории и режим кредиторов, затронутых открытием производства по делу о несостоятельности

170) Законодательство должно указывать те категории кредиторов, которые будут затронуты открытием производства по делу о несостоятельности, а также режим этих категорий в отношении очередности и распределения.

Установление порядка очередности удовлетворения требований

171) Законодательство должно определить порядок очередности, в котором требования удовлетворяются из имущественной массы.

Преимущественные требования

172) Законодательство должно устанавливать минимальное число приоритетов, предоставляемых необеспеченным требованиям. В законе должны быть четко указаны требования, которые будут иметь право на удовлетворение в первоочередном порядке в рамках производства по делам о несостоятельности.

Обеспеченные требования

173) Законодательство должно предусматривать, что обеспеченные требования должны удовлетворяться из обеспечения при ликвидации или согласно плану реорганизации с учетом требований, пользующихся более высоким приоритетом, если таковые имеются, в сравнении с обеспеченным требованием. Требования с более высоким в сравнении с обеспеченными требованиями приоритетом следует свести к минимуму и четко указать в законе. В той мере, в какой сумма обеспечения недостаточна для удовлетворения требования обеспеченного кредитора, обеспеченный кредитор может участвовать в качестве обычного необеспеченного кредитора.

Ранжирование требований по статусу

174) Законодательство должно предусматривать, что требования, не являющиеся обеспеченными, ранжируются по статусу в следующем порядке:

- a) административные затраты и расходы;
- b) обладающие приоритетом требования;
- c) обычные необеспеченные требования;
- d) отсроченные или субординированные требования¹¹².

175) Законодательство должно предусматривать, что, если после удовлетворения в полном объеме всех требований образуется излишек, этот излишек возвращается должнику.

Распределение при ликвидации

176) Законодательство должно предусматривать в качестве общего принципа, что требования с аналогичным статусом оплачиваются на основании принципа *pari passu*. Все требования с аналогичным статусом в рамках конкретной категории должны быть оплачены полностью до оплаты требований следующего статуса.

177) Законодательство должно предусматривать, что при проведении распределения управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать представленные требования, которые еще окончательно не признаны.

178) Законодательство должно предусматривать, что в рамках производства по делу о ликвидации распределение проводится незамедлительно и что могут осуществляться предварительные распределения.

C. Режим корпоративных групп в делах о несостоятельности

1. Введение

643. В коммерческой деятельности распространена практика, когда коммерческое предприятие действует через группы компаний, а каждая компания, входящая в эту группу, является отдельным юридическим лицом. Когда одна из компаний в структуре группы становится неплатежеспособной, подход к такой компании в качестве отдельного юридического лица вызывает ряд проблем, которые, как правило, носят сложный характер и с трудом поддаются решению. В ряде ситуаций, например когда коммерческая деятельность компании направлялась или контролировалась какой-либо родственной компанией, режим компаний, входящих в группу в качестве отдельных юридических лиц, может привести к несправедливым последствиям. Такой режим, например, может воспрепятствовать доступу к средствам одной компании для осуществления платежей по долгам или обязательствам родственной компании-должника (кроме тех случаев, когда компания-должник является акционером или кредитором такой родственной компании), несмотря на тесную взаимосвязь этих компаний и тот факт, что

¹¹² Закон может предусматривать дальнейшее ранжирование по статусу требований в рамках каждого статуса, указанного в пунктах a), b) и d). Если все кредиторы с одинаковым статусом не могут получить выплаты в полном объеме, порядок выплат должен отражать любое дальнейшее ранжирование по статусу, предусмотренное в законодательстве для требований одного и того же статуса.

родственная компания могла участвовать в управлении должником или действовать в качестве, аналогичном директору должника, что могло явиться причиной возникновения долгов и обязательств. Кроме того, в тех случаях, когда компания-должник принадлежит к группе компаний, в каждом конкретном случае бывает трудно разобраться в фактических обстоятельствах для определения того, с какой из входящих в группу компаний вели дела конкретные кредиторы, или для выявления финансовых операций, осуществляемых между компаниями группы.

644. Особую обеспокоенность в связи с производством по делу о несостоятельности с участием одной из компаний, входящих в группу, вызывают два вопроса:

а) будет ли какая-либо другая компания, входящая в группу, нести ответственность за внешние долги неплатежеспособной компании (которые представляют собой все долги, причитающиеся с неплатежеспособной компании, за исключением тех из них, которые причитаются родственными компаниям, входящим в группу, т. е. "внутригрупповых долгов"); и

б) режим внутригрупповых долгов (требования к компании-должнику со стороны компаний группы).

645. Эти вопросы по-разному решаются в законодательстве разных стран о несостоятельности. В некоторых странах используется директивный подход, согласно которому строго ограничиваются обстоятельства, при которых на компании группы может быть распространен иной режим, чем режим самостоятельного юридического лица, или, иными словами, обстоятельства, при которых какая-либо родственная компания может нести ответственность за долги неплатежеспособного члена группы. В законодательстве других стран используется более гибкий подход, и судам предоставляется широкая свобода усмотрения в оценке обстоятельств конкретных дел на основе специальных руководящих принципов. В последнем случае варианты возможных решений более разнообразны, чем в случае применения директивного подхода. Однако в любом случае в законодательстве о несостоятельности эти вопросы внутригрупповой ответственности рассматриваются, как правило, на основе взаимосвязи между неплатежеспособной компанией и родственными компаниями группы с точки зрения как состава акционеров, так и управленческого контроля. Одно из возможных преимуществ регулирования этих вопросов в законодательстве о несостоятельности состоит в том, чтобы предоставить корпоративным группам стимул для постоянного контроля за деятельностью компаний, входящих в группу, и заблаговременного принятия мер в случае возникновения финансовых трудностей у одного из членов группы. В то же время распространение на такие компании иного режима, чем режим самостоятельных юридических лиц, может подорвать способность коммерческих предприятий, инвесторов и кредиторов гарантировать риски и сделать соответствующий выбор (что может иметь особое значение в случаях, когда в группу входит компания, на которую распространяются специальные требования по управлению рисками, например финансовое учреждение); это может привести к существенной неопределенности, что окажет неблагоприятное воздействие на стоимость кредита, особенно если решение об ответственности за групповые долги выносится судом после наступления несостоятельности; это также может осложнить бухгалтерскую отчетность в связи с вопросом о порядке урегулирования обязательств в рамках группы.

2. Ответственность группы за внешние долги

646. При оценке того, должна ли какая-либо родственная компания или компания, входящая в группу, нести ответственность за внешние долги неплатежеспособного

члена группы, режимы несостоятельности исходят из ряда различных обстоятельств или факторов.

647. Во многих юрисдикциях применяется общий подход, согласно которому родственная компания несет ответственность за долг, если она предоставила гарантии в отношении своих дочерних компаний. Аналогичным образом, согласно многим режимам, предусматривается ответственность за выплату компенсации любых убытков или ущерба в случаях мошенничества в операциях внутри группы. Другие решения могут предписываться нормами, действующими в иных областях права. Например, при некоторых обстоятельствах законодательство может рассматривать неплатежеспособную компанию в качестве агента родственной компании, что позволит третьим лицам в принудительном порядке осуществить свои права непосредственно в отношении родственной компании в качестве принципала.

648. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности наделяет суды широкой свободой усмотрения для определения ответственности одной или нескольких компаний, входящих в группу, за долги других компаний группы, с учетом определенных руководящих принципов, такие руководящие принципы могут включать следующие соображения: степень взаимосвязи управления, коммерческих операций и финансов компаний; поведение родственной компании в отношении кредиторов неплатежеспособной компании; существующее у таких кредиторов убеждение в том, что они осуществляют операции с одним хозяйствующим субъектом, а не с двумя или более компаниями, входящими в группу; и та степень, в которой возникновение несостоятельности можно отнести на счет действий родственной компании, входящей в группу. На основе этих соображений суд может вынести решение о том, в какой мере корпоративная группа действовала в качестве единого предприятия, а в некоторых юрисдикциях суд может вынести постановление о консолидации или объединении активов и обязательств компании¹¹³, особенно в тех случаях, когда это постановление будет способствовать реорганизации корпоративной группы, или постановление о том, чтобы родственная компания приняла финансовое участие в имущественной массе в деле о несостоятельности при условии, что такое участие не затронет платежеспособности самой компании-вкладчика. Платежи в рамках такого участия, как правило, вносятся управляющему в деле о несостоятельности, который управляет имущественной массой в деле о несостоятельности в интересах имущественной массы в целом.

649. Еще одно, причем важное соображение, которое учитывается в законодательстве о несостоятельности, разрешающем применение подобных мер, связано с последствиями этих мер для кредиторов. В таких режимах, стремящихся обеспечить справедливый подход к кредиторам в целом, необходимо согласовать интересы двух (или более) групп кредиторов, которые осуществляли операции с двумя (или более) отдельными юридическими лицами. Эти коллективные интересы вступят в коллизию, если общих активов объединенных компаний окажется недостаточно для удовлетворения всех требований. В таком случае кредиторы какой-либо входящей в группу компании, обладающей значительной базой активов, столкнутся с фактом уменьшения причитающихся им активов в результате

¹¹³ Решение о том, что корпоративная группа действовала в качестве единого хозяйствующего субъекта, повлечет за собой применение других положений законодательства о несостоятельности, например об обязанностях директоров не допускать проведения коммерческих операций, не покрытых соответствующими активами. Согласно некоторым законам, в ограниченных обстоятельствах также допускается добровольное объединение компаниями своих активов и обязательств.

требований кредиторов другой входящей в группу компании, обладающей незначительной базой активов. Один из подходов к решению этой проблемы заключается в рассмотрении вопроса о том, будет ли коллективная экономия для всех кредиторов перевешивать возможный ущерб индивидуальным кредиторам. В ситуации, когда обе компании становятся неплатежеспособными, в законодательстве некоторых стран учитывается вопрос о том, повысит ли отказ в принятии решения о консолидации – что обеспечивает необходимость в отдельных производствах по делу о несостоятельности – стоимость и продолжительность этих процедур и вызовет ли такой отказ истощение средств, которые в противном случае могли бы быть предоставлены кредиторам, а также вопрос о том, следует ли разрешить акционерам некоторых компаний, входящих в корпоративную группу, получить определенное возмещение за счет кредиторов других входящих в группу компаний¹¹⁴.

650. Общий принцип всех режимов, устанавливаемых такого рода законодательствами, состоит в том, что для вынесения постановления о консолидации суд должен убедиться в том, что кредиторы понесут более значительный ущерб при отсутствии консолидации, чем тот ущерб, который неплатежеспособные компании и возражающие кредиторы понесут в случае осуществления такой консолидации. В интересах справедливости в некоторых юрисдикциях допускается частичная консолидация за счет исключения из нее требований конкретных кредиторов и удовлетворения этих требований из конкретных активов (исключенных из постановления о консолидации) одной из неплатежеспособных компаний. Трудности, связанные с попыткой согласовать различные интересы, привели к тому, что подобные постановления редко выносятся в странах, где такая возможность предусматривается.

651. Следует отметить, что законы о несостоятельности, предусматривающие консолидацию, не затрагивают прав обеспеченных кредиторов, кроме как, возможно, держателей внутригрупповых ценных бумаг (в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы являются одной из компаний, входящих в группу).

3. Внутригрупповые долги

652. Внутригрупповые долги могут регулироваться различными режимами. Как уже отмечалось выше (см. главу II.E), внутригрупповые сделки могут подлежать расторжению. Согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, где предусматривается консолидация, вынесение постановления о консолидации прекращает внутригрупповые обязательства. Другие подходы предусматривают иную классификацию внутригрупповых сделок по сравнению с аналогичными сделками, совершенными не связанными между собой сторонами (например, долг может рассматриваться как вклад в акционерный капитал, а не как внутригрупповая ссуда), в результате чего внутригрупповое обязательство будет пользоваться более низкой очередностью по сравнению с аналогичным обязательством в отношениях между не связанными между собой сторонами.

¹¹⁴ Согласно законодательству некоторых стран, требуется, чтобы до проведения любого распределения были индивидуально определены кредиторы, а также активы и обязательства каждой соответствующей компании, входящей в группу.

D. Применимое законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности

(Примечание: Раздел о применимом законодательстве в настоящее время находится в стадии разработки, и его окончательный вариант будет представлен на рассмотрение Рабочей группы на ее 30-й сессии в 2004 году. Пересмотренные рекомендации, изложенные ниже, отражают обсуждение, проходившее на 29-й сессии Рабочей группы в сентябре 2003 года.)

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений о применимом законодательстве, регулирующем производство по делу о несостоятельности, заключаются в следующем:

- a) содействовать торговле за счет обеспечения ясной и прозрачной основы для определения законодательства, которое будет применяться в контексте производства по делу о несостоятельности;
- b) предоставить судам ясные и предсказуемые правила для определения законодательства, применимого в контексте производства по делу о несостоятельности [включая принудительное исполнение договорных положений о выборе права].

Содержание законодательных положений

Законодательство, регулирующее производство по делу о несостоятельности

179) Законодательство о несостоятельности должно предусматривать место, где открывается производство по делу о несостоятельности, и должно применяться ко всем аспектам ведения этого производства по делу о несостоятельности, управления им и его завершения, включая:

- a) круг лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и критерии для открытия производства;
- b) образование и состав имущественной массы;
- c) режим имущества, входящего в имущественную массу, включая сферу применения моратория, исключения из моратория и освобождение от его действия;
- d) затраты и расходы;
- e) предложение, принятие, утверждение и обеспечение выполнения плана реорганизации;
- f) недействительность, оспоримость или невозможность принудительного исполнения юридических действий, наносящих ущерб кредиторам;
- g) последствия открытия производства для договоров, по которым и должник, и его контрагент еще не выполнили полностью своих соответствующих обязательств, в том числе возможность принудительного исполнения положений этих договоров, предусматривающих автоматическое прекращение действия договора и запрещение уступки прав и обязательств;

- h) условия, при которых после открытия производства по делу о несостоятельности может быть осуществлен взаимозачет;
- i) права и обязательства должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредиторов и комитета кредиторов;
- j) требования и их режим;
- k) очередность требований;
- l) распределение поступлений от ликвидации; и
- m) решение и завершение производства.

Исключения из положений о применимом законодательстве о производстве по делу о несостоятельности

180) В качестве исключения из подпунктов f) и h) в рекомендации 1 законодательство о несостоятельности может предусматривать, что на взаимозачет или оспоримость сделки, которая совершена до подачи заявления об открытии производства или после открытия производства, распространяется законодательство другого государства¹¹⁵.

Юридическая действительность договорных положений о выборе права

181) Законодательство о несостоятельности должно признать договорные положения, согласно которым должник и его контрагент прямо соглашаются, что правом, применимым к их юридическим отношениям по договору, будет законодательство конкретной юрисдикции, без учета связи между соответствующей сделкой или соответствующими сторонами и выбранным применимым законодательством, за исключением случаев, когда такое положение рассматривается как явно противоречащее государственной политике [той юрисдикции, законодательство которой применялось бы в отсутствие такого положения].

Определение применимого законодательства

182) Законодательство о несостоятельности должно ясно указать, в каких случаях оно допускает применение законов другой юрисдикции.

183) Что касается применения законодательства, иного чем законодательство о несостоятельности, суд по делам о несостоятельности должен будет использовать коллизионную норму, для того чтобы установить, законодательство какого государства должно применяться. Коллизионные нормы должны быть ясными и предсказуемыми и соответствовать современным коллизионным нормам, закрепленным в международных договорах и законодательных руководствах, разработанных международными органами.

¹¹⁵ В данном разделе термин "сделка" употребляется в отношении широкого круга юридических действий, посредством которых могут быть отчуждены активы или возникнуть обязательства, в том числе на основе передачи, платежа, обеспечения, гарантии, ссуды или освобождения [или действия, в результате которого вступает в силу обеспечительный интерес в отношении третьего лица], и может включать серию сделок.

VI. Завершение производства

A. Освобождение от обязательств

1. Освобождение должника от обязательств при ликвидации¹¹⁶

653. Вполне вероятно, что после распределения при ликвидации имущественной массы должника, являющегося физическим лицом, ряд кредиторов не получат платежа в полном размере. В законодательстве о несостоятельности необходимо урегулировать вопрос о том, будут ли эти кредиторы все еще обладать непогашенным требованием в отношении такого должника или же должник будет освобожден от обязательств по этим оставшимся требованиям.

654. Если должником является компания с ограниченной ответственностью, вопрос об освобождении от обязательств после ликвидации не возникает; либо закон предусматривает расформирование юридического лица, либо оно продолжает существовать в качестве структуры, не обладающей активами. Акционеры не будут нести ответственности по оставшимся требованиям, и вопрос об их освобождении от обязательств не возникает. Если предприятие должника преобразуется в предприятие другой формы, например в предприятие с единственным собственником, группу физических лиц (товарищество) или предприятие, собственники которого несут неограниченную ответственность, то возникает вопрос о том, должны ли эти физические лица по-прежнему нести личную ответственность за непогашенные требования после ликвидации.

655. В некоторых кругах растет понимание необходимости признать несостоятельность коммерческих предприятий в качестве естественной черты экономики и согласиться с тем, что как слабые, так и надежные предприятия могут потерпеть неудачу, хотя и по разным причинам, и это необязательно сопряжено с безответственным, небрежным или бесчестным поведением со стороны руководства предприятия. Лицо, которое потерпело неудачу в одной области предпринимательской деятельности, может извлечь уроки из этого опыта, и, как показывают некоторые исследования, такие лица часто добиваются больших успехов в своей последующей предпринимательской деятельности. По этим причинам ряд стран придерживается подхода, согласно которому их режим несостоятельности должен сосредотачиваться не только на решении административных вопросов, связанных с такой предпринимательской неудачей, но и на содействии созданию новых возможностей для неплатежеспособных должников путем прояснения их финансового положения и принятия других мер для смягчения социального отчуждения, вызванного такой неудачей, а не на наказании должника. Помимо адаптации законодательства о несостоятельности в целях устранения излишних условий и ограничений в отношении освобождения от обязательств, необходимо побуждать банки и более широкие слои населения к иному восприятию несостоятельности предприятия, а также оказывать помощь и поддержку тем, кто потерпел такую неудачу. В то же время режим несостоятельности должен обеспечивать защиту населения и коммерческого сообщества от тех должников, которых проявляют в своих финансовых делах безответственность, небрежность или бесчестность.

¹¹⁶ Нижеизложенные пункты относятся к освобождению от обязательств должника, являющегося физическим лицом.

656. В разных странах в законодательстве о несостоятельности используются разные подходы к вопросу об освобождении от обязательств. Согласно законодательству некоторых стран, должник остается ответственным за непогашенные требования с учетом любого применимого срока исковой давности (который в некоторых случаях может быть весьма продолжительным и составлять, например, десять лет); он также может быть обязан соблюдать ряд условий и ограничений, касающихся профессиональной, коммерческой и частной деятельности. Такие нормы подчеркивают важность взаимоотношений между должником и кредитором, и сохранение ответственности должника после ликвидации призвано как ужесточить финансовую дисциплину для должника в финансовых вопросах, так и побудить кредитора к предоставлению финансирования. В то же время это может ограничить возможности, препятствовать проявлению творческого подхода и предприимчивости, поскольку санкции в случае неудачи являются суровыми.

657. В других странах законодательство о несостоятельности предусматривает полное освобождение от обязательств добросовестного, не уличенного в мошеннических действиях должника сразу после ликвидации. При таком подходе первоочередное внимание уделяется преимуществам "нового старта", возможность которого появляется при освобождении от обязательств, и нередко такой подход преследует цель содействовать развитию предпринимательства. Он также исходит из признания того, что чрезмерная задолженность является современной экономической реальностью, и это обстоятельство следует учитывать в законодательстве о несостоятельности. Третий подход представляет собой попытку найти компромиссное решение: освобождение от обязательств предоставляется по истечении определенного срока после распределения, в течение которого предполагается, что должник предпримет добросовестные усилия по исполнению своих непогашенных обязательств.

658. Законодательство некоторых стран о несостоятельности придерживается подхода, согласно которому при некоторых обстоятельствах может быть целесообразным ограничение возможности освобождения от обязательств. В законодательстве разных стран эти обстоятельства могут варьироваться, но к таким обстоятельствам, как правило, относятся случаи, когда должник совершил мошеннические действия, участвовал в преступной деятельности, нарушал трудовое или экологическое законодательство, не обеспечивал ведения надлежащей отчетности, не участвовал добросовестно в производстве по делу о несостоятельности или не сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности, не предоставлял либо активно скрывал или утаивал информацию, продолжал коммерческие операции в то время, когда уже знал о своей несостоятельности, брал средства в долг, не имея никаких веских оснований полагать, что сможет вернуть их, а также утаивал или уничтожал активы или отчетность после подачи заявления об открытии производства.

659. В отношении условий, которые будут применяться к освобождению от обязательств при таких обстоятельствах, используются различные подходы. В некоторых странах период времени до освобождения от обязательств может быть весьма продолжительным или к такому освобождению могут применяться соответствующие условия и ограничения или сочетание первого и второго. Некоторые виды долгов могут исключаться из сферы применения такого освобождения, например деликтные требования, требования, возникающие из соглашений об алиментах (платежи разведенному супругу или супруге или платежи на содержание детей должника), а также долги, возникающие из мошеннических

действий, долги, основанные на штрафах или пени, если альтернативное наказание предусматривается в виде тюремного заключения, а также долги по налогам.

660. Кроме того, на должника может возлагаться обязанность соблюдения определенных условий как в ходе производства, так и в качестве условия освобождения от обязательств, и это может быть осуществлено путем вынесения соответствующей рекомендации управляющим в деле о несостоятельности или судом. Эти условия могут включать ограничения в отношении возможности должника привлекать новые кредиты, покидать страну и осуществлять коммерческую деятельность в течение определенного срока или же запрещение, в соответствующих случаях, заниматься своей профессиональной деятельностью на определенный срок. Они могут также предусматривать освобождение от обязательств, которое предоставляется при условии, что должник впоследствии не приобретет значительного нового состояния, за счет которого могут быть выплачены предыдущие долги. Продолжительность срока применения этих положений бывает разной, в зависимости от положения должника. Другие ограничения, устанавливаемые в законодательстве о несостоятельности, касаются того, сколько раз должник может быть освобожден от обязательств. В некоторых юрисдикциях освобождение от обязательств возможно только один раз в жизни; в других предусматривается минимальный срок "ожидания", например десять лет, который должен истечь до того, как должник получит право на новое освобождение от обязательств или даже будет иметь возможность участвовать в производстве по делу о несостоятельности, которое может привести к новому освобождению от обязательств. Еще один подход ограничивает возможность освобождения от обязательств тогда, когда, например, должнику было предоставлено такое освобождение в течение определенного периода времени до открытия текущего производства и когда платежи, произведенные в ходе такого производства, являются меньшими по своему размеру, чем фиксированный процент.

661. Выбор между этими различными вариантами предполагает соотнесение оснований для возбуждения производства по делу о несостоятельности и предоставления освобождения от ответственности с необходимостью применения санкций за определенное поведение. Следует провести разграничение между ненадлежащим и, возможно, небрежным поведением и поведением, которое равносильно уголовному правонарушению. Если основная цель законодательства о несостоятельности заключается в урегулировании финансовых проблем должника и обеспечении возможности для нового старта, с тем чтобы стимулировать предпринимательскую деятельность и желание идти на риск, то честный должник, шедший на сотрудничество в ходе производства и выполнивший свои обязательства по законодательству о несостоятельности, может быть освобожден от ответственности после ликвидации с наложением минимальных ограничений. Подход, предусматривающий наложение строгих ограничений на такого должника и обеспечивающий его освобождение от ответственности только по прошествии длительного срока и при соблюдении многочисленных условий, дает основание предположить, что цель заключается в наказании, а не реабилитации должника. Наложение условий и ограничений может быть уместно в случаях, когда должник не вел себя честно, не сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности или не выполнил своих обязательств по законодательству о несостоятельности, либо, в более крайних случаях, оказался виновным в совершении уголовных правонарушений.

662. Еще одно соображение заключается в связи между налагаемыми условиями и главной целью освобождения от ответственности. Наложение на должника некоторых

широких условий, таких как запрещение заниматься предпринимательской деятельностью, может идти вразрез с базовой концепцией освобождения от ответственности. В зависимости от обстоятельств более узкие условия, такие как ограничение возможности должника входить в состав совета директоров, могут оказаться вполне уместными. Если законодательство о несостоятельности придерживается подхода, предусматривающего наложение ограничений и исключение некоторых долгов из сферы применения освобождения от ответственности, желательно, чтобы такие условия и исключения сводились к минимуму. По возможности виды исключаемых долгов должны быть указаны в законодательстве о несостоятельности, с тем чтобы обеспечить прозрачность и предсказуемость.

663. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает также, что освобождение от ответственности, предоставляемое на ранней стадии производства по делу, может быть приостановлено, если, например, должник не исполняет какое-либо обязательство, или аннулировано, если, например, освобождение было получено в результате мошеннических действий, мошеннического сокрытия должником информации, которая касается имущества, составляющего часть имущественной массы, или если должник не выполнил предписаний суда.

664. Один из аспектов, который, возможно, потребуется учесть при рассмотрении вопроса об освобождении от обязательств физических лиц, занимающихся коммерческими операциями, касается взаимосвязи между коммерческой задолженностью и потребительской задолженностью. Следует признать, что в вопросах о несостоятельности физических лиц используются различные подходы (в некоторых странах физическое лицо вообще не может быть объявлено банкротом, в других предусматривается требование о том, чтобы физическое лицо действовало в качестве "торговца") и что во многих странах не имеется развитой системы регулирования дел о несостоятельности потребителей, однако в ряде стран действуют законы о несостоятельности, в которых сделаны попытки провести разграничение между лицами, являющимися простыми должниками-потребителями, и лицами, финансовая ответственность которых возникает из функционирования мелких коммерческих предприятий. Поскольку во многих случаях потребительский кредит используется для финансирования мелких предприятий либо в качестве стартового капитала, либо в качестве оборотных средств, не всегда возможно четко распределить задолженности по категориям. По этой причине в правовой системе, признающей потребительскую и коммерческую задолженность, нецелесообразно предусматривать нормы, касающиеся коммерческой задолженности физических лиц, которые отличались бы от норм, применимых к потребительской задолженности.

2. Освобождение от обязательств по долгам и требованиям при реорганизации

665. С целью обеспечения наилучших шансов для успешного функционирования реорганизованного предприятия должника в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться освобождение от обязательств по долгам и требованиям либо изменение долгов и требований, в отношении которых предусмотрено освобождение или иное изменение в плане. Такой подход способствует достижению цели обеспечения коммерческой определенности за счет признания обязательной силы прощения, аннулирования или изменения долгов в соответствии с утвержденным планом. Этот принцип имеет особое значение для обеспечения выполнения положений плана кредиторами, отклонившими план, и кредиторами, не участвовавшими в производстве по делу. Это также обеспечивает определенность для других кредиторов и инвесторов в отношении того, что они не будут втянуты в непредусмотренную ликвидацию и что им не придется конкурировать со скрытыми

или незаявленными требованиями. Таким образом, освобождение от обязательств безоговорочно устанавливает, что в плане полностью урегулированы юридические права кредиторов.

666. Освобождение от обязательств при реорганизации может вступить в силу с момента вступления в силу плана в соответствии с законодательством о несостоятельности или с момента его полного осуществления. Если план не осуществляется в полной мере или его осуществление срывается, то на такой случай законодательство многих стран о несостоятельности предусматривает, что освобождение от обязательств может быть отложено.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся освобождения от обязательств, заключаются в следующем:

- a) предоставить физическому лицу, являющемуся должником, возможность полного освобождения от обязательств по долгам, возникшим до открытия производства по делу, и, таким образом, дать ему шанс начать свою деятельность заново;
- b) определить обстоятельства, при которых предоставляется освобождение от обязательств, и установить условия такого освобождения.

Содержание законодательных положений

Освобождение от ответственности при ликвидации

184) Если в соответствии с законодательством о несостоятельности физические лица попадают в категорию должников, следует урегулировать вопрос об освобождении должника от обязательств по долгам, возникшим до открытия производства по делу. В законодательстве о несостоятельности может быть указано, что освобождение не может применяться до момента истечения оговоренного периода после открытия производства по делу, и в течение этого периода, как предполагается, должник будет сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности. По истечении такого периода должник может быть освобожден от обязательств, если он не совершил мошеннических действий и сотрудничал с управляющим в деле о несостоятельности в выполнении своих обязательств по законодательству о несостоятельности. В законодательстве может быть предусмотрено аннулирование освобождения в случае, если оно было получено мошенническим путем.

185) Если законодательство о несостоятельности предусматривает исключение некоторых долгов из сферы действия освобождения, то число таких долгов должно быть сведено к минимуму, с тем чтобы позволить должнику начать свое дело заново, и такие долги следует указать в законодательстве о несостоятельности. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что освобождение может быть оговорено теми или иными условиями, эти условия следует свести к минимуму, с тем чтобы позволить должнику начать свое дело заново.

В. Завершение производства

667. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к порядку завершения или закрытия производства, и при этом предусматриваются различные предварительные условия для закрытия производства и процедуры такого закрытия.

1. Ликвидация

668. В ряде стран в законодательстве о несостоятельности используется подход, который в целом требует, чтобы после реализации активов и распределения управляющий в деле о несостоятельности созвал собрание кредиторов и представил окончательный отчет. Если кредиторы соглашаются с таким отчетом, то затем, согласно законодательству некоторых стран (если должник является юридическим лицом), требуется только, чтобы окончательный отчет и доклад о проведении последнего собрания были представлены в административный орган, несущий ответственность за регистрацию юридических лиц, а предприятие должника было закрыто, тогда как законодательство других стран требует подачи официального заявления в суд для вынесения постановления о закрытии предприятия. Некоторые варианты этого общего подхода включают несколько иные процедуры в отношении производства, открытого по заявлению должника или кредитора.

2. Реорганизация

669. В целом законодательство о несостоятельности применяет один из двух или трех подходов к завершению реорганизационного производства. Реорганизационное производство может считаться завершённым в том случае, когда утвержден (и, если это необходимо, подтвержден) план реорганизации (см. главу IV.A.6); если в соответствии с таким планом происходит освобождение от обязательств и этот план в иных отношениях был выполнен полностью (с необходимостью или без необходимости вынесения официального постановления суда, хотя законодательство некоторых стран предусматривает освобождение управляющего в деле о несостоятельности от исполнения его обязанностей по официальному постановлению суда), а также если суд выносит постановление о прекращении производства по делу, поскольку оно представляет собой ненадлежащее использование законодательства о несостоятельности или должник не соответствовал критериям для открытия производства на момент открытия. Производство может также быть прекращено в соответствии с положениями плана или согласно какой-либо другой договоренности с кредиторами. Если план реорганизации полностью не выполнен, то в этом случае законодательство о несостоятельности может предусматривать преобразование судом такого производства в ликвидационное, с тем чтобы избежать положения, при котором должник остается неплатежеспособным, а его финансовые дела остаются неурегулированными. Решение вопроса о том, может ли это считаться официальным завершением реорганизационного производства и открытием ликвидационного производства, зависит от подхода данной юрисдикции. Если реорганизационное производство завершается по утверждению (и, в случае необходимости, подтверждению) плана, права и обязательства, предусмотренные в плане, подлежат принудительному исполнению в соответствии с положениями иного законодательства, чем законодательство о несостоятельности.

Рекомендации

Цель законодательных положений

Цель положений, касающихся завершения производства, заключается в установлении процедуры прекращения производства после достижения цели такого производства.

Содержание законодательных положений

Ликвидация

186) Законодательство должно предусматривать, что ликвидационное производство закрывается после окончательного распределения или установления того, что распределение не может быть проведено.

Реорганизация

187) Законодательство должно предусматривать, что реорганизационное производство закрывается после полного выполнения плана реорганизации или в более раннюю дату, установленную судом.