



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
5 October 2001

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Двадцать пятая сессия
Вена, 3–14 декабря 2001 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Доклад Генерального секретаря

Содержание

[Введение, Часть первая и глава I Части второй проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.57]

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
II. Заявления о возбуждении производства и открытие производства по делу о несостоятельности	1–39	3
A. Сфера действия законодательства о несостоятельности	1–9	3
1. Общие замечания	1–9	3
2. Резюме и рекомендации – сфера применения	--	6
B. Критерии подачи заявлений и открытия производства	10–39	7
1. Общие замечания	10–39	7
2. Резюме и рекомендации – подача заявлений и открытие производства	--	18
III. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности	40–151	20
A. Имущественная масса в делах о несостоятельности	40–52	20
1. Общие замечания	50–52	20
2. Резюме и рекомендации – имущественная масса в делах о несостоятельности	--	24
B. Защита имущественной массы	53–83	25
1. Общие замечания	53–83	25
2. Резюме и рекомендации – защита имущественной массы	--	34

C.	Режим в отношении контрактов	84–123	36
1.	Общие замечания	84–123	36
2.	Резюме и рекомендации – режим в отношении контрактов	--	48
D.	Действия по расторжению сделок	124–151	50
1.	Общие замечания	124–151	50
2.	Резюме и рекомендации – расторжение сделок	--	58
IV.	Ведение производства	152–252	60
A.	Права и обязательства должника	152–170	60
1.	Общие замечания	152–170	60
2.	Резюме и рекомендации – права и обязательства должника	--	66
B.	Права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности	171–186	68
1.	Общие замечания	171–186	68
2.	Резюме и рекомендации – права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности	--	74
C.	Финансирование после открытия производства	187–191	75
1.	Общие замечания	187–191	75
2.	Резюме и рекомендации – финансирование после открытия производства	--	76
D.	Комитеты кредиторов	192–212	77
1.	Общие замечания	192–212	77
2.	Резюме и рекомендации – комитеты кредиторов	--	83
E.	Требования кредиторов и режим таких требований	213–252	84
1.	Общие замечания	213–252	84
2.	Резюме и рекомендации – требования кредиторов	--	96
V.	Ликвидация и распределение	253–260	97
A.	Порядок очередности при распределении	253–255	97
1.	Общие замечания	253–255	97
2.	Резюме и рекомендации – распределение	--	98
B.	Освобождение от обязательств	256–260	98
1.	Общие замечания	256–260	98
2.	Резюме и рекомендации – освобождение от ответственности	--	100
VI.	Планы реорганизации	261–299	100
1.	Общие замечания	261–299	100
2.	Резюме и рекомендации – планы реорганизации	--	113

II. Заявления о возбуждении производства и открытие производства по делу о несостоятельности

A. Сфера действия законодательства о несостоятельности

1. Общие замечания

а) Круг должников, охватываемых режимом несостоятельности

1. Важным принципиальным вопросом при определении параметров общего режима несостоятельности является определение круга должников, которые будут подпадать под действие законодательства. Если какие-либо должники будут исключаться из сферы применения соответствующих процедур, то они не будут пользоваться обеспечиваемой этими процедурами защитой и на них также не будут распространяться предусматриваемые требования. В положениях о сфере применения следует определить те категории должников, коммерческие предприятия которых могут быть ликвидированы или реорганизованы, а также любые коммерческие предприятия, которые будут исключаться из сферы применения законодательства. Здесь возникает вопрос о том, следует ли проводить в законодательстве различие между должниками – физическими лицами и должниками – коммерческими юридическими лицами, поскольку с каждой из этих категорий связаны не только различные принципиальные соображения, но также и различные социальные и прочие подходы. Принципиальные взгляды на индивидуальную или личную задолженность и несостоятельность часто определяются культурными подходами, которые не столь уместны в случае коммерческих должников. С такими принципиальными соображениями связаны подходы к вопросам о возникновении личной задолженности, предоставлении помощи в случае непосильной задолженности, последствия банкротства для статуса физических лиц и предоставление освобождения от долгов и требований. В свою очередь принципиальные подходы к несостоятельности коммерческих предприятий будут основываться на таких экономических и коммерческих соображениях, как важность роли, которую эти предприятия играют в экономической жизни, и необходимость учета подобных соображений в применимых процедурах несостоятельности.

2. В силу этих причин в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется провести разграничение между различными видами предприятий, участвующих в коммерческой предпринимательской деятельности, и указать, какой раздел законодательства о несостоятельности (положения, посвященные физическим лицам, или положения о коммерческих предприятиях) будет регулировать тот или иной вид индивидуальной или личной коммерческой деятельности (включая, например, товарищества и единоличных участников торговли). Могут быть разработаны различные критерии, облегчающие принятие соответствующих решений, такие как уделение основного внимания характеру проводимой деятельности, уровню задолженности и связи между задолженностью и коммерческой деятельностью. Однако опыт ряда стран позволяет предположить, что, хотя индивидуальная предпринимательская деятельность является составной частью коммерческой деятельности, соответствующие дела лучше подходят для урегулирования на основании режима индивидуальной несостоятельности, поскольку собственник личного предприятия [без создания юридического лица] в конечном итоге несет

неограниченную личную ответственность за долги предприятия. С подобными делами также связаны трудные вопросы освобождения от ответственности (полное или частичное освобождение должника от ответственности за определенные долги после завершения производства) и ареста на выплаты в порядке заработной платы после наступления несостоятельности, а также такие личные вопросы, как урегулирование имущественных претензий в рамках бракоразводных процессов. Кроме того, включение таких дел о несостоятельности физических лиц в сферу действия режима коммерческой несостоятельности потенциально может воспрепятствовать применению этого режима в результате общих представлений о нежелательности несостоятельности. При разработке законодательного регулирования коммерческих случаев несостоятельности целесообразно учесть все эти моменты, вызывающие беспокойство. В настоящем Руководстве подобные различия не рассматриваются, а основное внимание уделяется ведению торговых и коммерческих операций, независимо от механизма, через который такие операции могут осуществляться.

3. Общий режим несостоятельности может применяться в отношении всех видов предприятий, занимающихся коммерческой деятельностью, будь то частные или государственные предприятия, особенно те государственные предприятия, которые выступают на рынке в качестве самостоятельных торговых или коммерческих предприятий и в отношении которых при прочих равных условиях применяются такие же коммерческие и экономические процедуры, как и в отношении частных предприятий. Тот факт, что предприятие принадлежит государству, сам по себе не является достаточным основанием для исключения данного предприятия из сферы применения общего законодательства о несостоятельности. Преимущества охвата таких предприятий заключаются в распространении на них рыночной дисциплины и в четком указании на то, что финансовая поддержка со стороны правительства не будет неограниченной. Исключение из общего принципа охвата может быть связано с теми случаями, когда правительство проводит политику предоставления прямых гарантий в отношении обязательств подобных предприятий. В случаях, когда режим государственных предприятий является частью изменений в макроэкономической политике, например широкомасштабных программ приватизации, может быть оправданным принятие отдельных законодательных актов, регулирующих соответствующие вопросы, в том числе вопросы несостоятельности.

4. Хотя, возможно, желательно распространить действие средств правовой защиты и санкций режима несостоятельности на максимально широкий круг предприятий, для отдельных предприятий может быть предусмотрен особый режим. Например, установление такого особого режима в случае потребителей может быть обусловлено соображениями публичного порядка. Такой подход был бы также, возможно, желательным и в случае некоторых предприятий специального характера, таких как банковские и страховые учреждения, предприятия коммунальной сферы, биржевые или товарные брокеры, что объясняется тем подробным правовым режимом регулирования, который часто действует в их отношении. Особые соображения, возникающие в связи с несостоятельностью таких предприятий, специально в настоящем Руководстве не рассматриваются.

b) Применимость законодательства о несостоятельности*i) Центр основных интересов*

5. Помимо необходимых коммерческих признаков должник должен иметь достаточную связь с принимающим государством, с тем чтобы на него распространялось законодательство по вопросам о несостоятельности.

6. Хотя в некоторых законах используются такие критерии, как основное коммерческое предприятие, ЮНСИТРАЛ применяет в Типовом законе о трансграничной несостоятельности ("Типовой закон ЮНСИТРАЛ") концепцию "центра основных интересов" должника для определения надлежащего места "основного производства" в отношении этого должника. Помимо Типового закона ЮНСИТРАЛ этот термин используется в [проекте] конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле и в Правилах Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности ("Правила ЕС"). В Типовом законе ЮНСИТРАЛ этот термин не определяется; в Правилах ЕС (раздел 13) указывается, что этот термин должен обозначать "место, в котором должник осуществляет административное управление своими интересами на регулярной основе и которое третьи стороны могут установить в качестве такового". Надлежащие критерии будут устанавливаться в статье 16(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ и статье 3 Правил ЕС: центром основных интересов считается зарегистрированная контора должника или обычное местожительство в случае физического лица, если не доказано, что центр основных интересов расположен в ином месте. Законодательство о несостоятельности государства, в котором находится центр основных интересов должника, будет применяться к такому должнику.

7. В случае должника, имеющего активы в нескольких государствах, независимо от использования критерия "центра основных интересов", может оказаться, что удовлетворены условия применения законодательства о несостоятельности более чем одного государства, что может произойти в результате использования различных критериев определения подсудности дел должника или различных толкований одного и того же критерия; во всех этих странах могут быть возбуждены отдельные производства по делам о несостоятельности. В подобных случаях было бы целесообразно принятие законодательных актов, основывающихся на Типовом законе ЮНСИТРАЛ, что поможет урегулировать вопросы координации и сотрудничества.

ii) Предприятие

8. В некоторых законах предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в правовой системе, 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 ссылки на "услуги". Существенным здесь является тот момент, что предприятие представляет собой коммерческое предприятие и не обязательно является центром основных интересов. Это определение имеет важное значение для структуры Типового закона ЮНСИТРАЛ, поскольку в нем определяются те виды производства,

которые могут признаваться только в качестве неосновного производства; основное производство требует наличия центра основных интересов. В Правилах ЕС аналогичным образом предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в правовой системе, в которой должник имеет предприятие, однако такое производство может осуществляться только в отношении активов должника, расположенных на территории этого государства.

iii) Наличие активов

9. Некоторые законы предусматривают возможность открытия производства по делу о несостоятельности в отношении должника, в том числе по его инициативе, если он имеет активы в пределах этой правовой системы или же имел активы в пределах данной правовой системы, причем наличия предприятий или центра основных интересов в пределах этой правовой системы не требуется. В этой связи следует проводить различие между ликвидационным и реорганизационным производством: хотя наличие активов и может служить надлежащей основой для возбуждения ликвидационных процедур в отношении находящихся в соответствующем государстве активов, этого условия может быть недостаточно для обоснования открытия реорганизационного производства. Применение критерия наличия активов потенциально может вызвать проблему множественной юрисдикции, включая возбуждение нескольких производств и вопросы координации и сотрудничества, которые могут потребовать применения Типового закона ЮНСИТРАЛ.

2. Резюме и рекомендации – сфера применения

- 1) Цель содержащихся в законодательстве о несостоятельности положений о сфере применения состоит в установлении следующего:
 - a) на каких должников может распространяться действие законодательства о несостоятельности;
 - b) для каких должников необходимо установить специальное регулирование и какие должники должны, таким образом, охватываться специальным режимом несостоятельности и исключаться из действия общего режима;
 - c) критерии открытия производства по делу о несостоятельности в принимающем государстве.
- 2) Законодательство о несостоятельности должно регулировать производство по делу о несостоятельности всех [должников] [юридических лиц или коммерческих предприятий], участвующих в предпринимательской деятельности [, включая государственные предприятия, участвующие в [предпринимательской] [коммерческой] деятельности].
- 3) Банки, страховые компании и другие оговоренные предприятия, на которые распространяется специальное регулирование и специальный режим несостоятельности, могут быть исключены из сферы применения общего законодательства о несостоятельности.

- 4) Производство по делу о несостоятельности может возбуждаться должником или в отношении должника, если центр основных интересов должника находится в принимающем государстве.
- 5) В отсутствие доказательств противного считается, что центр основных интересов юридического лица находится в государстве, в котором расположена его зарегистрированная контора.
- 6) В отсутствие доказательств противного считается, что центр основных интересов физического лица находится в государстве, в котором оно имеет обычное местожительство.
- 7) Ликвидационное производство может быть открыто должником или в отношении должника, если должник имеет предприятие в принимающем государстве, однако такое производство должно ограничиваться активами должника, расположенными в этом государстве.

В. Критерии подачи заявлений и открытия производства

1. Общие замечания

10. Критерии подачи заявлений и открытия производства имеют центральное значение для структурной организации законодательства о несостоятельности. Эти критерии, закладывающие основополагающие условия, при соблюдении которых может подаваться заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, имеют важнейшее значение для установления тех предприятий, на которые может распространяться действие механизмов защиты и санкций процедуры урегулирования дел о несостоятельности, и для определения тех сторон, которые могут подавать заявления о возбуждении производства.

11. В качестве общего принципа желательно обеспечить удобный, недорогостоящий и оперативный доступ к процедурам несостоятельности с тем, чтобы поощрять находящиеся в трудном финансовом положении или несостоятельные коммерческие предприятия к добровольному обращению к этим процедурам. Также желательно предусмотреть гибкость доступа с точки зрения различных возможных видов процедур, простоты определения процедуры, наиболее подходящей для конкретного должника, а также преобразования различных видов процедур. Ограничительный доступ может стать фактором, сдерживающим возбуждение процедур как должниками, так и кредиторами, в то время как любые задержки могут причинить ущерб с точки зрения последствий для стоимости активов и успешного завершения производства, особенно в случае реорганизации. Легкость доступа необходимо сбалансировать с учетом необходимости установления надлежащих и достаточных гарантий для предотвращения злоупотребления процедурами. Должник, не испытывающий финансовых трудностей, может ходатайствовать о возбуждении производства по делу о несостоятельности с тем, чтобы воспользоваться защитными мерами, предусматриваемыми законом, такими как автоматический мораторий, по иным причинам, чем невозможность полностью уплатить кредиторам и необходимость воспользоваться в силу этого защитными мерами, предусмотренными законодательством о несостоятельности. Кредиторы, являющиеся конкурентами должника, могут воспользоваться

процедурами для нанесения ущерба деловым операциям должника и получения, таким образом, конкурентных преимуществ.

12. Предусмотренные в законодательстве конкретные критерии, которые должны быть выполнены прежде чем может быть открыто производство, существенно различаются. В ряде законов предусмотрены альтернативные критерии, а также проводится разграничение между критериями открытия производства, применимыми в отношении ликвидации и реорганизации, и между заявлениями, подаваемыми должниками и кредиторами.

а) Ликвидация

13. Законодательство по вопросам несостоятельности, как правило, предусматривает возможность подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности должником (что обычно именуется добровольными процедурами), одним или несколькими кредиторами (что обычно именуется принудительными процедурами) или же в силу закона, если неспособность должника выполнить определенные требования, установленные в законодательном порядке, автоматически приводит к возбуждению производства по делу о несостоятельности (также именуется принудительным производством).

14. В отношении открытия ликвидационного производства широко применяемым критерием является стандарт ликвидности или движения наличности, который требует общего приостановления платежей должником или отсутствия у должника возможности платить по своим обязательствам по мере наступления срока их погашения. Применение этого стандарта имеет целью создание возможности для открытия производства на достаточно ранних этапах тяжелого финансового положения должника, что позволяет 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 кредиторов. Если будет предусмотрена возможность открытия производства только на более позднем этапе, когда должник может продемонстрировать еще более серьезные финансовые трудности, например при наступлении балансовой несостоятельности (когда балансовый счет предприятия показывает, что стоимость обязательств должника превышает его активы), то это позволит добиться только перерыва в уже ведущейся борьбе кредиторов за активы.

15. Одна из проблем, связанных с применением стандарта общего прекращения платежей, – открытие ликвидационного производства в отношении предприятия, испытывающего лишь временные проблемы с движением наличности или ликвидностью, – может быть разрешена, если предусмотреть возможность прекращения производства или преобразования его в другое производство (например, ликвидации в реорганизацию, см. ...). Другие проблемы, связанные с потенциальным злоупотреблением процедурами, могут быть решены, если предусмотреть возможность прекращения или преобразования производства при условии наложения санкций на сторону, злоупотребляющую процедурами, или компенсации ущерба и убытков стороной, прибегающей к процедурам ненадлежащим образом, другой стороне. К числу действий, влекущих за собой применение таких мер, может относиться поведение должника, использующего несостоятельность в качестве защиты от единственного кредитора или в качестве средства уклонения от своевременной

уплаты своих долгов кредиторам в полном объеме и лишения их, таким образом, таких платежей, или же случаи, когда кредиторы обращаются с заявлением о возбуждении дела о несостоятельности вместо обращения к процедурам принудительного взыскания задолженности (которые могут быть плохо разработаны) или же в попытке вытеснить жизнеспособное коммерческое предприятие с рынка или получить выплаты на преференциальной основе.

16. В законах о несостоятельности предусматриваются самые различные способы применения критерия общего прекращения платежей. В ряде стран выполнение этого критерия является основанием для открытия ликвидационного или реорганизационного производства, причем, если предпочтение отдано ликвидации, она может быть впоследствии преобразована в реорганизацию. В других странах на основе этого стандарта может быть начата только ликвидационная процедура, причем эта процедура может быть преобразована в ликвидацию, только если будет доказана невозможность реорганизации предприятия. Согласно третьему подходу этот стандарт используется для открытия единого производства (см. ...) и выбор между ликвидацией и реорганизацией производится только после периода оценки состояния дел должника.

17. Альтернативой использованию стандарта общего прекращения платежей является балансовый метод, позволяющий установить превышение пассивов над активами в качестве показателя углубления финансовых проблем. Этот подход может приводить также к неточной оценке несостоятельности, если в результате применения определенных стандартов бухгалтерского учета и методов калькуляции стоимости получают искаженные стоимостные оценки, которые не отражают справедливой рыночной стоимости активов должника, или если рынки недостаточно развиты или стабильны для определения такой стоимости. Кроме того, такой метод, если он будет использоваться в качестве критерия для открытия производства по делу о несостоятельности, может привести к задержкам и трудностям, поскольку для определения справедливой рыночной стоимости предприятия, как правило, потребуются услуги эксперта для анализа документов бухгалтерского учета, отчетности и финансовых данных. Особые трудности возникают в том случае, когда отчетность не ведется надлежащим образом или к ней трудно получить доступ. По этим причинам использование этого подхода часто приводит к тому, что производство открывается лишь после того, как исчезнут возможности для проведения реорганизации. В качестве критерия открытия производства по делу о несостоятельности такой метод не всегда позволяет правильно оценить способность должника действовать на коллективной основе с кредиторами, если должник продолжает осуществлять управление функционирующим коммерческим предприятием, к тому же при этом может быть нанесен ущерб цели максимизации стоимости. Балансовый подход может быть использован в качестве дополнительного средства определения несостоятельности, однако, по причинам, изложенным выше, он, возможно, не является достаточно надежным для того, чтобы обеспечивать единственную основу для такого определения.

i) Заявление должника

18. Во многих законах о несостоятельности для подачи должником заявления о возбуждении производства установлено требование об "общем прекращении платежей". В тех случаях, когда действует стандарт неизбежного наступления несостоятельности, право на обращение с соответствующим ходатайством может ограничиваться должником. На практике заявление от должника будет, как правило, являться последним средством в обстоятельствах, когда он не способен погасить свои долги, и часто выполнение этого критерия отслеживается не очень строго. Такая практика отражена в законодательстве некоторых стран, которое позволяет должникам подавать заявление на основании простой декларации о своем финансовом положении (в случае юридического лица такая декларация может подаваться директорами или другими членами руководящего органа), а какие-либо конкретные критерии финансовых трудностей не оговариваются.

19. Одним из вопросов, возникающих в связи с подачей заявления должником, является вопрос о том, следует ли возлагать на должника обязанность подавать заявление об открытии производства на определенном этапе возникновения его финансовых трудностей. В вопросе о принятии такого положения какой-либо широко согласованный подход отсутствует. В случае ликвидации установление такой обязанности может защитить интересы кредиторов благодаря предупреждению дальнейшего распыления активов должника, а в случае реорганизации повышается вероятность ее успешного проведения благодаря поощрению должника к принятию мер на ранних этапах. В то же время установление такого обязательства может вызвать трудные практические вопросы о порядке и моменте применения соответствующего положения, особенно в случаях, когда задержка в подаче заявления об открытии официального производства может привести к личной ответственности членов предприятия–должника, его руководящего органа или управляющих. В подобных обстоятельствах действие этой нормы может не стимулировать должника к поискам альтернативных выходов из тяжелого финансового положения, например внесудебной договоренности о реорганизации, которая в определенных случаях может являться более уместной альтернативой. Более эффективным средством поощрения должников к возбуждению производства на ранних этапах может явиться установление стимулов (например, защиты от принудительных действий).

ii) Заявление кредиторов

20. В тех случаях, когда применительно к заявлениям кредиторов установлен стандарт общего прекращения платежей, могут возникать трудности доказывания. Хотя кредиторы могут быть способны доказать, что должник не оплатил их требование или требования, доказывание факта общего прекращения платежей может вызвать трудности. Существует практическая потребность в том, чтобы кредитор имел возможность представить в относительно простой форме доказательства, устанавливающие презумпцию несостоятельности должника, и чтобы при этом на кредиторов не возлагалось чрезмерно тяжкое бремя доказывания. В порядке уточнения стандарта общего прекращения платежей для установления порогового требования доказывания, выполнить которое может кредитор, достаточно удобным и объективным критерием может

быть неспособность должника произвести уплату долга, причитающегося к погашению, в течение оговоренного срока после предъявления письменного требования платежа. Однако законным интересом в открытии производства по делу о несостоятельности могут обладать и кредиторы, срок погашения требований которых еще не наступил. Особую обеспокоенность может вызвать случай долгосрочной задолженности, держатели которой в случае применения критерия наступления срока погашения долговых обязательств могут никогда не получить права обратиться за открытием производства, хотя действия должника и могут оказывать неблагоприятное воздействие на их долговые требования. В то же время разработка критериев, позволяющих кредитору обращаться с заявлением, может вызвать трудности доказывания, особенно в связи с финансовым положением должника. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает возможности подачи заявлений кредиторами, срок погашения долговых требований которых еще не наступил, вопросы доказывания, возможно, необходимо сбалансировать с учетом цели удобного, недорогостоящего и оперативного доступа к производству.

21. Вопрос о возбуждении производства по заявлению кредиторов решается в законодательстве о несостоятельности различными методами. Согласно некоторым законам требуется, чтобы заявление подавалось более чем одним кредитором (может предусматриваться порядок, при котором кредитор должен быть необеспеченным и обладать неоспариваемым требованием); согласно законодательству других стран предусматривается, что срок погашения требований кредиторов должен наступить и что стоимость таких требований должна соответствовать оговоренной совокупной сумме (или предусматривается сочетание оговоренного числа кредиторов и совокупной суммы требований). Согласно третьему подходу (в случае заявления одного кредитора) требуется, чтобы должник представил суду информацию, которая позволит установить, является ли неплатеж результатом спора с кредитором или доказательством отсутствия ликвидных активов.

22. Требования о том, чтобы заявление подавалось более чем одним кредитором, часто основываются на стремлении свести к минимуму возможность злоупотреблений со стороны одного кредитора, который может попытаться использовать процедуры несостоятельности вместо механизма принудительного взыскания задолженности, особенно в случае незначительного объема долга. Однако такую обеспокоенность, возможно, потребует сбалансировать с учетом цели облегчения оперативного и простого доступа к процедурам несостоятельности. Кроме того, эта обеспокоенность может быть снята, если будет предусмотрен учет стоимостного объема требования одного кредитора (хотя порядок, при котором конкретно оговаривается стоимостной объем требований, не всегда может быть оптимальным редакционным решением, поскольку изменения в стоимости валюты могут обусловить необходимость во внесении изменений в законодательство) или если будет принята процедура, аналогичная описанной выше и требующая от должника представления информации суду. Соответствующие моменты могут быть также учтены, если будут предусмотрены определенные последствия, например возмещение убытков, причиненных должнику, в случаях, когда заявление кредитора представляет собой злоупотребление процедурами несостоятельности.

23. Для тех случаев, когда согласно критериям открытия производства требуется, чтобы для возникновения у кредиторов возможности подать заявление срок погашения их требований уже наступил, было бы, возможно, желательно предусмотреть определенную гибкость, с тем чтобы охватить исключительные обстоятельства, когда требования еще не подлежат погашению, однако производство по делу о несостоятельности следует, тем не менее, открыть. К числу таких обстоятельств могут относиться случаи, когда имеются доказательства преференциального отношения должника к некоторым кредиторам или когда должник предпринимает мошеннические действия в отношении своего финансового учреждения, а также, в случае реорганизации, когда производство открывается для реализации ранее достигнутого соглашения.

iii) Заявление правительственного органа

24. Законодательство о несостоятельности может предоставлять правительственному учреждению (обычно органам прокуратуры или органам с эквивалентными функциями) или каким-либо другим надзорным учреждениям неисключительные полномочия возбуждать ликвидационное производство в отношении любого предприятия, если оно прекращает платежи или – согласно широкому порядку, предусматриваемому в некоторых странах, – если возбуждение сочтено отвечающим публичным интересам. В последнем случае необходимости доказывать неликвидное состояние может не возникать, что позволяет правительству прекращать операции в иных отношениях вполне жизнеспособных коммерческих предприятий, которые занимались определенной деятельностью, например, мошеннического или преступного характера. Хотя выполнение таких полицейских функций может быть обоснованным в некоторых обстоятельствах, не подлежит сомнению, что желательно не допустить злоупотребления ими (например регулярного обращения к таким полномочиям) и обеспечить их осуществление в соответствии с четко установленными руководящими принципами. Такие полномочия, как правило, предусматриваются только для открытия ликвидационного производства, хотя могут существовать обстоятельства, при которых ликвидация может быть преобразована в реорганизацию при условии соблюдения ряда ограничений, таких как законный характер коммерческой деятельности и передача управления предприятием в руки управляющего в деле о несостоятельности или правительственного учреждения.

[A/CN.9/504, пункт 35: Соответственно, Рабочая группа решила, что следует предусмотреть некоторые критерии, обеспечивающие руководящие указания в отношении ситуаций, в которых возникают такие полномочия, и порядка, в котором эти полномочия должны осуществляться, с целью ограничения дискреционных полномочий соответствующих органов.]

b) Реорганизация

i) Заявление должника

25. Одна из целей реорганизационного производства заключается в создании рамок, поощряющих должников к попыткам урегулировать свои финансовые трудности на раннем этапе. Критерием для открытия производства, который отвечал бы этой цели, мог бы быть такой критерий, который не требовал бы от

должника ждать общего прекращения платежей (т.е. момента полной утраты ликвидности) до подачи заявления, а разрешал бы подавать заявление при таких финансовых обстоятельствах, которые, будучи неурегулированными, приведут к возникновению несостоятельности. В различных законах о несостоятельности используются разные подходы к вопросу о подаче заявления должником. В законодательстве некоторых стран реорганизационные процедуры вообще не связаны с применением каких-либо материальных критериев: должник может подавать заявление по своему желанию. В законодательстве других стран, включая те законы, которые строятся на основе использования единого подхода к обоим видам процедур (см. выше ...), оговаривается, что должник может подать заявление, если он предполагает, что в будущем он будет не в состоянии уплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения.

26. Можно высказать мнение о том, что ослабление критериев для открытия производства может действовать в качестве поощрения к злоупотреблению процедурами. Например, должник, не испытывающий финансовых трудностей, может обратиться с заявлением об открытии производства и представить план реорганизации, который направлен на то, чтобы дать ему возможность уклониться от обременительных обязательств, например обязательств по контрактам найма рабочей силы, или уклониться от уплаты и лишит кредиторов возможности своевременного получения платежа по своим долгам в полном объеме. Потенциальная возможность таких злоупотреблений зависит от того, насколько урегулированы элементы реорганизационной процедуры, включая критерии для открытия производства, подготовку реорганизационного плана и сохранение контроля должника над предприятием после открытия производства. К числу методов, позволяющих урегулировать вопрос о возможных злоупотреблениях со стороны должника, может относиться включение в законодательство о несостоятельности положений, предусматривающих полномочия компетентного суда на отклонение заявления или ответственность должника перед кредиторами за возмещение затрат, понесенных в связи с возражениями против такого заявления, и любых причиненных таким заявлением убытков.

ii) Заявление кредитора

27. Хотя в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматривается, что ликвидационное производство может быть открыто как по инициативе кредиторов, так и должников, единого мнения в вопросе о том, может ли по инициативе кредитора возбуждаться также и реорганизационное производство, не имеется. Учитывая, что одна из целей реорганизационных процедур заключается в предоставлении кредиторам возможности защитить стоимость своих требований благодаря продолжению операций и реорганизации предприятия, возможно, желательным является такой порядок, при котором должнику не будет предоставляться исключительного права на подачу заявлений. Полномочия кредиторов на подачу заявлений о реорганизации также имеют важнейшее значение для решения вопроса о том, могут ли кредиторы предлагать план реорганизации (см. раздел "План реорганизации"). Подход, используемый в ряде стран, заключается в том, что, с учетом того факта, что во многих случаях кредиторы являются основными бенефициарами успешной реорганизации, им следует предоставить возможность предлагать план. Если придерживаться этого подхода, то представляется целесообразным

предусмотреть, что кредиторы могут подавать заявления о возбуждении реорганизационных процедур.

28. В тех случаях, когда кредиторы имеют возможность подавать заявления о реорганизации должника, по вопросу о критериях открытия производства существуют разные мнения. Одно из мнений относительно таких критериев состоит в том, что применение к заявлениям кредиторов такого же стандарта, что и тот, который используется в отношении заявления должника, вряд ли является оправданным. Это объясняется не только трудностями, которые возникнут в связи с возможностью кредиторов доказать выполнение стандарта наступающей неликвидности. Это объясняется также и тем соображением, что в общем плане представляется неоправданным предусматривать возбуждение какого-либо вида производства по делу о несостоятельности против желания должника, если только кредиторы не смогут продемонстрировать, что их правам уже был нанесен ущерб. Согласно критериям для открытия производства может, например, требоваться, чтобы кредиторы показали, что текущие наличные средства будут достаточны для покрытия расходов на обеспечение повседневной деятельности предприятия, что стоимость активов позволяет провести реорганизацию и что средства, возвращенные кредитором в результате реорганизации, будут большими, чем в случае ликвидации. Один из недостатков такого подхода связан с тем, что кредиторам до подачи заявления будет необходимо провести тщательную оценку состояния предприятия или получить возможность для проведения такой оценки. Для преодоления трудностей, связанных с предоставлением кредиторам доступа к соответствующей информации, в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что по получении заявления кредиторов оценка финансового состояния должника будет проводиться независимым органом. Такая процедура может дать то преимущество, что она будет обеспечивать открытие производства только в надлежащих случаях, однако необходимо, по возможности, внимательно подойти к обеспечению того, чтобы дополнительные требования не приводили к задержке в открытии производства и, таким образом, неблагоприятным последствиям для максимизации стоимости активов и вероятности успешного завершения реорганизации.

29. Вопрос о сложности или простоте стандартов для открытия производства тесно связан с последствиями открытия и ходом производства по делу о несостоятельности. Согласно тем законам о несостоятельности, в соответствии с которыми мораторий вводится автоматически после открытия производства, способность предприятия продолжать коммерческие операции и перспективы успешной реорганизации могут быть оценены после открытия производства. В других системах такая информация может требоваться до подачи заявления, поскольку выбор процедуры реорганизации предполагает, что она приведет к возвращению кредиторам более значительных средств, чем процедура ликвидации.

30. По этим причинам, по всей видимости, и для ликвидации, и для реорганизации должника целесообразно принять одни и те же критерии в отношении открытия производства по заявлению кредиторов (т.е. общее прекращение платежей, см. выше ...). Такой стандарт, как представляется, соответствует как двойному, так и единому подходу (см. выше ...), поскольку применение различных критериев для открытия производства связано скорее не

с видом возбуждаемых процедур, а с тем фактом, выступает ли заявителем должник или кредитор. Исключением из подхода, предусматривающего аналогичные критерии как для ликвидации, так и для реорганизации, будут являться такие системы, в рамках которых и должникам, и кредиторам запрещается ходатайствовать о возбуждении ликвидационного производства до тех пор, пока не будет определена невозможность реорганизации. В этом случае критерием для открытия ликвидационного производства будет не общее прекращение платежей, а определение невозможности проведения успешной реорганизации.

31. Как и в случае ликвидационного производства, критерии, применимые в отношении заявлений кредиторов о реорганизации, могут предусматривать требования о том, чтобы заявление подавалось определенным числом кредиторов или же кредиторами, являющимися держателями подлежащих оплате требований на определенную сумму, или же сочетание таких параметров.

с) Процедурные вопросы

i) Решение об открытии производства по делу о несостоятельности

32. В связи с производством по делу о несостоятельности возникает целый ряд процедурных вопросов. Прежде всего встает вопрос о том, каким образом может быть открыто производство после подачи заявления. Во многих странах обычной практикой является вынесение на основе заявления о возбуждении производства определения компетентного суда о том, выполнены ли необходимые условия для открытия производства. В ряде стран такое определение выносится также надлежащим административным учреждением, которое играет центральную надзорную роль в процедурах несостоятельности. В то же время основной вопрос заключается не в том, кто выносит решение об открытии производства, а скорее связан с действиями, которые соответствующий орган должен осуществить для принятия своего решения. Условия открытия производства, преследующие цель содействия простому и оперативному доступу к процедурам несостоятельности, не только способствуют рассмотрению судом соответствующего заявления благодаря снижению процессуальной сложности и оказанию ему помощи в принятии своевременного решения, но также могут способствовать сокращению затрат на производство и увеличению прозрачности и предсказуемости (см. раздел "Ключевые цели"). Вопрос о затратах может иметь особое значение в случае неплатежеспособности мелких и средних коммерческих предприятий.

33. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран проводится различие между добровольным и принудительным возбуждением производства. Заявление, добровольно подаваемое должником, может выполнять функцию подтверждения несостоятельности и вести к автоматическому открытию производства, если только не доказано, что должник злоупотребляет процедурами с тем, чтобы уклониться от требований кредиторов. В случае принудительного возбуждения суд до вынесения своего решения должен рассмотреть вопрос о том, были ли соблюдены критерии для открытия производства. В законодательстве других стран, независимо от добровольного или принудительного характера производства, от суда требуется не только определение факта соблюдения условий для его открытия, но также и проведение оценки финансового положения должника для определения того,

какие виды испрашиваемых процедур являются надлежащими с учетом состояния конкретного должника. Одно из средств сокращения потенциальной сложности такой оценки заключается в том, чтобы предусмотреть, во-первых, что оценка должна проводиться после открытия производства, когда суду может быть оказана помощь управляющим в деле о несостоятельности и другими экспертами, и, во-вторых, предусмотреть возможность преобразования ликвидации в реорганизацию и наоборот. Если необходимо провести сложную оценку, то существует возможность возникновения "зазора" во времени между подачей заявления и открытием производства, а также опасность нарастания задолженности в течение этого срока, поскольку должник будет продолжать коммерческие операции и может пойти на увеличение задолженности для поддержания движения наличных средств.

ii) Установление срока для вынесения решения об открытии производства

34. В тех случаях, когда решение об открытии производства должно быть принято судом, целесообразно, чтобы такое решение выносилось своевременно для обеспечения как определенности, так и предсказуемости процесса вынесения решений и эффективного ведения производства без ненадлежащих задержек. Одно из средств достижения этих ключевых целей могло бы состоять в том, чтобы предусмотреть конкретный срок после подачи заявления, в течение которого должно быть принято решение об открытии производства. Хотя такой подход может послужить достижению целей обеспечения определенности и прозрачности как для должника, так и для кредиторов, эти соображения необходимо сбалансировать с учетом возможных недостатков. Установление фиксированного срока может быть недостаточно гибким инструментом для учета конкретных обстоятельств дела: такой срок может быть произвольным и не учитывать средств, имеющихся в распоряжении органа, ответственного за надзор над процедурами несостоятельности, или не учитывать местных приоритетов, и, кроме того, могут возникнуть трудности с обеспечением соблюдения установленных сроков органом, ответственным за принятие решений. По этим причинам целесообразно использовать в законодательстве о несостоятельности гибкий подход, подчеркивающий преимущества оперативного принятия решений, содержащий рекомендации в отношении того, какой срок следует считать разумным, но также признающий местные ограничения и приоритеты.

[Примечание для Рабочей группы: Существуют ли какие-либо различия между добровольным и принудительным возбуждением производства применительно к срокам рассмотрения этого вопроса судом?]

iii) Уведомление об открытии производства

35. Положения об уведомлении об открытии производства по делу о несостоятельности играют важнейшую роль для достижения ряда ключевых целей режима несостоятельности: они обеспечивают прозрачность процедур и беспристрастность в вопросе о предоставлении информации кредиторам в случае добровольного производства. Тем не менее могут существовать исключительные обстоятельства, для которых может быть предусмотрено снятие, с разрешения суда, требования об уведомлении должника на том

основании, что такое уведомление невозможно представить или что оно пойдет вразрез с целью конкретного заявления.

36. В случае добровольного заявления должника кредиторы или другие заинтересованные стороны прямо заинтересованы в получении уведомления о соответствующих процедурах и в возможности оспорить презумпции допустимости и несостоятельности (возможно, в течение оговоренного срока, с тем чтобы не допустить необоснованного затягивания процедур). В то же время здесь возникает вопрос о моменте уведомления кредиторов: следует ли такое уведомление производить в момент подачи заявления или в момент открытия производства. Интересы кредиторов в получении информации о факте подачи заявления, возможно, потребуются сбалансировать в ряде обстоятельств с учетом возможности того, что отклонение заявления может оказать излишне неблагоприятное воздействие на положение должника или что кредиторы могут получить повод для возбуждения в последний момент исков о взыскании по своим требованиям. Эти вызывающие беспокойство моменты могут быть устранены, если будет предусмотрено, что уведомление кредиторам будет направляться в момент открытия производства.

37. В то же время в случае подачи заявления кредиторов о принудительном возбуждении производства по делу о несостоятельности должнику необходимо предоставить право на незамедлительное получение уведомления о подаче такого заявления, а также возможность быть заслушанным и оспорить утверждения кредиторов о своем финансовом положении (см. раздел "Права и обязательства должника").

38. Помимо вопроса о моменте направления уведомления в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется урегулировать вопрос о методе уведомления и о той информации, которая должна включаться в уведомление для обеспечения его эффективности. В рамках вопроса о методе уведомления могут быть урегулированы такие аспекты, как сторона, которая должна осуществить уведомление (например, суд или сторона, подающая заявление), и порядок представления соответствующей информации. Известным кредиторам уведомление может направляться непосредственно; однако, например, необходимость информировать неизвестных кредиторов заставила законодателей принять положения, требующие опубликования уведомления в официальном правительственном издании или в коммерческой или другой общенациональной газете, имеющей широкое распространение (см. статью 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности). К информации, необходимой для включения в уведомление, может относиться срок для предъявления требований кредиторов, порядок и место заявления таких требований и категории кредиторов, которые должны представить требования (т.е. должны ли требования представляться также и обеспеченными кредиторами, см. раздел "Требования кредиторов").

iv) *Расходы*

[Примечание для Рабочей группы: Следует ли в Руководстве также охватить вопросы, связанные с расходами?]

[39. Применительно к подаче заявлений о возбуждении производства по делу о несостоятельности как должниками, так и кредиторами могут быть установлены

определенные сборы. В вопросе об уровне устанавливаемых сборов могут применяться различные подходы. Один возможный подход состоит в том, чтобы предусмотреть выплату фиксированной суммы, которая может быть использована для целей финансирования расходов системы урегулирования дел о несостоятельности. В то же время, если размер этой суммы будет высоким, то это может послужить сдерживающим фактором и противоречить цели обеспечения удобного, недорогого и оперативного доступа к процедурам несостоятельности. С другой стороны, очень низкая сумма может быть недостаточной для сдерживания подачи непродуманных заявлений, и, таким образом, желательно обеспечить баланс между необходимостью достижения этих двух целей.]

2. Резюме и рекомендации – подача заявлений и открытие производства

1) Цели содержащихся в законодательстве о несостоятельности положений по вопросам критериев для подачи заявлений открытия производства заключаются в следующем:

- a) обеспечить легкий доступ к правовым нормам о несостоятельности для неплатежеспособных должников, кредиторов и правительственных учреждений;
- b) создать возможности для подачи и рассмотрения заявлений о процедурах несостоятельности оперативным, эффективным и недорогим образом;
- c) облегчить доступ к процедурам несостоятельности, наиболее уместным с учетом финансового положения должника;
- d) установить базовые гарантии для защиты как должников, так и кредиторов от возможного неправомерного использования правовых норм о несостоятельности.

2) Заявление о возбуждении ликвидационного производства может быть подано:

- a) должником, и в этом случае должник должен продемонстрировать, что он не способен или будет не способен уплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения [или что его обязательства превышают стоимость его активов];
- b) одним или несколькими кредиторами, являющимися держателями требований [, срок погашения которых наступил и которые не были оплачены должником] [, которые действительным образом причитаются к погашению в настоящий момент]; или одним или несколькими кредиторами, которые не являются держателями требований с наступившим сроком погашения, но которые могут продемонстрировать, что [должник не способен или будет не способен уплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения [или что обязательства должника превышают сумму его активов]];
- c) указанным правительственным или неправительственным органам на основе [...].

3) Заявление о возбуждении реорганизационного производства может быть подано:

а) должником, и в этом случае должник должен продемонстрировать, что он не способен или будет не способен уплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения [или что его обязательства превышают стоимость его активов];

б) одним или несколькими кредиторами, являющимися держателями требований [, срок погашения которых наступил и которые не были оплачены должником] [которые действительным образом причитаются к погашению в настоящий момент] [и кредиторами, способными продемонстрировать, что предприятие может продолжить коммерческие операции и быть успешно реорганизовано] или одним или несколькими кредиторами, которые не являются держателями требований с наступившим сроком погашения, но которые могут продемонстрировать, что [должник не способен или будет не способен уплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения [или что обязательства должника превышают стоимость его активов]];]

в) указанным правительственным или неправительственным органам на основе [...].

4) Заявление об открытии производства должно подаваться в суд. В случае добровольной подачи заявлений такое заявление должно рассматриваться в качестве доказательства несостоятельности *prima facie* и влечь за собой автоматическое открытие производства. В случае подачи заявления о принудительных процедурах суд должен принимать решение по такому заявлению в кратчайшие сроки и в любом случае в течение [...] дней после даты подачи заявления. Суд может отказать в открытии производства [или преобразовать производство], если он установит факт злоупотребления процедурами.

5) В случае заявления одного или нескольких кредиторов или правительственного органа согласно пунктам 1 и 2 выше уведомление о подаче заявления должно направляться должнику и другим кредиторам в момент подачи заявления. В уведомлении должнику указывается следующее: [...]. [Уведомление кредиторам: см. параграф 8 ниже].

6) В случае подачи заявления должником уведомление об открытии производства должно направляться кредиторам.

7) Уведомление об открытии производства должно направляться кредиторам индивидуально, если только суд не сочтет, что с учетом обстоятельств уместна какая-либо иная форма уведомления. [Уведомление также направляется известным кредиторам, не имеющим адреса в принимающем государстве. Не требуется выдачи судебных поручений или соблюдения других аналогичных формальностей [*Примечание для Рабочей группы: Следует ли в этом контексте повторить положения Типового закона?*]]

8) В уведомлении кредиторам следует:

- a) указать любой применимый срок для заявления требований и оговорить место, в котором требования должны быть заявлены;
- b) указать на необходимость заявления требования обеспеченными кредиторами в той мере, в которой их требования покрываются или не покрываются стоимостью обеспечения;
- c) включить любую другую информацию, которая должна содержаться в таком уведомлении кредиторам в соответствии [*законы государства и приказы суда*].

III. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности

A. Имущественная масса в делах о несостоятельности

1. Общие замечания

40. Основопологающим элементом процедур несостоятельности является необходимость в выявлении, обобщении, сохранении и реализации активов, принадлежащих должнику. Во многих системах несостоятельности в отношении активов несостоятельного должника устанавливается специальный режим. В настоящем Руководстве термин "имущественная масса" используется в функциональном смысле для указания на активы должника, которые находятся под контролем управляющего в деле о несостоятельности и на которые распространяется действие процедур несостоятельности. В вопросе о толковании концепции имущественной массы применительно к делам о несостоятельности в различных правовых системах имеются некоторые важные различия. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает, что правовой титул на активы передается назначенному должностному лицу. В других странах должник продолжает оставаться юридическим собственником активов, однако его полномочия на управление активами или распоряжение ими ограничиваются (например, акты распоряжения, в том числе создание обеспечительных прав, могут требовать согласия управляющего в деле о несостоятельности).

41. Независимо от правовых традиций соответствующей страны в законодательстве о несостоятельности потребуется четко определить те категории активов, на которые распространяется действие процедур несостоятельности (и которые, таким образом, включаются в концепцию "имущественной массы", если подобная терминология используется), и порядок, в котором они охватываются такими процедурами, поскольку это окажет воздействие на охват и ведение производства и, особенно в случае реорганизации, будет иметь существенные последствия для возможного успеха такого производства. Четкая регламентация этих вопросов позволит обеспечить прозрачность и определенность как для кредиторов, так и для должника.

a) Активы, включаемые в имущественную массу

42. Можно предположить, что в имущественную массу должны включаться активы должника по состоянию на дату открытия производства по делу о несостоятельности, а также активы, приобретенные управляющим в деле о

несостоятельности и должником после этой даты, будь то в результате осуществления полномочий по расторжению сделок (см. раздел "Действия по расторжению сделок"), будь то в ходе обычного функционирования коммерческого предприятия должника.

43. Можно предположить, что в имущественную массу будут включаться все активы, в которых должник имеет интерес, независимо от того, находятся ли они во владении должника в момент открытия производства, включая все материальные и нематериальные активы. К материальным активам относятся активы, которые легко определяются по балансовым счетам должника, такие как кассовая наличность, оборудование, товарные запасы, незавершенное строительство, банковские счета, дебиторская задолженность и недвижимость. Активы, относимые к категории нематериальных активов, могут по-разному определяться в различных государствах в зависимости от правовых традиций, однако к ним могут относиться интеллектуальная собственность, договорные права, обеспечительные и финансовые инструменты и [...] [в объеме, соответствующем интересу должника]. В случае физических лиц в имущественную массу могут также включаться такие активы, как права наследования, в которых должник имеет интерес или на которые он может претендовать в момент открытия производства по делу о несостоятельности, или которые появляются в процессе производства по делу о несостоятельности.

44. Вопросы для рассмотрения:

[A/CN.9/504, пункт 46: [...] Далее было высказано мнение, что необходимо рассмотреть вопросы конкретных договорных соглашений, таких как передачи, осуществляемые для целей обеспечительных, трастовых или фидуциарных соглашений и в связи с товарами, отпавленными на консигнацию.]

b) Активы, которые могут исключаться из имущественной массы

i) В случае несостоятельности физических лиц

45. В случае несостоятельности физических лиц из имущественной массы могут исключаться определенные активы, относящиеся, например, к поступлениям, полученным после подачи заявления в результате оказания личных услуг, а также активы, которые необходимы должнику для того, чтобы зарабатывать средства к существованию, и личные и домашние активы. В тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусматриваются исключения в отношении активов физических лиц, такие исключения должны быть четко оговорены и их число сведено к минимуму, необходимому для защиты личных прав должника и предоставления должнику возможности зарабатывать средства на жизнь.

ii) Активы, обремененные обеспечением

46. В законах о несостоятельности используются различные подходы применительно к режиму активов, обремененных обеспечительными интересами. В законодательстве многих стран предусматривается, что активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу должника, причем открытие производства обуславливает наступление различных последствий. В некоторых законах о несостоятельности ограничивается осуществление обеспечительных прав, принадлежащих кредиторам или третьим лицам (например, в результате применения моратория или других последствий

открытия производства), в то время как в других странах предусматривается, что несостоятельность не создает последствий для обеспечительных прав и кредиторы могут предпринимать действия для приведения в исполнение своих юридических и договорных прав (см. раздел "Мораторий на процессуальные действия"). В законодательстве о несостоятельности некоторых стран, согласно которому требуется, чтобы на первом этапе производство охватывало все активы, разрешается выделять некоторые активы, когда имеются доказательства причинения убытков или ущерба. В тех случаях, когда активы, обремененные обеспечением, включаются в имущественную массу, в законодательстве о несостоятельности следует четко установить, что подобное включение не лишает обеспеченных кредиторов их прав.

47. Преимущество исключения активов, обремененных обеспечением, может заключаться в расширении возможностей получения кредита, поскольку обеспеченные кредиторы будут заверены в том, что открытие производства по делу о несостоятельности не создаст неблагоприятных последствий для их интересов. В то же время это преимущество, возможно, потребует сопоставить с теми преимуществами, которые – особенно в случае реорганизации и в случае, когда в ходе ликвидации предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы – могут быть получены от охвата процедурами несостоятельности всех активов должника с момента открытия производства. Этот подход может способствовать не только обеспечению равного режима для кредиторов, но также сыграть важнейшую роль при реорганизационном производстве, когда активы, обремененные обеспечением, имеют ключевое значение для предприятия, если производственное оборудование, например, играет жизненно важную роль в коммерческих операциях должника и реорганизация не может быть проведена без сохранения таких активов для использования в рамках производства. В случаях, когда возникают вопросы о том, имеют ли те или иные конкретные активы жизненно важное значение для предприятия, соответствующее определение может быть вынесено управляющим в деле о несостоятельности или, возможно, комитетом кредиторов.

iii) Активы, принадлежащие третьим сторонам

48. Сложные вопросы могут возникнуть при определении того, принадлежат ли конкретные активы должнику или другой стране и следует ли включать в имущественную массу активы третьей стороны, которые находятся во владении должника в соответствии с соглашениями об использовании, аренде или лицензировании в момент открытия производства. В некоторых делах о несостоятельности такие активы могут иметь важнейшее значение для продолжения операций предприятия – особенно при реорганизационных процедурах, но также, пусть и в меньшей степени, в некоторых случаях ликвидационного производства, – и в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть определенные механизмы, которые позволят сохранить эти активы в распоряжении производства по делу о несостоятельности. В некоторых законах о несостоятельности этот вопрос разрешается с точки зрения категории активов, подлежащих включению в имущественную массу. В законодательстве о несостоятельности других стран, согласно которому вопросы владения активами должником регулируются договорными соглашениями, эта проблема рассматривается в контексте режима договоров. Такое урегулирование может включать, например, установление ограничений на прекращение договора, согласно которому должник

распоряжается активами, что лишает владельца права потребовать возвращения своих активов в случае несостоятельности (см. раздел "Режим в отношении контрактов").

49. Особого внимания могут потребовать активы, используемые должником, но подпадающие под действие соглашения об аренде, по которому юридический титул сохраняется за арендодателем. В тех странах, где залоговое финансирование (при котором финансирующая сторона сохраняет за собой титул или право собственности на активы в отличие от ипотечного залога или обеспечительного интереса) имеет широкое распространение, может возникнуть необходимость обеспечения соблюдения юридического титула кредитора на активы и создания возможности для их выделения из имущественной массы (с учетом правил режима в отношении контрактов: право на выделение может быть ограничено, если управляющий в деле о несостоятельности подтверждает договор аренды). В порядке сопоставления можно также привести пример законов, согласно которым предусматривается устанавливаемый по приказу суда мораторий, препятствующий третьим сторонам истребовать свои активы в течение ограниченного срока после открытия производства. Возможно, было бы желательно обеспечить сбалансированность этих двух подходов с целью максимизации стоимости активов и обеспечения того, чтобы продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы или его реорганизация не стали бы невозможными в результате свободного изъятия соответствующих активов. Могут также существовать обстоятельства, когда необходимо будет провести тщательный анализ подобных финансовых соглашений с тем, чтобы определить, не является ли аренда на практике прикрытием обычного механизма кредитования под обеспечение. В этом случае на арендодателя будут распространяться те же ограничения, что и на обеспеченного кредитора.

с) Возвращение активов

50. Определение активов, на которые будет распространяться производство, может потребовать от управляющего в деле о несостоятельности принятия мер по возвращению активов имущественной массы, которые были ненадлежащим образом переданы или переданы в момент наступления несостоятельности, в результате чего принцип *pari passu* (т.е. правило о том, что кредиторы одной и той же очереди пользуются одинаковым режимом и получают платежи пропорционально своим требованиям из активов имущественной массы) был нарушен. В большинстве правовых систем предусматриваются средства, позволяющие расторгать ранее совершенные сделки и возвращать полученную в результате их стоимость, когда в результате таких сделок некоторым кредиторам предоставляется преференциальный режим или когда они носят мошеннический характер или же совершаются с целью нарушения прав кредиторов (см. раздел "Действия по расторжению сделок"). Полномочия на возвращение активов или их стоимости могут также распространяться на сделки, совершенные должником после открытия производства, когда соответствующая передача была осуществлена без разрешения управляющего в деле о несостоятельности.

d) Распоряжение активами

51. В тех случаях, когда стоимость активов является отрицательной или незначительной или когда активы не имеют важного значения для реорганизации, предоставление управляющему в деле о несостоятельности в возможности отказаться от прав на такие активы может отвечать цели максимизации стоимости, при условии, что такой отказ не нарушает каких-либо веских публичных интересов. Подобный отказ от прав на активы будет способствовать сокращению возмещаемых из имущественной массы затрат на производство.

52. Вопросы для рассмотрения: *способы продажи активов и возможность продажи свободно от обеспечительных интересов, а также залоговых и других обременений.*

2. Резюме и рекомендации – имущественная масса в делах о несостоятельности

- 1) Цель содержащихся в законодательстве о несостоятельности положений, касающихся имущественной массы, состоит в определении тех активов, которые будут подлежать контролю со стороны управляющего в деле о несостоятельности и будут охватываться производством по делу.
- 2) На момент открытия производства по делу о несостоятельности в имущественную массу включаются:
 - a) активы, в которых должник обладает интересом по состоянию на дату открытия производства по делу о несостоятельности. К ним относятся материальные и нематериальные активы, независимо от того, находятся ли они во владении должника и обременены ли обеспечительным интересом в пользу какого-либо кредитора;
 - b) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности, будь то приобретенные в результате осуществления полномочий на расторжение сделок или в ходе обычных коммерческих операций.
- 3) Для случаев, когда должником является физическое лицо, в законодательстве о несостоятельности могут быть оговорены активы, которые требуются для сохранения личных прав должника и которые должны быть исключены из имущественной массы.
- 4) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть механизм для сохранения в имущественной массе тех активов, которые принадлежат третьей стороне и которые находятся во владении должника на день открытия производства, и активов, обремененных обеспечением, когда такие активы имеют важное значение для процедур несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть защиту собственника таких активов в ситуациях, когда представлены доказательства причинения убытков или ущерба. [Принадлежащие третьей стороне активы, которые находятся во владении должника, но регулируются договорным механизмом, могут быть включены в имущественную массу с учетом других положений законодательства о

несостоятельности, которые касаются, например, продолжения и прекращения контрактов и применения моратория.]

В. Защита имущественной массы

1. Общие замечания

53. Одна из важнейших целей эффективной системы несостоятельности заключается в создании защитного механизма для обеспечения того, чтобы стоимость активов имущественной массы не сокращалась в результате действий различных сторон, обладающих интересами в них. Сторонами, от действий которых требуется обеспечить защиту имущественной массы в первую очередь, являются должник и его кредиторы. Способы защиты имущественной массы от действий должника рассматриваются в разделе "Права и обязательства должника".

а) Защита имущественной массы от действий кредиторов и третьих сторон

54. Что касается кредиторов, то один из основополагающих принципов законодательства о несостоятельности заключается в том, что производство носит коллективный характер, что требует защиты интересов всех кредиторов от индивидуальных действий, предпринимаемых одним из них. Во многих системах несостоятельности предусматривается создание механизма, препятствующего кредиторам добиваться принудительного исполнения своих прав с помощью имеющихся средств правовой защиты в течение всего или части срока проведения ликвидационных или реорганизационных процедур, что является признанием коллективного характера производства и способствует защите коллективных интересов кредиторов. В зависимости от сферы применения этого механизма для его обозначения используются различные названия, такие как мораторий, приостановление или временное приостановление. Для целей настоящего Руководства используется термин "мораторий", который наделяется широким смыслом для охвата как приостановления процессуальных действий, так и моратория на их возбуждение.

55. В качестве общего принципа введение моратория в случае ликвидации может обеспечить справедливое и упорядоченное управление процедурами несостоятельности, предоставить в распоряжение управляющего в деле о несостоятельности достаточное время, позволяющее избежать вынужденной продажи, которая не позволила бы достичь цели максимизации стоимости ликвидируемых активов, а также предоставить ему возможность для изучения вопроса о том, не может ли предприятие быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В случае реорганизационного производства мораторий на процессуальные действия предоставляет должнику льготный срок для организации его дел, а также время для подготовки плана реорганизации и принятия мер, необходимых для обеспечения успеха ее проведения, например, свертывания убыточных направлений деятельности и выполнения обременительных контрактов. В этом смысле мораторий оказывает более значительное воздействие и выполняет, таким образом, более важные функции в случае реорганизации, чем при ликвидации, и может являться важным стимулом, побуждающим должников обращаться за возбуждением

реорганизационных процедур. В то же время открытие производства и введение моратория представляют собой факты, уведомляющие деловых партнеров должника о неясных перспективах коммерческого предприятия. Это может вызвать кризис доверия, а также неопределенность в вопросе о том, какие последствия создаст несостоятельность для таких партнеров в качестве поставщиков, клиентов и служащих предприятия–должника.

56. Одним из ключевых вопросов при создании эффективного режима несостоятельности является вопрос о том, каким образом можно обеспечить баланс между незамедлительными преимуществами, которые получает предприятие в результате общего моратория, введенного для ограничения процессуальных действий кредиторов, и долгосрочными преимуществами, которые связаны с ограничением степени воздействия моратория на договорные отношения с кредиторами.

57. В вопросе о действии моратория в отношении различных прав практика стран существенно различается. Практически не существует разногласий в отношении необходимости приостановления 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 коммерческих сделок и контрактов; обеспечить соблюдение первоочередности обеспеченных кредиторов в том, что касается их прав на обеспечение; защитить стоимость обеспечительных интересов; обеспечить выплаты кредиторам из активов предприятия пропорционально их требованиям; добиться максимизации стоимости активов для всех кредиторов; и, в случае реорганизации, обеспечить успешную реорганизацию жизнеспособного предприятия.

в) Временные меры

58. В период между моментом, когда должник или кредитор подают заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности, и моментом, когда это производство фактически открывается, существует потенциальная опасность распыления активов должника. После подачи заявления должник может поддаться искушению вывести активы из предприятия, а кредиторы, узнав о подаче заявления, могут воспользоваться средствами правовой защиты против должника, с тем чтобы предвосхитить последствия моратория, который может быть введен после открытия производства.

59. Согласно некоторым законам о несостоятельности суду разрешается выносить определение об обеспечительных мерах, направленных на защиту имущественной массы в период между подачей заявления и открытием производства, причем такое определение может выноситься по заявлению кредиторов или по собственной инициативе суда. В тех случаях, когда вынесение таких временных мер предусматривается, они могут включать следующее: назначение временного управляющего в деле о несостоятельности; запрет должнику распоряжаться активами; наложение секвестра на некоторые или все активы должника; приостановление действий по взысканию обеспечительных интересов против должника; приостановление любых действий по выделению активов из имущественной массы должника, например со стороны обеспеченного кредитора или обладателя сохраняемого

юридического титула; или запрет на возбуждение индивидуальных исков кредиторами в порядке взыскания по их требованиям. Поскольку эти меры носят временный характер и принимаются до вынесения решения о соблюдении критериев для открытия производства, может быть предусмотрено требование о том, чтобы подающие заявление кредиторы представляли суду доказательства необходимости такой меры и, в ряде случаев, обеспечение в той или иной форме для покрытия затрат или убытков, которые могут быть понесены.

с) Применение моратория – процессуальные вопросы

i) Сфера действия моратория

60. В некоторых странах применяется подход, согласно которому для обеспечения эффективности моратория он должен иметь весьма широкую сферу охвата и применяться в отношении всех средств правовой защиты и всех процессуальных действий в отношении должника и его активов, независимо от того, предпринимается ли они в административном, судебном или индивидуальном порядке, и должен устанавливать временный запрет на действия и обеспеченных, и необеспеченных кредиторов по осуществлению их прав в принудительном порядке, а также на действия правительств по реализации их преимущественных прав. [*Вопросы для более подробного рассмотрения: те пределы, в которых правительственные учреждения имеют иммунитет от судебных решений, или различие, проводимое между действиями государства по принудительному осуществлению правоохранительных или регулирующих функций и по принудительному взысканию денежных интересов.*] В числе примеров тех действий, на которые может быть наложен мораторий, можно привести следующее: 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 или взыскание обеспечения; действия по возвращению имущества со стороны любого собственника или арендодателя в отношении имущества, которое используется или занимается должником или находится в его владении; уплата долга, взятого на себя должником до даты открытия производства, или предоставление обеспечения в отношении такого долга; право на передачу, обременение или иное распоряжение любыми активами должника; и прекращение, временное приостановление или перерыв в предоставлении важнейших услуг (например, водо-, газо- и электроснабжение, а также телефонная связь) должнику. В статье 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности предусматривается, например, что возбуждение или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, а также производство исполнительных действий в отношении активов должника приостанавливаются.

61. В случае ликвидации, когда юридические процессуальные действия в отношении должника часто включаются в сферу действия моратория, в законодательстве о несостоятельности ряда стран предусматривается, что при необходимости подобные действия могут быть продолжены. В статье 20(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности предусматривается, например, что действие моратория на возбуждение или

продолжение производства в отношении индивидуальных исков и процессуальных действий в отношении должника не затрагивает права на возбуждение индивидуальных исков или процессуальных действий в той мере, в которой это необходимо для сохранения требования к должнику. В отличие от этого согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран из сферы охвата моратория в случае реорганизации исключаются юридические процессуальные действия. В ряде стран мораторий не охватывает иски работников должника, однако распространяется на любые меры по принудительному исполнению решений, принятых в результате рассмотрения этих исков.

62. Включение или исключение определенных действий из сферы охвата моратория должно быть четко оговорено в законодательстве о несостоятельности, независимо от лица, которое может возбуждать такие действия, будь то кредиторы (включая преференциальных кредиторов, таких как работники предприятия, держатели предусмотренных законом залоговых прав или правительства) или третьи стороны (такие как арендодатель или собственник имущества, которое находится во владении должника, или используется, или занимается им).

63. Возможно, потребуются также рассмотреть вопрос о необходимости других исключений, например в отношении прав на зачет требований и взаимозачет по финансовым контрактам (см. раздел "Режим в отношении контрактов"), или исключений, направленных на защиту интересов публичного порядка или предотвращение злоупотреблений, например использования процедур несостоятельности в качестве прикрытия для незаконной деятельности.

ii) Дискреционное или автоматическое введение моратория

64. Прежде всего возникает вопрос о том, вводится ли мораторий автоматически или же по усмотрению суда. На решение вопроса о том, будет ли мораторий применяться автоматически или же вводится судами по их усмотрению, могут повлиять местные политические соображения и такие факторы, как наличие надежной финансовой информации и способность должника и кредиторов получить доступ 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 (что касается должника, его активов и кредиторов) и избежать как неоправданных случаев введения моратория, так и неоправданного вмешательства в права обеспеченных кредиторов. В то же время для избежания задержек и необходимости подавать специальное заявление в суд, для содействия максимизации стоимости активов и для обеспечения справедливости, упорядоченности, а также прозрачности и предсказуемости производства по делам о несостоятельности могут быть приведены доводы о том, что мораторий должен вводиться в действие автоматически. Автоматический мораторий предусматривается многими современными юридическими режимами несостоятельности.

iii) Момент введения моратория

65. Один из касающихся порядков применения моратория аспектов, вызывающих озабоченность, связан с моментом, с которого мораторий будет

применяться как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве, и с вопросом о том, следует ли с этой целью проводить в законодательстве о несостоятельности какое-либо разграничение между процедурами, возбуждаемыми по заявлению должника и заявлению кредитора.

66. При урегулировании этих вопросов могут быть использованы различные подходы. Один из них может состоять в том, чтобы предусмотреть, что мораторий вводится с момента подачи заявления как о ликвидационном, так и о реорганизационном производстве, независимо от того, подается ли такое заявление должником или кредитором, что позволяет снять необходимость в рассмотрении возможности назначения обеспечительных или временных мер на период между подачей заявления и открытием производства. После открытия производства мораторий будет продолжать свое действие в случае реорганизации. В случае ликвидации вопрос о продолжении применения моратория может решаться на дискреционной основе, если активы предполагается продать по отдельным частям. В то же время, если предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы, то на ведении производства по делу о несостоятельности может благоприятно сказаться сохранение моратория после открытия производства.

67. Согласно второму подходу может проводиться разграничение в зависимости от того, подано ли заявление должником или кредитором. В соответствии с этим подходом будет предусматриваться, что в случае подачи заявления кредиторов как о ликвидационном, так и о реорганизационном производстве мораторий применяется после открытия производства, а период между подачей заявления и открытием производства может быть покрыт обеспечительными или временными мерами, решение о вынесении которых может быть принято судом. В случае заявления должника о возбуждении производства по делу о несостоятельности (будь то ликвидационного или реорганизационного), мораторий может вводиться автоматически с момента подачи заявления с тем, чтобы не предоставлять кредиторам возможности предпринять какие-либо процессуальные действия, особенно направленные на взыскание по их требованиям, в отношении должника в период до открытия производства.

d) Действие моратория в отношении необеспеченных кредиторов

68. Во многих законах о несостоятельности предусматривается, что мораторий применяется в отношении необеспеченных кредиторов как в случае ликвидационного, так и реорганизационного производства в течение всего срока производства.

e) Действие моратория в отношении обеспеченных кредиторов

69. 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 или препятствующие незамедлительному взысканию обеспечения. В конечном итоге обеспеченный кредитор получает обеспечение в обмен на стоимость, которая отражает уверенность в возможности воспользоваться таким

обеспечением. По этой причине решение вопроса о введении любых мер, которые ослабят уверенность в способности возратить долг или нанесут ущерб стоимости обеспечительных интересов, например в результате применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов, необходимо тщательно взвесить. Подобные меры могут в конечном итоге подорвать не только автономию сторон и принцип важности соблюдения 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.

70. Тем не менее в некоторых законах о несостоятельности признается, что в ряде случаев порядок, разрешающий обеспеченным кредиторам свободно вычлениать свое обеспечение из других активов, на которые распространяются процедуры несостоятельности, может создать препятствие для достижения основополагающих целей таких процедур. При реорганизационном производстве, когда активы, имеющие особенно важное значение для функционирования коммерческого предприятия должника, обременены обеспечительными интересами, взыскание по требованиям обеспеченных кредиторов после открытия производства может лишить должника возможности продолжить операции предприятия в течение периода, необходимого для подготовки плана реорганизации. Это же, хотя и в меньшей степени, верно и для ликвидационного производства. 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 дивиденд, обеспеченному кредитору может быть разрешено свободно реализовывать свое обеспечение, невзирая на ликвидацию. В то же время возникают случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности имеет возможность добиться лучших результатов с точки зрения максимизации стоимости активов в общих интересах всех кредиторов, если для ограничения возможности свободного выделения обеспечения из конкурсной массы вводится мораторий. Это имеет особое значение в случаях, когда имеется перспектива продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Это может быть также верным и в некоторых случаях, когда – даже несмотря на то, что активы предполагается продать по отдельным частям – иногда требуется принять меры к такой продаже, которая приведет к получению наибольшей выручки в интересах всех необеспеченных кредиторов.

71. В тех случаях, когда обеспечительные интересы включаются в сферу действия моратория, в законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены меры, которые будут гарантировать сохранение силы обеспечительных прав даже в случае введения моратория. Такие меры могут охватывать срок действия моратория, защиту стоимости обеспечения, уплату процентов и положение о том, что мораторий может быть снят в случае недостаточной защиты обеспеченных кредиторов или в случае, если обеспечение не является необходимым для продажи всего предприятия или его производственного подразделения.

i) Ликвидация

72. В законах о несостоятельности используются различные подходы к вопросам применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов при

ликвидационном производстве. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран обеспеченные кредиторы исключаются из сферы действия моратория на том основании, что в случаях, когда активы подлежат ликвидации, первоочередное внимание должно быть уделено подкреплению прав обеспеченных кредиторов на принудительное взыскание своих требований. В то же время в тех случаях, когда используется этот подход, потребуется, возможно, предусмотреть определенную гибкость для урегулирования ситуации, когда в рамках ликвидационного производства предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В некоторых законах о несостоятельности, исключающих обеспеченных кредиторов из действия моратория, пристальное внимание уделяется поощрению проведения до открытия производства переговоров между должником и кредиторами, направленных на достижение соглашения о будущем порядке действий. Если подобные процедуры завершатся успехом, то необходимости в распространении действия моратория на обеспеченных кредиторов может не возникнуть. В законодательстве других стран используется подход, предусматривающий автоматическое применение моратория после открытия ликвидационного производства к обеспеченным кредиторам, но только на короткий срок – например, 30–60 дней, – кроме как в тех случаях, когда обеспечение имеет жизненно важное значение для продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы (и в этом случае действие моратория может быть продлено). Этот срок предоставляет управляющему в деле о несостоятельности возможность приступить к своим обязанностям и оценить активы и обязательства имущественной массы. Другой подход состоит в распространении действия моратория на обеспеченных кредиторов на срок ликвидационного производства, причем одновременно предусматривается, что мораторий может быть снят по решению суда, если будет доказано, что он оказывает негативное воздействие на стоимость обеспечения.

73. В тех случаях, когда действие моратория ограничивается оговоренным сроком, в законодательство можно включить положения о его продлении. Это может быть сделано на основании заявления управляющего в деле о несостоятельности, если будет продемонстрировано, что продление необходимо для максимизации стоимости (что имеется разумная возможность продать предприятие или его подразделение в качестве функционирующей хозяйственной единицы), при условии, что обеспеченным кредиторам не будет нанесено необоснованного ущерба. Для того чтобы предусмотреть дополнительную защиту и избежать применения моратория в течение неопределенного или излишне длительного срока, в законодательстве о несостоятельности может быть ограничена продолжительность возможного продления моратория.

ii) Реорганизация

74. Применительно к производству, когда имеется реальная возможность проведения реорганизации, желательно, чтобы сфера действия моратория была очень широкой и охватывала все категории процессуальных действий. В некоторых случаях было бы, возможно, желательно, чтобы мораторий распространялся на обеспеченных кредиторов в течение всего срока производства, для обеспечения того, чтобы реорганизация могла происходить упорядоченно, а активы не могли быть выделены из имущественной массы до ее

окончания. Однако с тем чтобы избежать задержек и способствовать быстрому завершению производства, ограничение действия моратория сроком, который будет разумным для утверждения плана реорганизации, также может дать определенные преимущества. Нежелательно, чтобы мораторий применялся в течение неопределенного или излишне длительного срока. Такое ограничение может быть также связано с тем преимуществом, что обеспеченные кредиторы будут в определенной степени уверены в продолжительности срока, в течение которого их права будут затрагиваться, и этот срок будет для них предсказуемым. Для случаев, когда то или иное конкретное обеспечение не играет важной роли для реорганизации или когда кредитор сможет доказать наличие других причин, в законодательство о несостоятельности может быть включено положение о снятии моратория (см. ниже).

f) Защита обеспеченных кредиторов

i) Сохранение экономической стоимости обеспеченных требований

75. Хотя в связи с реорганизационным производством можно ожидать незначительного ухудшения статуса обеспеченных кредиторов, нежелательно, чтобы это бремя исключительно или в первую очередь ложилось на одного обеспеченного кредитора или группу обеспеченных кредиторов.

76. Один из комплексов мер, направленных на предотвращение негативных последствий моратория для обеспеченных кредиторов, направлен на сохранение экономической стоимости обеспеченных требований в течение срока действия моратория (в некоторых правовых системах такой комплекс мер называется "надлежащей защитой"). Один из возможных подходов заключается в том, чтобы обеспечить защиту стоимости самого обеспечения при том понимании, что после ликвидации выручка от продажи обеспечения будет непосредственно передана кредитору в объеме стоимости обеспеченной части его требования. Применение этого подхода может потребовать принятия ряда мер.

77. В течение срока действия моратория стоимость обеспечения кредитора может сократиться. Это потенциально может повлиять на приоритет, предоставляемый этому кредитору при распределении, поскольку приоритет будет ограничиваться стоимостью обеспечения. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен компенсировать обеспеченным кредиторам суммы такой утраты стоимости путем предоставления взамен другого обеспечения или за счет периодических выплат наличных в объеме такой утраты стоимости. В некоторых странах, в которых стоимость обеспечения сохраняется таким образом, также допускаются платежи процентов в течение срока действия моратория, но только в том объеме, в котором стоимость обеспечения превышает стоимость обеспеченного требования. Такой подход может поощрить кредиторов стремиться получать достаточное обеспечение, стоимость которого будет превышать стоимость их требований. В некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности может счесть необходимым использовать или продать обремененные активы до ликвидации с целью максимального повышения стоимости конкурсной массы. Например, в той мере, в которой управляющий в деле о несостоятельности придерживается мнения, что стоимость конкурсной массы может быть максимально повышена в случае продолжения операций коммерческого предприятия в течение определенного срока, он, возможно,

пожелает продать складские запасы предприятия, которые частично являются обремененными. Таким образом, в тех случаях, когда обеспеченные кредиторы получают защиту с помощью мер по сохранению стоимости обеспечения, в законодательство о несостоятельности было бы, возможно, целесообразно включить положения, разрешающие управляющему в деле о несостоятельности, по его выбору, либо предоставить кредитору взамен эквивалентное обеспечение, либо уплатить полную сумму обеспеченного требования.

78. Другой подход к решению проблемы защиты интересов обеспеченных кредиторов может состоять в сохранении стоимости обеспеченной части требования. Сразу же после открытия производства осуществляется оценка обремененных активов и на основе такой оценки определяется стоимость обеспеченной части требования кредитора. Эта стоимость остается фиксированной на протяжении всего производства, и при распределении после ликвидации обеспеченный кредитор получает требования первой очереди в объеме такой стоимости. В ходе производства обеспеченный кредитор может также получать проценты по предусмотренной в договоре ставке на обеспеченную часть требования в качестве компенсации за задержку, вызванную производством. В некоторых законах о несостоятельности уплата процентов ограничивается теми ситуациями, когда стоимость обеспечения превышает сумму требования. В противном случае компенсация за задержку может сократить стоимость активов, подлежащих распределению среди необеспеченных кредиторов.

79. Желательность различных подходов, предусматривающих защиту обеспечения, возможно, необходимо взвесить с учетом потенциальной сложности и затратности подобных мер и необходимости того, чтобы суд был в состоянии принимать трудные коммерческие решения по вопросу о надлежащей защите. В случае применения такого подхода будет, возможно, желательным предусмотреть в законе о несостоятельности руководящие положения для определения того, когда и каким образом кредиторы, являющиеся держателями того или иного вида обеспечения на активы должника, будут иметь право на защитные меры, описанные выше.

ii) Возвращение обеспечения

80. Применительно к ликвидации [и реорганизации] может потребоваться положение, позволяющее возвращать обремененные обеспечением активы обеспеченному кредитору, если его обеспечение будет признано имеющим силу и обремененные активы будут признаны не имеющими ценности для конкурсной массы, или когда они не могут быть реализованы в течение разумного срока управляющим в деле о несостоятельности.

iii) Снятие моратория

81. В ходе ликвидационного или реорганизационного производства могут возникнуть обстоятельства, при которых целесообразно предоставить защиту от действия моратория, предусмотрев возможность для его снятия или прекращения применения. К таким обстоятельствам могут относиться случаи, когда обеспеченный кредитор не получает защиты, соответствующей стоимости его обеспечения, когда предоставление защиты практически невозможно или будет являться излишне обременительным для имущественной массы или когда

обремененное имущество не требуется для реорганизации. Для учета этих обстоятельств в законе о несостоятельности может предусматриваться, что обеспеченный кредитор может ходатайствовать о снятии моратория, или управляющему в деле о несостоятельности могут быть предоставлены полномочия высвобождать обеспечение без необходимости в получении разрешения суда.

82. Хотя положения о снятии моратория в первую очередь направлены на учет интересов обеспеченных кредиторов, имеются примеры законов о несостоятельности, которые предусматривают, что освобождение от моратория может быть также предоставлено и необеспеченному кредитору, с тем чтобы позволить ему, например, передать свое требование на рассмотрение другого органа, 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.

g) Ограничения на распоряжение активами должником

83. В дополнение к мерам, направленным на защиту имущественной массы от действий кредиторов и третьих сторон, в законодательстве о несостоятельности, как правило, предусматриваются меры, предназначенные для ограничения той степени, в которой должник и управляющий в деле о несостоятельности могут совершать операции с активами имущественной массы. Эти вопросы рассматриваются в нижеследующих разделах, касающихся режима в отношении контрактов, прав и обязательств должника и прав и обязательств управляющего в деле о несостоятельности.

2. Резюме и рекомендации – защита имущественной массы

- 1) Цели настоящих положений заключаются в следующем:
 - a) предусмотреть надлежащий механизм, например мораторий, который будет обеспечивать защиту стоимости имущественной массы от сокращения в результате действий различных заинтересованных сторон;
 - b) определить круг действий, на которые распространяется мораторий;
 - c) указать стороны, на которые будет распространяться мораторий, и условия его применения, включая метод, момент введения и срок применения;
 - d) [...].

Вариант 1 – Дискреционное введение моратория

- 2) Как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве суд может по заявлению заинтересованной стороны защитить интересы кредиторов и других сторон путем вынесения соответствующего постановления с указанием действий против должника, на которые должен распространяться мораторий. Мораторий может применяться по усмотрению суда и к обеспеченным, и к необеспеченным кредиторам, или же дискреционный мораторий на действия обеспеченных кредиторов может

сочетаться с его автоматическим применением в отношении необеспеченных кредиторов.

3) Если мораторий вводится на дискреционной основе, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуются установить меры, направленные на поощрение проведения переговоров перед открытием производства в целях достижения наилучших результатов для всех кредиторов.

Вариант 2 – Автоматическое введение моратория

Ликвидация

2) Мораторий будет [автоматически] вводиться в отношении обеспеченных и необеспеченных кредиторов:

а) если заявление подается должником – в момент [подачи заявления] [открытия производства];

б) если заявление подается одним или несколькими кредиторами - в момент [подачи заявления] [открытия производства].

3) В случае введения моратория в момент открытия производства суд может по заявлению заинтересованной стороны защитить интересы кредиторов и других лиц путем принятия надлежащих постановлений временного характера. Такие постановления могут касаться следующего: [...].

4) Мораторий, распространяющийся на обеспеченных кредиторов, применяется в течение всего срока ликвидационного производства.

5) Если мораторий вводится в момент подачи заявления, то суд может в момент открытия производства вынести постановление о сохранении действия моратория в отношении обеспеченных кредиторов на срок [30-60 дней]. По истечении этого срока управляющий в деле о несостоятельности может ходатайствовать о продлении моратория на дополнительный срок в [... дней] при условии, что он может продемонстрировать, что продление является необходимым для максимизации стоимости активов в интересах всех кредиторов и что обеспеченным кредиторам не будет причинено необоснованного ущерба.

6) Обеспеченный кредитор может подать заявление об освобождении от действия моратория, если он может продемонстрировать причинение значительного ущерба (например, что ему не обеспечивается надлежащая защита в том, что касается экономической стоимости обеспечения). Управляющий в деле о несостоятельности может высвободить обеспечение, если он установит, что защита экономической стоимости обеспечения практически невозможна или является чрезмерно обременительной для производства по делу о несостоятельности; если обремененные обеспечением активы не имеют ценности для имущественной массы или не могут быть реализованы в течение разумного срока; и если обеспечение не играет существенной роли для продажи предприятия как единого объекта.

Реорганизация

7) Применительно к вопросу о моменте вступления моратория в силу как в случае реорганизации, так и в случае ликвидации действуют одни и те же соображения.

8) Если мораторий вводится в момент подачи заявления, он автоматически продлевается после открытия производства и его действие не подлежит усмотрению суда кроме как в том, что касается снятия моратория в отношении индивидуальных кредиторов.

9) Мораторий равным образом применяется к обеспеченным и необеспеченным кредиторам с учетом действия положений об освобождении и [о сроке производства] [сроке, который может быть разумно необходимым для утверждения плана реорганизации].

10) Обеспеченный кредитор может подать заявление о снятии моратория, если он может продемонстрировать причинение значительного ущерба (например, что ему не обеспечивается надлежащая защита в том, что касается экономической стоимости обеспечения). Действие моратория может быть прекращено, если управляющий в деле о несостоятельности установит, что защита стоимости обеспечения практически невозможна или является чрезмерно обременительной; что обремененные обеспечением активы не имеют ценности для имущественной массы или не могут быть реализованы в течение разумного срока; или что обеспечение не требуется для реорганизационного производства.

11) Если мораторий распространяется на обеспеченных кредиторов, в законодательстве о несостоятельности следует установить специальные меры, направленные на защиту обеспечения.

С. Режим в отношении контрактов**1. Общие замечания**

84. При открытии производства по делу о несостоятельности должник практически во всех случаях будет являться стороной по крайней мере одного контракта, который еще не исполнен в полной мере любой из сторон или обеими сторонами.

85. Для случая, когда одна сторона полностью исполнила свои обязательства, никаких специальных правил не требуется. Если стороной, не исполнившей или не в полном объеме исполнившей свои обязательства, является должник, то требование другой стороны в отношении исполнения или убытков будет представлять собой требование в рамках производства по делу о несостоятельности и должно быть заявлено в рамках этого производства. Если стороной, не исполнившей или не исполнившей в полном объеме свои обязательства, является контрагент, то управляющий в деле о несостоятельности может потребовать исполнения или возмещения убытков от этой стороны. Если обе стороны не исполнили или не исполнили в полном объеме свои обязательства, то в соответствии с законодательством о несостоятельности многих стран управляющий в деле о несостоятельности может вмешаться в

исполнение этих контрактов и принять по своему выбору решение либо о расторжении и прекращении, либо о продолжении исполнения (и, возможно, последующей переуступке) этих контрактов. Целесообразно предусмотреть требование о том, что в период до принятия решения о продолжении или прекращении контракта платежи за все полученное согласно контракту должны осуществляться за счет управляющего в деле о несостоятельности [имущественной массы].

86. Чем более развита экономика, тем более значительная часть экономического богатства может быть заключена в договорах или контролироваться при помощи договоров, а не содержаться в земельной собственности. В результате этого режим в отношении контрактов при урегулировании дел о несостоятельности приобретает важнейшее значение. 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 результате этого применительно к режиму в отношении того или иного контракта должны приниматься сложные решения с тем, чтобы обеспечить наибольшую стоимость для имущественной массы. Обычно проведение такой оценки поручается управляющему в деле о несостоятельности. В некоторых правовых системах требуется также утверждение со стороны суда.

87. Достижение цели максимизации стоимости имущественной массы и сокращения обязательств или, при реорганизации, создания возможности для выживания предприятия и продолжения его операций по возможности бесперебойным образом может предполагать использование тех контрактов, которые являются выгодными и способствуют повышению стоимости, и расторжение тех из них, которые являются обременительными или текущие затраты в связи с которыми превышают выгоды. Например, в случае контракта, в котором должник согласился закупить тот или иной товар по цене, составляющей половину рыночной цены в момент наступления несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности будет, несомненно, выгодно продолжить закупки по более низким ценам и осуществить продажи по рыночным ценам. Контрагент, несомненно, попытается выйти из этого невыгодного соглашения, однако во многих системах ему будет запрещено сделать это, хотя он и может иметь право на получение гарантий относительно уплаты договорной цены в полном объеме.

88. В то же время стремление к достижению этих целей, возможно, потребует сбалансировать с рядом противоречивых интересов. Здесь речь может идти о социальных интересах, связанных с некоторыми видами договоров, такими как контракты о найме (см. ...), и о последствиях полномочий управляющего в деле о несостоятельности на вмешательство в условия неисполненных контрактов для предсказуемости коммерческих и финансовых отношений и для стоимости и доступности кредита (чем более широкими полномочиями на вмешательство в исполнение контрактов обладает управляющий в деле о несостоятельности, тем, по всей вероятности, более высокой будет стоимость и более низкой доступность кредита). Полномочия

управляющего в деле о несостоятельности на прекращение контрактов найма рабочей силы могут, например, ограничиваться теми соображениями, что ликвидация может использоваться именно как средство ликвидации защиты, предоставляемой работникам по этим контрактам. К числу других категорий контрактов, требующих специального режима, относятся сделки на финансовом рынке (см. ...) и контракты на личные услуги, когда для исполнения соглашения особое значение имеет личность его стороны, будь то должника или служащего должника. С этим связан вопрос об обстоятельствах, при которых управляющий в деле о несостоятельности может изменить условия контракта, относящегося к тем категориям, для которых требуется специальный режим.

89. 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. Распространенное решение заключается в установлении общих правил для всех видов контрактов и исключений для ряда специальных контрактов, как это рассматривается ниже.

90. При банкротстве контракты распадаются на две категории. Контракты, заключенные до наступления несостоятельности должника, и контракты, заключенные после возбуждения производства. Согласно многим законам нарушение контрактов, входящих в первую категорию (контракты, заключенные до наступления несостоятельности), является основанием для возникновения необеспеченного требования, которое обычно погашается на пропорциональной основе. Нарушение контракта, входящего во вторую категорию (контракты, заключенные после наступления несостоятельности), обычно создает первоочередное требование в отношении имеющихся средств и, таким образом, оплачивается в полном объеме как расходы управляющего в деле о несостоятельности (см. раздел "Порядок очередности при распределении"). Различие между этими двумя видами контрактов стирается, когда управляющий в деле о несостоятельности пытается обеспечить исполнение контракта, заключенного до наступления несостоятельности, исходя из оценки, согласно которой исполнение этого контракта позволит получить больший чистый доход, чем его нарушение. Если контракт продолжен таким образом, это практически равнозначно его заключению и во многих правовых системах любое последующее нарушение будет также порождать первоочередное административное требование.

91. Если по вопросам продолжения и прекращения принимаются какие-либо правила, то желательно предусмотреть, что любое право на продолжение или прекращение контракта должно ограничиваться контрактом в целом, что позволит избежать ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности сможет, по своему выбору, продолжать исполнение некоторых частей контракта и прекращать исполнение других разделов.

а) Продолжение исполнения

92. В законодательстве о несостоятельности различных стран можно проследить различные подходы к вопросу о продолжении контрактов. Согласно некоторым законам о несостоятельности требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности выносил решение по вопросу о продолжении, и устанавливается предельный срок для вынесения такого решения; принятие какого-либо решения в течение оговоренного срока приводит к возникновению презумпции о расторжении контракта. Согласно другим законам открытие производства по делу о несостоятельности не затрагивает действия контрактов и, таким образом, любые договорные обязательства сохраняют свою обязательную силу и продолжают применяться общие нормы договорного права, если только в законодательстве о несостоятельности прямо не предусмотрено применение иных правил, как в случае положений о прекращении или об обязательном автоматическом прекращении (см. ниже).

93. Продолженные контракты рассматриваются как текущие обязательства несостоятельного предприятия, подлежащие исполнению, и все договорные обязательства имущественной массы становятся обязательствами, принятыми после открытия производства. 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 требовать от контрагента продолжения деловых отношений с несостоятельным должником, если уже имеет место неисполнение, возникшее до наступления несостоятельности. Согласно некоторым законам о несостоятельности в качестве условия продолжения требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности устранил любые нарушения контракта и обеспечил заверения в отношении будущего исполнения путем представления, например, гарантийных обязательств или гарантий.

94. Требования, возникающие из исполнения контракта после открытия производства по делу о несостоятельности, рассматриваются в ряде законов о несостоятельности в качестве административных расходов (см. ...) и им предоставляется приоритет при распределении. Поскольку предоставление такого приоритета представляет собой потенциальный риск для других кредиторов (которые получают платеж после кредиторов, обладающих приоритетом), желательно, чтобы было продолжено исполнение только тех контрактов, которые будут являться прибыльными и которые имеют жизненно важное значение для продолжения операций должника. Если управляющий в деле о несостоятельности нарушает соглашение после того, как его исполнение было продолжено, сторона, понесшая убытки в результате этого нарушения, может иметь право на защиту своих прав и использование других предусматриваемых соглашением средств защиты в соответствии с применимым правом за пределами законодательства о несостоятельности и на платеж в порядке возмещения убытков, которому может быть присвоена та же очередь, что и административным требованиям (в отличие от необеспеченных требований).

і) Реорганизация

95. В случае реорганизации, когда цель состоит в том, чтобы обеспечить условия для выживания предприятия и предоставления ему максимальной

возможности продолжить свои операции, продолжение исполнения контрактов, которые являются выгодными для коммерческого предприятия и способствуют возрастанию стоимости, может иметь важнейшее значение.

96. Во многие контракты включается положение, предусматривающее, что открытие производства по делу о несостоятельности представляет собой событие неисполнения, которое предоставляет контрагенту безусловное право на прекращение контракта или на сокращение срока его исполнения или какое-либо другое право. Законодательство ряда стран подтверждает действительность таких положений и в тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности пытается продолжить исполнение контракта, он будет иметь такую возможность, только если контрагент не принимает решения – или если его удастся убедить не принимать решения – о прекращении или сокращении срока исполнения контракта. Для тех случаев, когда контрагент имеет право прекратить контракт, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться механизм, который может быть использован для того, чтобы убедить контрагента продолжить исполнение, например, может предусматриваться возможность предоставления приоритета на получение платежа за услуги, предоставленные после открытия производства (в некоторых законах о несостоятельности такой порядок может устанавливаться общим положением, согласно которому затраты, понесенные после открытия производства, рассматриваются, как правило, в качестве первоочередного требования, подлежащего погашению из необремененных активов).

97. Подход, предусматривающий признание силы оговорки о прекращении, может подкрепляться рядом факторов, включая следующие: желательность обеспечения соблюдения коммерческих договоренностей; необходимость воспрепятствовать такому порядку, при котором должник будет селективно исполнять выгодные контракты и расторгать другие (преимущество, которым не располагает добросовестный контрагент); последствия установления такого имеющего преимущественную силу положения для взаимозачета; мнение, что поскольку несостоятельное коммерческое предприятие будет, как правило, не в состоянии осуществить платежи, отсрочка прекращения контрактов может привести только к увеличению уровня задолженности; необходимость в том, чтобы обладатели прав на интеллектуальную собственность имели возможность контролировать использование этой собственности; последствия прекращения контракта для коммерческого предприятия контрагента в том, что касается общих нематериальных активов; и нежелательность принудительной передачи контракта лицу, которое может быть неизвестно контрагенту или с которым контрагент может не желать поддерживать коммерческие отношения.

98. Согласно второму подходу предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может продолжить исполнение контракта вопреки возражениям контрагента, т.е. что любое событие неисполнения, которое вызвано открытием производства по делу о несостоятельности и которое повлечет за собой право на прекращение или сокращение срока исполнения контракта, не принимается во внимание в силу закона. Порядок, разрешающий не принимать во внимание оговорки о прекращении или сокращении срока исполнения контракта в рамках реорганизационного производства, может иметь важнейшее значение для успеха процедур, когда, например, контракт представляет собой жизненно важный договор аренды или связан с

использованием интеллектуальной собственности, воплощенной в продукции. Он может также способствовать повышению доходного потенциала коммерческого предприятия, ослабить позиции на переговорах важнейшего поставщика и сохранить стоимость контрактов должника в интересах кредиторов. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что оговорки о прекращении могут не приниматься во внимание, кредиторы могут попытаться принять меры, направленные на предупреждение этого результата, путем прекращения контракта до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности (со ссылкой на иное неисполнение со стороны должника, чем событие, наступающее в силу открытия 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.

99. Хотя в некоторых правовых системах действуют положения, позволяющие не принимать во внимание оговорки о прекращении, такой подход еще не стал общим для законодательства о несостоятельности в целом. Между целью содействия выживанию должника, что требует сохранения контрактов, и увеличением неопределенности и повышением затратности коммерческих операций в результате установления различных исключений к действию общих правил, неизбежно возникают противоречия. Решение этого вопроса может потребовать тщательной оценки преимуществ и недостатков, однако существуют и обстоятельства, когда способность управляющего в деле о несостоятельности прекратить контракты будет иметь принципиальное значение для проведения и успешного завершения реорганизации, а также – хотя, возможно, и в меньшей мере – ликвидации в случае, если коммерческое предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Любые негативные последствия принципиального подхода, создающего возможность не принимать во внимание оговорки о прекращении, могут быть сбалансированы, если будет предусмотрена компенсация кредиторам, которые смогут продемонстрировать, что продолжение исполнения контракта причинило им ущерб или убытки.

ii) Ликвидация

100. В случае ликвидации продолжение исполнения контрактов не будет являться, по всей вероятности, настолько же желательным, как в случае реорганизации, за исключением обстоятельств, когда сохранение контракта может способствовать увеличению стоимости коммерческого предприятия 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 и значительная часть срока действия которого еще не истекла, может иметь важнейшее значение для любой предполагаемой продажи коммерческого предприятия или может быть уступлен для получения стоимости для распределения среди кредиторов.

101. К числу аргументов в пользу порядка, позволяющего не принимать во внимание положения о прекращении при ликвидации, может относиться необходимость сохранения коммерческого предприятия как единого целого для

максимизации его продажной стоимости или повышения его потенциальной доходности; сохранения стоимости контракта в интересах кредиторов в отличие от оставления такой стоимости за контрагентом; и желательность включения всех сторон в процесс окончательного распоряжения коммерческим предприятием [*другие обоснования?*].

iii) Исключения

102. Как правило, существует две категории исключений из полномочий управляющего в деле о несостоятельности в отношении продолжения исполнения контрактов. Во-первых, если управляющий в деле о несостоятельности наделяется полномочиями не принимать во внимание оговорки о прекращении, могут быть предусмотрены конкретные исключения относительно таких контрактов, как краткосрочные финансовые контракты (например, свопы и фьючерсные соглашения). Ко второй категории относятся те случаи, когда независимо от закрепленного в законодательстве о несостоятельности подхода к оговоркам о прекращении, контракт не может быть продолжен, поскольку он предусматривает предоставление должником незаменимых личных услуг (например, оперными певцами).

b) Прекращение

i) Ликвидация

103. По общим причинам, описанным в вводном разделе выше, желательным представляется такой порядок, при котором управляющий в деле о несостоятельности наделяется полномочиями на прекращение контрактов, в которых обе стороны еще не исполнили свои обязательства в полном объеме.

104. Для прекращения контрактов могут предусматриваться различные механизмы. Согласно одному из подходов от управляющего в деле о несостоятельности может требоваться принятие мер по прекращению контракта, например, путем направления уведомления контрагенту о том, что контракт прекращается. Такой подход может не способствовать достижению целей определенности, предсказуемости и эффективности ведения производства, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает своевременных мер по прекращению и этот вопрос в течение определенного времени остается неразрешенным. Такое положение может привести к наращиванию неоправданных расходов (например арендные платежи за недвижимую или личную собственность, арендуемую должником, могут составлять существенную долю административных расходов, если аренда не будет оперативно прекращена).

105. Согласно второму подходу контракт может рассматриваться в качестве автоматически прекращенного, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает решения продолжить его в течение оговоренного срока, который может быть более длительным в случае реорганизации, чем при ликвидации. Цель этого 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, а контрагенту обеспечивается некоторая определенность в

отношении сохранения действия контракта в течение разумного срока после открытия производства [*другие обоснования?*].

106. При прекращении контракта контрагент освобождается от обязательств по исполнению оставшейся части контракта, и единственным значимым подлежащим разрешению вопросом является расчет необеспеченных убытков в результате прекращения. Контрагент становится необеспеченным кредитором, обладающим требованием в размере суммы убытков. В случае, если контракт до момента его прекращения исполнялся в течение определенного срока в ходе производства по делу о несостоятельности, контрагент может заявить требование как за период до прекращения (и ему может быть предоставлена та же очередь, что и административным требованиям), так и за убытки, понесенные в результате прекращения.

ii) Реорганизация

107. В случае реорганизации перспективы ее успешного завершения могут быть улучшены, если управляющему в деле о несостоятельности будет предоставлено право расторгнуть обременительные контракты. К их числу могут относиться контракты, расходы на исполнение которых будут более высокими, чем получаемые выгоды, или, в случае, например, неистекшего договора аренды, когда ставки по контрактам превышают рыночные ставки.

108. В то же время, хотя в случае ликвидации может быть разумным предположение о том, что непринятие управляющим в деле о несостоятельности решения в отношении контракта будет, по всей вероятности, означать решение о его прекращении, в случае реорганизации такое предположение будет, возможно, не всегда уместным. При реорганизации было бы, возможно, целесообразно разрешить управляющему в деле о несостоятельности принимать решения относительно прекращения в течение периода до утверждения плана реорганизации, при условии, что любые выгоды, полученные по контракту, оплачиваются и что у контрагента имеется право на принудительное исполнение ранее принятого решения, если это потребуется и будет 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 при утверждении плана.

iii) Исключения

109. Независимо от объема предоставленных управляющему в деле о несостоятельности полномочий в отношении прекращения контрактов, для некоторых категорий контрактов могут потребоваться исключения. Одно из важных исключений из полномочий на прекращение представляют собой контракты найма рабочей силы (см. (d) ниже). Аналогичное исключение было бы уместно применять в случае соглашений, в которых должник выступает арендодателем или лицензиаром по договору франшизы или договору о лицензировании интеллектуальной собственности, и прекращение соглашения приведет к закрытию коммерческого предприятия контрагента или вызовет серьезные последствия для коммерческих операций, особенно в тех обстоятельствах, когда преимущества для должника будут относительно незначительными. Для тех случаев, когда должник является арендатором, может

быть желательным установление верхнего предела убытков (который мог бы быть выражен в виде денежной суммы или в виде оговоренного срока, в отношении которого убытки могут подлежать оплате), с тем чтобы требование из долгосрочной аренды не приобретало подавляющего значения по отношению к требованиям других кредиторов. Арендаторы, как правило, могут сократить убытки путем передачи арендуемого имущества в поднаем.

с) Уступка

110. Наличие у управляющего в деле о несостоятельности права выбора между продолжением исполнения и уступкой контрактов без учета содержащихся в них условий относительно прекращения в случае наступления несостоятельности или ограничений на передачу может оказать весьма благоприятное воздействие на имущественную массу и, таким образом, на бенефициаров распределения поступлений после ликвидации. Могут существовать обстоятельства, например, когда предусмотренная контрактом ставка аренды ниже, чем рыночная ставка, и прекращение контракта может привести к неожиданному увеличению доходов контрагента. Если контракт может быть продолжен и уступлен, то разница между ценой контракта и рыночной ценой может быть направлена не контрагенту, а в конкурсную массу.

111. В то же время существование таких полномочий может подорвать договорные права контрагента и вызвать вопросы о причинении ущерба, особенно в тех случаях, когда контрагент практически не может повлиять на выбор цессионария. Для решения этого вопроса используются различные подходы. В некоторых законах о несостоятельности устанавливается, что открытие производства по делу о несостоятельности делает ничтожными оговорки о недопустимости уступки. Согласно другим законам о несостоятельности для уступки контракта требуется согласие контрагента или всех сторон первоначального контракта или предусматривается, что если контрагент не соглашается на уступку, управляющий в деле о несостоятельности может осуществить уступку с разрешения суда, если может быть продемонстрировано, что разумных оснований для отказа контрагента в согласии не имеется. Согласно еще одному подходу предусматривается, что контракт может быть уступлен, если управляющий в деле о несостоятельности продемонстрирует контрагенту, что цессионарий может должным образом исполнить контракт. Управляющий в деле о несостоятельности затем имеет право уступить контракт в интересах имущественной массы. Этот подход соответствует подходу, использованному в статье 9 [проекта] конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле. Хотя этот последний вариант действий считается чрезвычайно важным для ликвидационного производства в некоторых странах, в других государствах он абсолютно не известен и подобные действия запрещаются.

112. Независимо от полномочий управляющего в деле о несостоятельности на уступку контрактов некоторые контракты не могут быть уступлены, поскольку они требуют предоставления незаменимых личных услуг или поскольку уступка запрещена в силу закона. В некоторых странах, например, запрещается уступка контрактов на правительственные закупки.

d) Общие исключения из полномочий на продолжение, прекращение и уступку контрактов

i) Контракты найма рабочей силы

113. Одним из важных исключений являются контракты найма рабочей силы. Хотя это исключение имеет особое значение для случаев реорганизации, такие контракты также необходимо учитывать при ликвидационном производстве, когда управляющий в деле о несостоятельности пытается продать предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Если управляющий в деле о несостоятельности имеет право прекратить обременительные контракты найма или добиться необходимого сокращения используемой должником рабочей силы, то может быть получена более высокая цена. 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 контрактом, который по сути является таким же неисполненным контрактом, как любой другой, а, как правило, императивными положениями закона за пределами правового регулирования несостоятельности. Эти положения могут касаться, например, несправедливого увольнения; минимальных ставок заработной платы; оплачиваемого отпуска; максимальной продолжительности труда; отпуска по беременности и уходу за детьми; равного обращения и недискриминации. В общем плане трудная проблема связана с той степенью, в которой эти положения будут воздействовать на производство по делу о несостоятельности, что ставит вопросы, которые являются намного более широкими, чем прекращение контрактов и очередность денежных требований. По этим причинам в ряде стран установлены специальные режимы, которые регулируют защиту требований работников при несостоятельности (см. раздел "Требования кредиторов и их режим"), и – с целью не допустить использования процедур несостоятельности в качестве средства устранения защиты работников – прямо ограничивают право управляющего в деле о несостоятельности на прекращение контрактов найма рабочей силы. Это может включать ограничение использования полномочий некоторыми прямо оговоренными обстоятельствами, например случаями, когда вознаграждение является чрезмерным по сравнению с тем, которое средний рабочий получал бы за ту же работу. В некоторых странах закон 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.

114. Для повышения прозрачности режима несостоятельности желательно, чтобы ограничения полномочий управляющего в деле о несостоятельности по решению вопросов, связанных с этими категориями контрактов, были четко оговорены в законодательстве о несостоятельности.

e) Отказ от права на обременительные активы

115. В дополнение к полномочиям на прекращение контрактов в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может отказаться от права на другие активы, включенные в имущественную массу, в случае, если эти активы обременены таким образом, что их сохранение потребует чрезмерных расходов, если их невозможно или практически невозможно продать или если их сохранение повлечет за собой

обременительные обязательства. Как и в случае прекращения контракта, установление полномочий на отказ от права на активы может сопровождаться принятием положения, предусматривающего возможность предъявления требований из убытков, понесенных в результате такого отказа, и положений, позволяющих передавать право собственности на такие активы какому-либо иному лицу, чем должник.

е) Зачет, взаимозачет и финансовые контракты¹

i) Зачет

116. Важный вопрос, возникающий при разработке законодательства о несостоятельности, связан с режимом кредитора, который в момент подачи заявления о возбуждении ликвидационного производства также является должником конкурсной массы. Если применить основополагающий принцип равного режима для кредиторов, находящихся в одинаковом положении, то результат будет относительно ясным: управляющий в деле о несостоятельности будет иметь право на получение полной суммы, причитающейся с кредитора, и требование кредитора будет удовлетворено после ликвидации конкурсной массы. В то же время согласно альтернативному подходу кредитору в подобных обстоятельствах разрешается осуществить свои права на зачет в отношении конкурсной массы после подачи заявления о ликвидации с теми последствиями, что в зависимости от размера требования конкурсной массы к кредитору требование кредитора может быть полностью удовлетворено.

117. Целесообразность подтверждения права на зачет в законодательстве о несостоятельности может вызываться рядом причин. Первой из них является справедливость: независимо от важности принципа равного режима для кредиторов считается несправедливым положение, при котором должник отказывается осуществить платеж кредитору, но в то же время требуется, чтобы этот кредитор произвел платеж. Кроме того, поскольку во многих случаях контрагентами являются банки, право на зачет является особенно благоприятным для банковской системы и, с учетом важной роли банков в предоставлении кредитов, оно, таким образом, считается выгодным для экономики в целом. В силу своих ключевых функций (кредитование и принятие депозитов) банки, предоставившие кредит несостоятельному должнику, часто оказываются в ситуации, когда они сами несут финансовые обязательства перед должником в форме депозитов. Возникающее после открытия производства право на зачет позволит банкам зачесть свои неоплаченные требования против депозитов должника, даже если срок погашения этих взаимных требований еще не наступил. Зачет позволяет кредитору избежать трудностей, создаваемых неплатежеспособностью должника, и, таким образом, помогает избежать эффекта "домино" при несостоятельности, а также сократить расходы и затраты на осуществление соответствующих операций и тем самым снизить стоимость кредита.

¹ Материалы этого раздела в значительной мере взяты из "Orderly and effective insolvency procedures: Key issues", Legal Department, International Monetary Fund, 1999, pp. 42–44 и из "Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems", The World Bank, April 2001, paras. 121–125.

118. Хотя разрешение зачета имеет ряд преимуществ, такой порядок, возможно, потребует сбалансировать с учетом некоторых аргументов против права на зачет. Зачет при несостоятельности представляет собой нарушение принципа *pari passu*, поскольку кредитор, обладающий правом на зачет, получает платеж в полном объеме. Зачет может истощить активы должника и воспрепятствовать реорганизации, особенно в случаях, когда должник теряет доступ к своим банковским счетам или наличным средствам на своих банковских счетах [*другие случаи?*].

119. В международном плане ситуация в связи с подходами к вопросам зачета является сложной. Незначительное число стран не разрешают зачет, кроме как для некоторых сделок или для зачета по текущим счетам. Некоторые страны расширили круг сделок, подлежащих зачету, и приняли законодательство о взаимозачете, которое применяется к оговоренным контрактам. Из тех государств, которые традиционно допускают зачет, небольшое число стран предусматривают установление моратория при реорганизационном производстве, хотя и допускают исключение в отношении финансовых контрактов. В законодательстве о несостоятельности других стран вопросы зачета не регулируются.

120. Нормы о праве на зачет взаимодействуют с другими положениями законодательного регулирования несостоятельности по ряду важных аспектов. Например, на право кредитора потребовать осуществления зачета будут распространяться положения о расторжении сделок, если предоставление или получение кредита от должника или должнику происходит в течение соответствующего "подозрительного" периода и должник являлся несостоятельным в этот момент или стал несостоятельным в результате зачета. Зачет может также подлежать аннулированию, если он происходит после подачи заявления о возбуждении производства. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности в целом разрешает не принимать во внимание оговорки о прекращении контрактов, что позволяет управляющему в деле о несостоятельности продолжить исполнение неисполненных контрактов, кредитор сможет осуществить права на зачет в отношении взаимных денежных требований только в случае, если при реализации права не принимать во внимание оговорки о прекращении ему будет прямо разрешено прекратить контракт или зачесть такие требования. Это имеет особое значение в контексте сделок краткосрочного финансирования (см. ...).

ii) Финансовые контракты и чистые расчеты

121. В зависимости от предусматриваемого режимом несостоятельности порядка регулирования вопросов, связанных с режимом контрактов и прав на зачет, может возникать или не возникать необходимость во включении положений, касающихся некоторых видов краткосрочных финансовых контрактов, включая соглашения о производных инструментах (например, о валютных свопах или свопах процентных ставок). Условия приобретающих все более стандартизированную форму генеральных соглашений, которые регулируют эти отдельные сделки, обычно включают положения, позволяющие одной стороне при открытии производства по делу о несостоятельности другой стороны произвести взаимозачет (см. определения) по всем своим поступлениям и убыткам и по всем неоплаченным счетам по отдельным сделкам. Такие

положения о "взаимозачете при закрытии" (см. определения), которые объединяют все самостоятельные платежные обязательства, обычно вступают в силу по наступлении несостоятельности одной из сторон, только если в законодательстве о несостоятельности присутствуют два аспекта. Во-первых, законодательство должно допускать прекращение (или "закрытие") всех неисполненных предусматриваемых соглашением операций при наступлении несостоятельности одной из сторон и, во-вторых, оно должно разрешать стороне, не являющейся несостоятельной, производить зачет своих требований против обязательств несостоятельной стороны.

122. Оба этих аспекта отсутствуют в законодательстве о несостоятельности ряда стран. Что касается прекращения, то в некоторых странах управляющему в деле о несостоятельности разрешается по своему выбору продолжить исполнение контракта в нарушение содержащихся в нем оговорок о прекращении. Что касается зачета, то в ряде стран не допускается зачет самостоятельных финансовых требований, срок погашения которых еще не наступил к моменту открытия производства.

123. Во многих странах, в которых не имеется подобных общих норм, предусматривающих как прекращение, так и зачет, были отдельно предусмотрены исключения к применимым правилам о несостоятельности с конкретной целью разрешить "взаимозачет при закрытии" для финансовых контрактов. Соображения, лежащие в основе установления таких ограничений, связаны с растущей важностью подобных сделок на глобальном финансовом рынке и тем фактом, что доступ к подобным операциям будет ограничен в отсутствие определенности в отношении проведения взаимозачета при наступлении несостоятельности одного из участников. Независимо от этих важных преимуществ следует признать, что подобное "выделение" осложняет законодательное регулирование и приводит к установлению преференциального режима для определенных категорий кредиторов.

2. Резюме рекомендаций – режим в отношении контрактов

- 1) Цели настоящих положений заключаются в следующем:
 - a) предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность вмешиваться в исполнение контрактов, которые не были исполнены или не были исполнены в полном объеме как должником, так и его контрагентом, с целью максимизации стоимости и сокращения обязательств имущественной массы;
 - b) определить объем полномочий управляющего в деле о несостоятельности на вмешательство в исполнение контрактов и определить ситуации, при которых такие полномочия могут быть осуществлены;
 - c) определить контракты, которые следует исключить из сферы действия таких полномочий;
 - d) [...].
- 2) Управляющий в деле о несостоятельности может прекратить контракты, которые не исполнены или не исполнены в полном объеме как должником, так и его контрагентом.

- 3) Для урегулирования вопроса о моменте возможного вступления прекращения в силу могут быть использованы два подхода:
- a) в момент направления управляющим в деле о несостоятельности уведомления о прекращении [здесь могут быть отражены преимущества и недостатки этого подхода, как они описаны в пункте ...]; или
 - b) автоматическое прекращение в случае отсутствия решения управляющего в деле о несостоятельности (или суда) о продолжении исполнения контрактов в течение оговоренного срока, при том что оговоренный срок может быть продлен или сокращен судом [здесь могут быть отражены преимущества и недостатки этого подхода, как они описаны в пункте ...].
- 4) Прекращение обуславливает возникновение необеспеченного требования из убытков, причиненных прекращением.
- 5) В рамках производства по делам о несостоятельности право на прекращение некоторых категорий контрактов, включая контракты найма рабочей силы, финансовые контракты и [...], должно быть ограничено. Полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении этих контрактов следует четко оговорить в законодательстве о несостоятельности.
- 6) Управляющий в деле о несостоятельности может по своему выбору принять решение о продолжении исполнения контрактов, которые будут выгодными для коммерческого предприятия и принесут дополнительную стоимость для имущественной массы, за исключением финансовых контрактов, контрактов, которые не могут быть продолжены, поскольку они требуют от должника предоставления незаменимых личных услуг, и [...]. Положения о продолжении исполнения и уступке должны сопровождаться правилами о компенсации контрагенту убытков, причиненных неисполнением, если таковые были понесены.
- 7) В тех случаях, когда какое-либо положение контракта предусматривает его прекращение при открытии производства по делу о несостоятельности:
- a) это положение может рассматриваться управляющим в деле о несостоятельности или судом в качестве ничтожного; или
 - b) в законодательстве о несостоятельности может устанавливаться его ничтожность; или
 - c) ссылки на оговорку об автоматическом прекращении в качестве возражения против требования управляющего в деле о несостоятельности об исполнении контракта не допускаются.
- 8) Контракты, исполнение которых продолжено управляющим в деле о несостоятельности, становятся обязательствами имущественной массы с момента открытия производства.
- 9) За исключением контрактов, которые не могут быть уступлены, поскольку они требуют предоставления незаменимых личных услуг или

поскольку уступка запрещается в силу закона, управляющий в деле о несостоятельности может рассматривать оговорку о запрещении уступки в качестве ничтожной или уступить, с согласия всех сторон первоначального контракта, тот контракт, исполнение которого решено продолжить.

10) В тех случаях, когда стороны не соглашаются на уступку, суд может тем не менее утвердить уступку контракта, если она будет выгодной для коммерческого предприятия, принесет дополнительную стоимость для имущественной массы и суд сочтет, что цессионарий может исполнить договорные обязательства.

11) За исключением тех особых категорий контрактов, в отношении которых управляющий в деле о несостоятельности имеет ограниченные полномочия, полномочия управляющего в деле о несостоятельности применительно к прекращению, продолжению или уступке контрактов могут осуществляться без необходимости в утверждении судом или кредиторами, но подлежат обжалованию в суде по заявлению заинтересованной стороны.

D. Действия по расторжению сделок

1. Общие замечания

124. Производство по делу о несостоятельности (как ликвидационное, так и реорганизационное) может быть открыто по истечении продолжительного срока после того, как должнику впервые станет очевидна неизбежность такого результата. В течение такого промежуточного срока должник может обладать значительными возможностями для того, чтобы попытаться скрыть свои активы от кредиторов, взять на себя искусственные обязательства, пожертвовать средства родственникам и друзьям или произвести платежи одним кредиторам в ущерб другим. В результате таких действий с точки зрения последующего производства по делу о несостоятельности в невыгодном положении окажется общая группа необеспеченных кредиторов, которые не выступали сторонами таких сделок и не пользуются защитой в виде обеспечения, а также будет нанесен ущерб ключевой цели обеспечения равного режима для всех кредиторов.

125. Во многих законах о несостоятельности содержатся положения, применяющиеся ретроспективно и направленные на то, чтобы расторгнуть эти ранее совершенные сделки, стороной которых являлся неплатежеспособный должник и в результате которых либо сокращается общая стоимость активов должника (например, если активы отдаются в дар или передаются или продаются за сумму, меньшую их справедливой коммерческой стоимости) или нарушается принцип равных долей кредиторов одной и той же очереди (например, в результате уплаты долга необеспеченному кредитору или предоставления обеспечения кредитору, который в ином случае оставался бы необеспеченным, при том что другим необеспеченным кредиторам выплат не производится), а также восстановить положение, существовавшее до завершения таких сделок. Основная цель полномочий на расторжение сделок состоит в том, чтобы обеспечить получение кредиторами справедливой доли активов несостоятельного должника, распределяемых в соответствии с установленной

очередностью платежей. Независимо от этой цели важно сохранять в виду тот факт, что полномочия на расторжение сделок могут распространяться на многие сделки, которые являлись бы вполне нормальными и приемлемыми, если бы они совершались вне контекста несостоятельности, но которые становятся подозрительными только лишь в силу того, что они были заключены в непосредственной близости от момента открытия производства по делу о несостоятельности.

126. Вопрос о положениях, разрешающих расторгать сделки, обсуждается весьма активно, особенно с точки зрения их эффективности на практике и необходимости в определенном смысле произвольных правил для определения, например, соответствующих сроков, а также природы круга охватываемых сделок. Тем не менее полномочия на расторжение могут играть важную роль в законодательстве о несостоятельности, причем не только в силу той причины, что принципиальные соображения, которые обуславливают их введение, являясь обоснованными, но также и потому, что такие полномочия могут привести к возврату имущества в интересах кредиторов в целом и что положения такого характера способствуют установлению кодекса справедливой коммерческой деятельности и являются уместной частью стандартов концепции надлежащего управления коммерческими предприятиями.

127. Как и в случае ряда других ключевых положений законодательства о несостоятельности при разработке положений о полномочиях на расторжение сделок желательно установить сбалансированность между различными, порой исключаящими друг друга социальными выгодами. К числу подобных соображений могут относиться значение широких полномочий для максимизации стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов и возможность нанесения ущерба договорной предсказуемости и определенности. Когда сбалансированный учет всех факторов позволяет предположить, что та или иная сделка вызывает неблагоприятные последствия, она может быть юридически признана "расторжимой", т.е. она может рассматриваться как не имеющая юридической силы и, таким образом, активы, которыми распорядился должник, или их стоимость могут быть возвращены управляющим в деле о несостоятельности в интересах всех кредиторов.

128. Для решения вопроса о том, на какие сделки распространяются полномочия по расторжению, используются различные подходы. Согласно одному из них подчеркивается необходимость использования обобщенных, объективных критериев для определения того, какие сделки могут быть расторгнуты. Здесь вопрос будет, например, состоять в том, совершена ли сделка в течение оговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности (который часто называется "подозрительным периодом") или содержит ли сделка какие-либо общие характеристики, установленные законодательством (например, требования в отношении совершения за надлежащую стоимость). Хотя общие критерии, возможно, легче применять, использование исключительно таких критериев может привести к получению произвольных результатов. Так, например, законные и полезные сделки, совершенные в течение оговоренного периода, будут подлежать расторжению, в то время как мошеннические или преференциальные сделки, заключенные за пределами этого срока, окажутся защищенными.

129. В соответствии с другим подходом основное внимание уделяется таким индивидуальным, субъективным критериям, как наличие доказательств намерения скрыть активы от кредиторов, факт действительного наступления несостоятельности должника в момент совершения сделки и осведомленность контрагента о несостоятельности. Такой индивидуализированный подход может потребовать в определенной степени тщательного рассмотрения вопроса о намерениях сторон сделки и о том, что представляет собой обычная практика ведения коммерческих операций в отношениях между ними. В некоторых странах применение подобного подхода вызвало многочисленные судебные тяжбы и повлекло значительные расходы для имущественной массы. С тем чтобы избежать таких расходов (см. ... ниже), в некоторых законах использован подход, предусматривающий установление продолжительного "подозрительного" периода, например в три-четыре месяца, в сочетании с обязательным правилом, состоящим в том, что все сделки, совершенные в течение этого срока, будут считаться подозрительными, если только не имел место практически одновременный обмен стоимостью между сторонами сделки.

130. Независимо от того, используется ли в законодательстве о несостоятельности один из этих подходов или применяется какое-либо промежуточное решение, направленное на достижение сбалансированности между ними, принцип, состоящий в том, что к сделкам, заключенным связанными между собой сторонами (например, лицами, состоящими в близких деловых или семейных отношениях с должником или его кредиторами, которые иногда называются лицами, входящими во "внутренний круг") следует применять более жесткие правила, является общепризнанным. Установление более жесткого режима может быть оправданным на том основании, что вероятность предпочтительного отношения к этим лицам является более высокой и они имеют более широкие возможности первыми узнать о наступлении несостоятельности должника.

а) Виды сделок, подлежащих расторжению

131. Цель использования слова "сделка" состоит в том, чтобы в целом охватить широкий диапазон средств, с помощью которых может осуществляться распоряжение активами, в том числе путем передачи, платежа, создания обеспечения, гарантии, обязательства, ссуды, высвобождения или выполнения обязательства.

132. Для большинства правовых систем характерны три общие категории сделок, подлежащих расторжению. К их числу относятся следующие: сделки, совершенные с намерением обмануть кредиторов; сделки, совершенные по заниженной стоимости; и сделки с некоторыми кредиторами, которые могут рассматриваться в качестве преференциальных. Некоторые сделки могут обладать характеристиками нескольких из этих различных категорий, что зависит от индивидуальных черт каждого контракта. Например, сделки, представляющиеся на первый взгляд преференциальными, могут в большей степени носить мошеннический характер, если они заключаются в момент, когда должник является практически несостоятельным, или если в их результате у должника не остается достаточных активов для продолжения коммерческой деятельности. Аналогично сделки, совершенные по заниженной стоимости, могут быть преференциальными, когда они заключены с кредиторами, но не

когда они заключены с третьими сторонами. При рассмотрении вопроса о тех категориях сделок, которые подлежат расторжению, в законодательстве о несостоятельности первоочередное внимание может быть уделено последствиям сделок и взаимоотношениям между участвующими сторонами. Целесообразность такого подхода может оказаться очевидной, например, в такой ситуации, когда директора предприятия–должника пытаются оплатить в период до открытия производства все обязательства, гарантированные ими лично. Хотя такие платежи сами по себе могут представляться приемлемыми, будет, возможно, необходимо обратить внимание на последствия их совершения.

133. Возможность расторжения этих трех видов сделок предусматривается по ряду причин, включая следующие: для предупреждения мошенничества (например, сделки, направленные на сокрытие активов в целях последующего использования в интересах должника или должностных лиц, владельцев или директоров предприятия–должника); для предупреждения фаворитизма, когда должник стремится обеспечить 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 для создания рамок для внесудебного урегулирования: кредиторам будет известно, что совершенные в последний момент сделки или изъятия активов могут быть аннулированы и в силу этого будут проявлять большую готовность работать совместно с должниками в целях достижения приемлемого урегулирования без вмешательства суда.

i) Мошеннические сделки

134. Мошенническими являются сделки, совершенные администрацией предприятия–должника с намерением затруднить или задержать усилия кредиторов по взысканию их требований или воспрепятствовать таким усилиям путем перевода активов за пределы досягаемости кредиторов какой-либо третьей стороне, когда этой стороне известно о таких намерениях. В отличие от других сделок, рассматриваемых в настоящем разделе, мошеннические сделки не могут автоматически расторгаться путем использования объективного критерия "подозрительного" периода установленной продолжительности, что объясняется необходимостью в доказывании намерения должника. Что касается доказывания наличия такого намерения, то на практике, если должник не способен объяснить коммерческую цель той или иной конкретной сделки, в результате которой из имущественной массы выводится стоимость, может быть достаточно легко продемонстрировано, что эта сделка является мошеннической. Как уже отмечалось выше, при разработке законодательства о несостоятельности желательно учитывать тот факт, что сделки, которые потенциально являются мошенническими согласно законодательству о несостоятельности, часто являются вполне действительными согласно иным нормам права.

ii) Сделки по заниженной стоимости

135. Сделки могут быть расторгнуты в тех случаях, когда стоимость, полученная должником в результате передачи каких-либо активов третьей стороне, является либо номинальной, либо намного более низкой, чем истинная стоимость переданных активов, и когда сделка совершена в течение

оговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности. Законодательство некоторых стран также содержит требование о необходимости установления факта несостоятельности должника в момент совершения сделки или того факта, что несостоятельность наступила в результате этой сделки. В эту категорию входят сделки как с кредиторами, так и с третьими сторонами.

iii) Преференциальные сделки

136. Преференциальные сделки могут подлежать расторжению в тех случаях, когда сделка совершена в течение ограниченного, как правило, относительно короткого срока до открытия производства по делу о несостоятельности с каким-либо кредитором за счет имеющейся задолженности и когда в результате этой сделки кредитор получает более значительную долю в активах должника, чем его законная пропорциональная доля. Во многих странах действует также требование о доказывании факта несостоятельности или наступающей несостоятельности в момент совершения сделки. Основание для включения таких видов сделок в сферу действия положений о расторжении состоит в том, что они совершаются в момент, весьма близкий к открытию производства, что в этот момент факт наступления несостоятельности уже является весьма вероятным и что они идут вразрез с ключевой целью равного режима для кредиторов.

137. В число примеров преференциальных сделок могут входить сделки, совершенные после подачи заявления о возбуждении процедур несостоятельности, но до открытия производства по делу, если только совершение сделки не разрешено положениями законодательства о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности было бы, возможно, желательно предусмотреть, что в тех случаях, когда подобные сделки не разрешены, то, с тем чтобы избежать споров, они должны расторгаться, а не просто подлежать расторжению. Хотя в некоторых случаях дары могут носить самый обыкновенный характер и допускаться законом, они могут также оказаться несправедливыми по отношению к кредиторам и соответствующие сделки могут подлежать расторжению в качестве мошеннических, совершенных по заниженной стоимости или преференциальных. Зачет, который сам по себе не может подлежать расторжению, может рассматриваться в качестве сделки, наносящей ущерб, когда он происходит в течение короткого срока до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и в результате его изменяется соотношение задолженности различных сторон таким образом, что создаются определенные предпочтения, или когда он связан с передачей или уступкой требований в отношениях между кредиторами с тем, чтобы увеличить возможности для осуществления зачета. Когда зачет происходит в необычных обстоятельствах, например, когда стороны зачета не связаны между собой договорными отношениями, он также может быть аннулирован.

138. Возражение против утверждения о преференциальном характере сделки может предполагать доказывание того, что сделка, являющаяся на первый взгляд необычной, на самом деле соответствует обычной коммерческой практике и, в частности, обычной практике деловых операций в отношениях между сторонами сделки. Например, платеж, осуществленный по получении товаров, которые поставляются и оплачиваются регулярно, не может быть расторгнут, даже если он совершен незадолго до открытия производства по делу о несостоятельности,

в то время как платеж по уже давно простроченному долгу может быть аннулирован. Такой подход поощряет поставщиков товаров и услуг к сохранению коммерческих отношений с должником, который может испытывать временные финансовые трудности, но по-прежнему является жизнеспособным.

139. Обеспечительные интересы, являющиеся действительными согласно законам, допускающим предоставление обеспечения кредиторам, могут быть аннулированы в рамках производства по делу о несостоятельности как подпадающие под категорию мошеннических, преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделок. Например, предоставление обеспечительного интереса незадолго до наступления несостоятельности, которое в иных отношениях является действительным, может быть сочтено предоставляющим несправедливые выгоды определенному кредитору за счет остальных. В тех случаях, когда обеспечительный интерес может быть предоставлен на основе уже причитающегося вознаграждения или уже существующего долга (что допускается в некоторых, однако не во всех правовых системах), он может быть также признан недействительным в качестве создающего несправедливые преимущества для конкретного кредитора.

d) Установление "подозрительного" периода

140. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран конкретно оговаривается "подозрительный" период (например, определенное количество дней или месяцев до открытия производства по делу о несостоятельности), и все сделки упомянутых категорий, заключенные в течение такого периода, будут подлежать расторжению. В других законах "подозрительный" период определяется ретроактивно судом после открытия производства. Согласно таким законам решение суда часто основывается на определении того, когда должник прекратил оплачивать свои долги в обычном порядке ("прекращение платежей"). С этим связан вопрос о возможности продления оговоренного в законодательстве о несостоятельности "подозрительного" периода судом в надлежащих ситуациях, например, когда в результате сделок, заключенных вне "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 позволяет дать кредиторам определенные или прозрачные указания по вопросу о том, какие категории сделок могут быть, по всей вероятности, расторгнуты. Порядок, при котором могут быть расторгнуты сделки, совершенные в течение неоговоренного срока до открытия производства по делу о несостоятельности и при котором это может произойти по усмотрению суда, может, по всей вероятности, уменьшить надежность коммерческих и финансовых операций.

141. В некоторых системах может предусматриваться один "подозрительный" период для всех сделок, подлежащих расторжению, в то время как в других системах устанавливаются периоды различной продолжительности в зависимости от таких факторов, как был ли ущерб причинен кредитором умышленно (т.е. мошенническим образом) и относился ли получатель к "внутреннему кругу" (т.е. находилось ли это лицо в тесных деловых или семейных связях с должником или его кредиторами). Поскольку мошеннические

сделки связаны с совершением умышленного противоправного деяния, во многих законах о несостоятельности срок, в течение которого такие сделки должны быть совершены для того, чтобы существовала возможность их расторжения, не ограничивается. Согласно другим законам о несостоятельности устанавливается весьма длительный срок (могут быть приведены примеры продолжительности от одного года до шести лет), причем "подозрительный" период отсчитывается от даты открытия производства.

142. Если в преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделках участвуют кредиторы, не относящиеся к "внутреннему кругу", то "подозрительный" период может быть относительно коротким, возможно, не более нескольких месяцев. Однако, когда в сделках участвуют лица, относящиеся к "внутреннему кругу" должника, во многих странах применяются более жесткие правила. Это может включать установление более длительных "подозрительных" периодов, перенос бремени доказывания и снятие требований о том, что должник в момент совершения сделки либо уже должен быть несостоятельным, либо стать несостоятельным в результате ее совершения.

е) Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам

143. В связи с каждой из вышеупомянутых категорий сделок возникают вопросы о том, возможно ли освобождение контрагентов от ответственности и является ли желательным аннулирование сделок. Применительно к каждой категории сделок такое решение может приниматься с учетом различных соображений и может предполагать установление баланса между требованиями обеспечения справедливости в отношении добросовестных сторон и трудностями доказывания мотивов и осведомленности, а также ущерба, причиненного кредиторам, независимо от намерений контрагента.

144. В случае мошеннических сделок, например, будет приниматься во внимание то, в какой степени сумма, уплаченная контрагентом, является надлежащей и в какой степени он был осведомлен о фактическом намерении должника обмануть кредиторов. В случае сделки по заниженной стоимости необходимо будет ответить на вопрос о том, принадлежит ли контрагент к "внутреннему кругу" и был ли он осведомлен о фактической или неизбежной несостоятельности должника или о том, что в результате сделки должник, по всей вероятности, станет несостоятельным. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран допускаются, например, такие возражения, что контрагент сделки предоставил надлежащую стоимость и не был осведомлен о важнейших фактах, в то время как согласно другим законам требуется возвращение активов при любых обстоятельствах, хотя любой стоимости, фактически предоставленной контрагентом, обеспечивается определенная защита.

145. В случае преференциальных сделок также могут применяться различные подходы. Согласно одному из них, если кредитор действовал добросовестно и не был осведомлен о том, что должник являлся несостоятельным в момент совершения сделки или станет несостоятельным в результате ее совершения, он не несет ответственности и сделка не аннулируется. В соответствии с другим подходом достигается аналогичный результат, если сделка была совершена практически одновременно с возникновением требования кредитора,

сопровождалась впоследствии передачей стоимости или была осуществлена в рамках обычных коммерческих операций.

146. Если в сделке участвуют лица, входящие во "внутренний круг", могут применяться более жесткие правила и их способность заявлять требования в рамках производства может ограничиваться или их требованиям может быть предоставлена более низкая очередь, чем требованиям других кредиторов.

f) Расторгаемые сделки и сделки, подлежащие расторжению

147. Если сделка относится к одной из вышеупомянутых категорий, то в соответствии с законами о несостоятельности она либо расторгается автоматически или может быть расторгнута, в зависимости от критерия, принятого в отношении каждой категории сделок. Например, если в законодательстве говорится только о сделках, совершенных в течение определенного срока, и не вводится никакого субъективного критерия, может быть прямо установлено, что подобные сделки будут расторгаться. В то же время даже в том случае, если сделка расторгнута, управляющему в деле о несостоятельности может потребоваться принятие определенных мер для возвращения контрагентом полученного.

148. Согласно тем законам, в силу которых сделка может быть расторгнута, управляющий в деле о несостоятельности должен принять решение о том, будет ли расторжение сделки выгодным для имущественной массы с учетом элементов каждой категории сделок, подлежащих расторжению, а также задержек в возвращении соответствующих активов или стоимости активов и возможных затрат на судебные тяжбы. 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.

149. Для случаев, когда управляющий в деле о несостоятельности не принимает мер по расторжению определенных сделок, в законах о несостоятельности предусматриваются различные подходы к вопросам о порядке осуществления действий по расторжению и о том, каким образом они могут финансироваться при отсутствии в имущественной массе достаточных активов для этих целей. Что касается порядка осуществления подобных действий, то согласно некоторым законам кредитору или комитету кредиторов разрешается принимать меры с тем, чтобы потребовать от управляющего в деле о несостоятельности возбудить действия по расторжению сделок, когда это представляется выгодным для имущественной массы, или же возбуждение действий, направленных на расторжение подобных сделок, разрешается также самому кредитору или комитету кредиторов при условии согласия других кредиторов. В тех случаях, когда подобный порядок разрешен, в некоторых законах предусматривается, что активы или стоимость, возвращенные кредитором, должны считаться частью имущественной массы; в других случаях все возвращенное таким образом может быть использовано в первую очередь для удовлетворения требования того кредитора, который предпринял соответствующие действия.

150. Что касается возможных способов финансирования таких действий, то в ряде стран управляющему в деле о несостоятельности для их возбуждения предоставляются публичные средства. В других странах подобные действия

должны финансироваться за счет имущественной массы. Подобный подход может способствовать предотвращению возвращения активов, которые были выведены из имущественной массы со специальным намерением сохранить в ней лишь немногочисленные активы, из которых может финансироваться их возвращение путем принятия мер по расторжению сделок. Согласно некоторым законам о несостоятельности управляющему в деле о несостоятельности разрешается уступать право на такие действия третьей стороне за определенную стоимость или обращаться к кредиторам за предоставлением в авансовом порядке средств, за счет которых могут возбуждаться действия по расторжению сделок. В поддержку использования последних механизмов можно привести довод о том, что, поскольку между различными странами существуют значительные различия в том, что касается доступности публичных средств для целей такого финансирования, и поскольку имеются случаи, когда отсутствует возможность финансировать действия по расторжению за счет имущественной массы, подобные альтернативные подходы могут предлагать, в соответствующих ситуациях, эффективные средства возвращения стоимости в имущественную массу.

г) Вопросы доказывания

151. Для установления элементов действий по расторжению сделок в законах о несостоятельности применяются различные подходы. В соответствии с законодательством некоторых стран от должника требуется доказать, что соответствующая сделка не подпадает под какую-либо из категорий сделок, подлежащих расторжению. Согласно другим законам управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, которому разрешается оспорить сделку, например кредитору, требуется доказать наличие каждого элемента действий по расторжению сделок. Согласно некоторым законам допускается перенос бремени доказывания, например, в случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности трудно установить фактическое намерение должника обмануть кредиторов, кроме как из внешних свидетельств, объективных проявлений или других косвенных доказательств существования такого намерения. Бремя доказывания добросовестности мотивов должника в соответствии с такими законами переносится на контрагента сделки.

2. Резюме и рекомендации – расторжение сделок

- 1) Цели положений о расторжении сделок заключаются в следующем:
 - а) указать обстоятельства, при которых некоторые сделки, совершенные при участии должника до открытия производства по делу о несостоятельности, могут считаться причиняющими ущерб кредиторам, поскольку они носят мошеннический характер или нарушают принцип равного режима для кредиторов;
 - б) предоставить управляющему в деле о несостоятельности право предпринимать процессуальные действия, направленные на расторжение этих сделок;
 - с) предоставить возможность возвращения денежных средств или активов от других лиц, участвующих в расторгнутых сделках; и

d) создать возможность объявления обязательств должника, вытекающих из расторгнутых сделок, не подлежащими принудительному исполнению.

Вариант 1

2) Управляющий в деле о несостоятельности может предпринять процессуальные действия в суде по аннулированию в качестве не имеющих силы следующих сделок:

a) сделки, направленные на задержку или воспрепятствование возможности кредиторов взыскать по своим требованиям или лишение их такой возможности, [независимо от момента совершения подобных сделок] [в случае, если сделка совершена в течение срока в [...] лет, непосредственно предшествующих открытию производства или после такого открытия];

b) сделки по заниженной стоимости, которые совершены в течение срока в [...] [месяцев] [лет], непосредственно предшествующих открытию производства [в момент, когда должник уже являлся несостоятельным, или если должник стал несостоятельным в результате сделки];

c) преференциальные сделки с участием кредиторов, которые совершены в течение срока в [...] месяцев, непосредственно предшествующих открытию производства [в момент, когда должник уже являлся несостоятельным, или если он стал несостоятельным в результате сделки];

d) сделки по заниженной стоимости с участием связанных с должником лиц или преференциальные сделки с участием кредиторов, относящихся к "внутреннему кругу", которые совершены в течение срока в [...] [месяцев] [лет], непосредственно предшествующих открытию производства [в момент, когда должник уже являлся несостоятельным, или если он стал несостоятельным в результате сделки].

Вариант 2

2) Альтернативный подход мог бы состоять в том, чтобы предусмотреть, что и сделки по заниженной стоимости, и преференциальные сделки могут автоматически расторгаться с учетом только установленного "подозрительного" периода.

3) Сроки, упомянутые в параграфе 2, могут быть продлены судом.

4) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить элементы, подлежащие доказыванию для обоснования расторжения, а также возможные возражения против этой меры.

5) В отношении мошеннических сделок могут быть использованы два подхода:

a) управляющий в деле о несостоятельности наделяется полномочиями устанавливать фактическое намерение должника из внешних

свидетельств, объективных проявлений или других косвенных доказательств; или

b) установление добросовестности мотивов должника требуется от контрагента.

6) В законодательстве о несостоятельности могут предусматриваться альтернативные подходы для учета ситуаций, когда управляющий в деле о несостоятельности не предпринимает действий по расторжению сделок. Такие подходы могут включать разрешение индивидуальным кредиторам или комитету кредиторов возбуждать надлежащие действия или *[будут включены другие меры]*.

7) Сделки, совершенные после открытия производства, должны расторгаться, если они не разрешены управляющим в деле о несостоятельности или судом, а переданные активы подлежат возвращению.

IV. Ведение производства

A. Права и обязательства должника

1. Общие замечания

a) Контроль за деятельностью администрации должника

i) Ликвидация

152. После открытия ликвидационного производства для сохранения конкурсной массы потребуются всесторонние меры по ее защите не только от действий кредиторов (см. ... выше), но и от действий должника или его управляющих или владельцев². По этой причине многие законы о несостоятельности лишают должника всех прав управления и ведения коммерческой деятельности, и назначается управляющий в деле о несостоятельности, который принимает на себя все эти обязанности. К числу обязанностей может относиться право возбуждать и вести юридические действия от имени конкурсной массы и право получать все платежи, осуществляемые должнику. После открытия ликвидационного производства любые действия должника, наносящие ущерб конкурсной массе, будут, как правило, считаться недействительными.

153. Для тех случаев, когда установлено, что наиболее эффективным средством ликвидации конкурсной массы является продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в некоторых законах предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности должен

² Поскольку законодательство о несостоятельности будет применяться к различным деловым операциям, осуществляемым различными видами предприятий, будь то физическими лицами, товариществами или компаниями в той или иной форме, вопрос о сохранении роли должника естественно связан с вопросами о роли администрации или владельцев предприятия–должника, в зависимости от обстоятельств. Для удобства прочтения в Руководстве говорится только о "должнике", однако предполагается, что использование этого термина, если это уместно, охватывает также администрацию и владельцев.

осуществлять надзор и обладать общим контролем за осуществлением коммерческих операций, а должнику разрешается продолжить выполнять свои обязанности и предоставлять консультативные услуги в целях повышения стоимости конкурсной массы и содействия продаже активов. В обоснование такого подхода могут быть приведены доводы о детальной осведомленности должника относительно функционирования своего предприятия и соответствующего сектора рынка или области деятельности, а также о его сохраняющихся отношениях с кредиторами. Согласно такому подходу, любая передача активов должника, которая происходит после открытия производства и на которую не дано разрешения управляющим в деле о несостоятельности или судом, будет считаться недействительной, а переданные активы будут подлежать возвращению (см. ...). На управляющего в деле о несостоятельности может быть возложена ответственность за неправомерные действия должника в период, когда контроль за конкурсной массой осуществляет управляющий.

ii) Реорганизация

154. Применительно к реорганизационному производству не существует единого подхода к вопросам о том, в какой степени отстранение должника является наиболее целесообразным методом, и о возможном сохранении функций должника. Во многих случаях должник будет обладать непосредственными и глубокими знаниями в том, что касается его коммерческих операций и сектора рынка, на котором он действует. Эти знания имеют особенно важное значение в случае индивидуальных предприятий и мелких товариществ, что может послужить основанием для возложения на администрацию функций по обеспечению преемственности в коммерческих операциях и по принятию краткосрочных управленческих решений. Это также может оказать помощь управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций с помощью использования более глубоких и полных знаний относительно функционирования коммерческого предприятия должника. По аналогичным причинам положение должника часто дает ему наилучшие возможности предложить реорганизационный план на утверждение кредиторов и суда. В подобных обстоятельствах, несмотря на роль должника в возникновении финансовых трудностей коммерческого предприятия, полное отстранение его от выполнения всех функций может не только ликвидировать стимулы для предпринимательской активности и готовности пойти на риск, а также стимулы для должников начать процедуры реорганизации на раннем этапе, но также и подорвать шансы на успешное проведение реорганизации.

155. Желательность сохранения определенных функций за должником потребует, вероятно, сбалансировать с учетом ряда возможных недостатков. Кредиторы могут испытывать недоверие к должнику в результате его финансовых трудностей (и той роли, которую администрация могла сыграть в создании такой ситуации), 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 углубить недоверие, но и явиться дополнительным раздражителем для кредиторов. Система, которая будет сочтена уделяющей излишне пристальное внимание вопросам защиты должника, может привести к незаинтересованности кредиторов в процедурах и участии в них, что в свою очередь может вызвать трудности в осуществлении

контроля за деятельностью должника, если согласно законодательству о несостоятельности кредиторам отводится определенная роль в этом процессе. Такой подход может также способствовать возникновению тяжб 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 несостоятельности и, в особенности, с задачей максимизации сумм, возвращаемых кредиторам. Успех реорганизации может зависеть от осуществления изменений, к которым действующая администрация может не проявить готовности, и от ее знаний и опыта в вопросах законодательства о несостоятельности с тем, чтобы использовать их для преодоления финансовых трудностей. Здесь также следует учитывать тот фактор, было ли производство по делу о несостоятельности открыто в добровольном или принудительном порядке (в последнем случае должник может испытывать враждебность по отношению к кредиторам).

156. В законах о несостоятельности используются различные подходы к установлению сбалансированности между этими иногда противоречащими друг другу соображениями. Один из вариантов действий заключается в использовании такого же подхода, что и в случае ликвидации, т.е. отстранение должника от всего контроля над коммерческими операциями и его замена управляющего в деле о несостоятельности. В то же время полное отстранение должника может нарушить нормальный ход коммерческих операций и вызвать пагубные для функционирования предприятия последствия в критический момент, когда речь идет о его выживании.

157. Еще один подход состоит в распределении функций между должником и управляющим в деле о несостоятельности, когда управляющий осуществляет надзор за деятельностью должника, утверждает важные сделки, а должник продолжает управлять коммерческими операциями на повседневной основе. Это решение, возможно, потребует подкрепить достаточно четкими правилами для обеспечения ясности в вопросе о распределении полномочий между управляющим в деле о несостоятельности и должником, а также определенности относительно порядка проведения реорганизации. Оно может быть также подкреплено с помощью положений, предусматривающих, что кредиторы могут предпринимать надлежащие действия для обеспечения эффективности и действенности договоренности о распределении функций. В тех случаях, когда кредиторам или комитету кредиторов предоставляются такие полномочия, может возникнуть необходимость в мерах, препятствующих возможному злоупотреблению со стороны кредиторов, пытающихся сорвать реорганизационное производство или получить с помощью ненадлежащих средств дополнительную прибыль. Необходимая степень защиты может быть обеспечена, например, с помощью требования о том, что для принятия кредиторами мер, направленных на отмену договоренности о распределении функций, требуется получение надлежащего большинства голосов кредиторов.

158. Если подобный подход будет принят, то для случаев, когда имеются свидетельства о серьезных нарушениях в области управления или распоряжения активами должником или когда задача реорганизации перестает быть реальной, будет, возможно, желательно предусмотреть отстранение должника судом по собственной инициативе суда или по инициативе управляющего в деле о несостоятельности или же, возможно, кредиторов или комитета кредиторов.

159. Третий подход заключается в предоставлении должнику возможности сохранения полного контроля за функционированием коммерческого предприятия, вследствие чего суд не будет назначать независимого управляющего после открытия производства (такой подход известен как "сохранение владения за должником"). Этот подход может быть связан с преимуществами увеличения шансов на успешную реорганизацию, если на должника можно положиться в плане честного ведения коммерческих операций и завоевания доверия и сотрудничества со стороны кредиторов. Могут, однако, существовать и недостатки, в том числе связанные с тем, что такая процедура может быть использована в ситуациях, когда, она, по всей вероятности, не приведет к успешным результатам, т.е. когда она будет представлять собой попытку отсрочить неизбежное, в результате чего продолжится распыление активов, причем сохраняется возможность того, что администрация будет действовать безответственно или даже мошенническим образом в течение периода, когда она сохраняет контроль, что нанесет ущерб реорганизации и подорвет доверие кредиторов. Подобные трудности можно уменьшить, если будут приняты некоторые защитные положения, например о назначении управляющего в деле о несостоятельности для надзора за деятельностью должника или о создании механизма, который позволит суду (будь то по его собственной инициативе, или по ходатайству кредиторов) заменить должника управляющим в деле о несостоятельности или преобразовать процедуры в ликвидационное производство, а также, если кредиторам будет предоставлена важная роль в вопросах осуществления надзора или контроля за деятельностью должника. В то же время такой подход является весьма сложным и требует тщательной проработки не только потому, что он зависит от наличия хорошо укоренившихся правил надлежащего управления и институционального потенциала, но также и поскольку он затрагивает ряд других аспектов структурной организации режима несостоятельности.

160. С тем чтобы помочь должнику в выполнении его обязанностей в рамках производства в целом, законодательство некоторых стран позволяет ему привлекать услуги таких специалистов, как бухгалтеры, юристы, оценщики и другие эксперты, которые могут быть необходимыми, при условии получения соответствующего разрешения. В некоторых законах такое разрешение дается управляющим в деле о несостоятельности, а в других странах эта функция возложена на суд или кредиторов.

161. Вопросы для рассмотрения:

[A/CN.9/504, пункт 94. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию в отношении того, что было бы целесообразно провести различие между периодом с момента возбуждения производства по делу о несостоятельности и утверждением плана реорганизации, с одной стороны, и периодом после утверждения этого плана, с другой стороны. Высказывалось мнение о том, что, в то время как в отношении первого периода в законодательстве целесообразно было бы установить конкретные нормы и предусмотреть возможность участия управляющего в деле о несостоятельности, для второго периода, после утверждения плана и на все время его реализации, возможно, целесообразно было бы установить более гибкий подход, предоставляющий сторонам более

широкую автономию, с тем чтобы повысить шансы на успешную реорганизацию.]

в) Предоставление информации

162. С тем чтобы содействовать 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, обладает ли администрация необходимой квалификацией для сохранения руководства предприятием, – будет, как правило, требоваться информация в отношении должника, его активов и обязательств, финансового положения и состояния дел. С тем чтобы создать возможность для проведения такой оценки в случае обоих видов процедур несостоятельности, но особенно при реорганизационном производстве, желательно, чтобы на должника было возложено постоянное обязательство раскрывать подробную информацию в отношении его коммерческого предприятия и финансовых дел за достаточно долгий срок, а не просто за период, непосредственно предшествующий открытию производства. Такая детальная информация может включать данные о прогнозируемых доходах и убытках, подробности о движении наличных средств, маркетинговую информацию, сведения о тенденциях, существующих в соответствующем секторе, а также информацию относительно факторов или причин, обусловивших финансовое положение должника, и раскрытие информации о ранее заключенных сделках, которые могут подлежать расторжению в силу положений о расторжении сделок, существующих в законодательстве о несостоятельности. Хотя, возможно, нет необходимости в том, чтобы в законодательстве о несостоятельности описывать со всеми подробностями ту информацию, которую надлежит представлять, подобный подход может сыграть полезную роль в качестве руководящих положений относительно тех категорий сведений, представление которых будет ожидаться. В этой связи в законодательстве некоторых стран разработаны стандартные информационные бланки, в которых указывается конкретная требуемая информация. Эти бланки заполняются должником (причем предусматриваются надлежащие санкции за представление ложной или вводящей в заблуждение информации) или каким-либо независимым лицом или администратором.

163. С тем чтобы представленная информация могла быть использована для этих целей, она должна быть актуальной, полной, точной и надежной, и желательно, чтобы установленное обязательство требовало представления информации в как можно более короткие сроки после открытия производства. Если должник исполняет такое обязательство, это может послужить укреплению доверия кредиторов к способности должника продолжать руководить коммерческим предприятием.

164. В тех случаях, когда должник не является физическим лицом, эта информация может быть представлена управляющему в деле о несостоятельности сотрудниками должника и другими связанными с ним третьими сторонами. Альтернативный подход заключался бы в том, чтобы обязать самого должника (если он является физическим лицом), или одного или нескольких директоров должника назначить своего представителя или присутствовать на главном совещании кредиторов и отвечать на заданные

вопросы, за исключением тех случаев, когда это физически невозможно, поскольку директора находятся в другом месте, чем то, в котором могут проводиться совещания кредиторов.

165. Часто соответствующая информация будет представлять собой конфиденциальные коммерческие сведения (например, торговую тайну), и поэтому желательно включить в законодательство о несостоятельности положения, направленные на защиту конфиденциальности информации в целях предупреждения злоупотреблений такими сведениями со стороны кредиторов и других лиц, которые способны воспользоваться ею.

166. В тех случаях, когда информация утаивается, может возникнуть необходимость в том или ином механизме, позволяющем в принудительном порядке получить соответствующую информацию, например, путем "публичного опроса" должника судом или управляющим в деле о несостоятельности. Для более серьезных случаев утаивания информации в ряде стран предусматриваются уголовные санкции.

167. В дополнение к специальному обязательству представлять информацию в законодательстве о несостоятельности может устанавливаться общее обязательство должника сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности в выполнении его функций и оказывать ему помощь.

с) Право на заслушивание

168. Для защиты прав должника, которые в некоторых странах рассматриваются в качестве основополагающих, и обеспечения справедливого и беспристрастного производства, а также поощрения должника к оказанию доверия процедурам несостоятельности, желательно, чтобы должник обладал правом быть заслушанным в ходе производства по делу о несостоятельности или принимать общее участие в принятии решений, являющихся необходимой составной частью производства. Такое право отвечает международным и региональным соглашениям, например статье 14 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966 год) и статье 6 Европейской конвенции о правах человека.

169. Для тех случаев, когда осуществление этого права может потребовать соблюдения формальностей и привести к затратам, которые могут воспрепятствовать ходу производства, не принося при этом каких-либо выгод должнику, было бы, возможно, желательно ограничить действие этого права теми ситуациями, когда должник является заинтересованным лицом как с точки зрения его финансового положения, так и личных прав. Например, в том возможном случае, когда должник покинул пределы правовой системы, в которой проводится производство, и отказывается или не может ответить на любые разумные попытки управляющего в деле о несостоятельности или суда установить контакт, абсолютное требование о заслушивании может серьезно затруднить ход производства, если не сделать его вообще невозможным. Хотя в законодательстве о несостоятельности, возможно, желательно предусмотреть положение о том, что должны предприниматься все разумные усилия с тем, чтобы позволить должнику быть заслушанным, возможно, потребуются предусмотреть нормы, позволяющие избежать злоупотреблений в использовании этого права, которые могут неблагоприятно повлиять на ход производства.

d) Ответственность должников

170. Если предприятие является платежеспособным, свои основные обязательства администрация, как правило, несет перед собственниками предприятия, а ее отношения с кредиторами регулируются договорными механизмами. В то же время в случае наступления неплатежеспособности коммерческого предприятия это соотношение меняется и кредиторы становятся лицами, обладающими реальными финансовыми интересами в предприятии и несущими риск любых убытков, которые могут быть понесены при продолжении должником его коммерческих операций. Действия и поведение владельцев и администрации коммерческого предприятия в первую очередь регулируются правом и принципиальными подходами за пределами режима несостоятельности. Нежелательной представляется такая ситуация, когда законодательство о несостоятельности используется для устранения недостатков в другой области правового регулирования или для контроля за соблюдением принципов надлежащего управления, хотя в некоторых законах о несостоятельности и может устанавливаться обязательство о возбуждении процедур несостоятельности на раннем этапе наступления финансовых трудностей (см. раздел "Подача заявлений и открытие производства"). Если вследствие предпринятых в прошлом действий или поведения лиц, связанных с несостоятельным коммерческим предприятием, кредиторам этого предприятия причиняются убытки или ущерб (например, в результате мошенничества или безответственного поведения), в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть возможность размещения ущерба или убытков. Соответствующие положения могут предусматривать полномочия на проведение расследования и изучение дел.

2. Резюме и рекомендации – права и обязательства должника

- 1) Цели настоящих положений заключаются в следующем: [...].
- 2) Как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве должник должен обладать правом [быть заслушанным по любому вопросу, касающемуся производства,] [участвовать в процессе принятия решений] при условии, что осуществление этого права не приводит к злоупотреблению процедурами, которое может неблагоприятно воздействовать на оперативное ведение производства.
- 3) Применительно к ликвидационному и реорганизационному производству обязательства должника должны быть четко прописаны в законе. К ним могут относиться следующие:
 - a) обязательство общего сотрудничества с управляющим в деле о несостоятельности в выполнении его функций и оказания ему помощи;
 - b) обязательство представить суду, управляющему в деле о несостоятельности и, если это уместно, комитету кредиторов актуальную, точную и надежную информацию о своем финансовом положении и состоянии дел в целом.
- 4) Информация, подлежащая представлению должником, будет включать следующее: *[баланс активов и обязательств; а также информация,*

касающаяся обстоятельств или причин, обусловивших финансовое положение должника, и раскрытие информации о ранее совершенных сделках, которые могут подлежать расторжению согласно содержащимся в законодательстве о несостоятельности положениям о расторжении сделок, и [...]]. Дополнительная информация, имеющая особое отношение к процедурам реорганизации, может включать следующее: [прогнозы доходов или убытков; подробные сведения о движении наличных средств; маркетинговая информация; тенденции в соответствующем секторе]. Информация должна представляться в возможно более короткие сроки после открытия производства.

5) Для тех случаев, когда должник не представляет надлежащую информацию, в законодательство о несостоятельности следует включить положения об альтернативных мерах для получения необходимых сведений. К их числу может относиться установление обязанности должника предстать перед управляющим в деле о несостоятельности или судом для изучения состояния его активов и дел.

6) Для случаев, когда информация, представляемая должником, представляет собой конфиденциальные коммерческие сведения, в законодательство о несостоятельности следует включить положения о защите конфиденциальности такой информации.

7) При ликвидационном производстве управление [конкурсной массой] [предприятием–должником] должно осуществляться управляющим в деле о несостоятельности. В тех случаях, когда принято решение о том, что наиболее эффективным средством ликвидации конкурсной массы является продажа коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, управляющий в деле о несостоятельности должен осуществлять надзор и обладать правом общего контроля за коммерческим предприятием и может привлечь администрацию должника к оказанию помощи в обеспечении функционирования предприятия, если такое привлечение будет являться выгодным для производства.

8) При реорганизационном производстве управление [имущественной массой] [коммерческим предприятием] может осуществляться по соглашению о распределении функций между должником и управляющим в деле о несостоятельности, при этом управляющий в деле о несостоятельности осуществляет надзор и обладает правом общего контроля за [имущественной массой] [предприятием] и утверждает важные сделки, в то время как должник продолжает обеспечивать функционирование предприятия на повседневной основе, но не может распоряжаться активами имущественной массы и не может принимать обязательства, обременяющие ее. В законодательство о несостоятельности следует включить четкие правила о порядке разделения обязанностей сторон согласно таким соглашениям о распределении функций.

9) В тех случаях, когда между управляющим в деле о несостоятельности и должником заключено соглашение о распределении функций и имеются свидетельства грубых нарушений в управлении активами или в распоряжении ими со стороны должника или когда достижение цели реорганизации более не является реальным, должник может быть

полностью отстранен судом по собственной инициативе суда, инициативе управляющего в деле о несостоятельности или инициативе кредиторов или комитета кредиторов или процедуры могут быть преобразованы в ликвидационное производство.

В. Права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности

1. Общие замечания

171. В законах 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, администраторы, кураторы, официальные или судебные управляющие или комиссары. В настоящем Руководстве термин "управляющий в деле о несостоятельности" используется для обозначения управляющего в самом широком смысле без проведения различий между теми функциями, которые он может выполнять. Управляющий в деле о несостоятельности может быть физическим лицом или, как это имеет место в некоторых правовых системах, корпорацией или другим самостоятельным юридическим лицом. Управляющий в деле о несостоятельности, независимо от того, назначается ли он кредиторами, судом, правительственным департаментом или ведомством, публичным или созданным в силу закона органом или же должником, играет центральную роль в обеспечении эффективного выполнения законодательства о несостоятельности, обладает определенными полномочиями в отношении должников и их активов и несет обязанность по защите активов и их стоимости, а также обеспечивает эффективное и беспристрастное применение закона.

172. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности будет, как правило, в наибольшей степени информирован о положении должника, его положение является наилучшим для принятия обоснованных решений относительно ведения производства по делу о несостоятельности. Это не означает, что управляющий в деле о несостоятельности заменяет собой суд, поскольку от суда, как правило, будет требоваться принятие решений по спорам, возникающим из ведения производства, и утверждение судом часто является необходимым на различных этапах производства. Даже в тех странах, где роль судов в делах о несостоятельности ограничена, на объем полномочий, обычно предоставляемых управляющему в деле о несостоятельности, также устанавливаются ограничения.

а) Функции управляющего в деле о несостоятельности

173. В законах о несостоятельности часто оговариваются полномочия и обязанности, которыми будет обладать управляющий в деле о несостоятельности в отношении должников и их активов. Хотя некоторые из этих обязанностей, возможно, имеют большее отношение к ликвидации, чем к реорганизации, они, как правило, могут включать следующее:

- i) выполнение функций представителя имущественной массы³;
- ii) обладание исключительными полномочиями предъявлять иски и отвечать по искам от имени имущественной массы;
- iii) принятие всех необходимых мер для сохранения и поддержания в разумном состоянии любых активов, входящих в имущественную массу;
- iv) регистрация прав имущественной массы (когда регистрация необходима для формализации прав имущественной массы в отношении добросовестных приобретателей);
- v) привлечение услуг бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, которые могут быть необходимы для оказания помощи управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его обязанностей;
- vi) опрос должника и любых лиц, поддерживавших деловые отношения с должником, с целью изучения финансовых дел должника и установления наличия, местонахождения, объема и состояния любых активов, которые, по мнению управляющего в деле о несостоятельности, должны быть включены в имущественную массу;
- vii) обращение в суд за вынесением постановлений, требующих от любого лица передать любые активы, включенные в имущественную массу, или ограничивающих права любого лица распоряжаться любыми активами, включенными в имущественную массу;
- viii) изучение и признание требований и подготовка списка признанных и оспариваемых требований;
- ix) удовлетворение разумных запросов на информацию, касающуюся имущественной массы и управления ею, за теми ограничениями, которые установлены судом;
- x) представление суду периодических докладов относительно хода производства. В эти доклады включается, например, подробная информация об активах, проданных за соответствующий период, полученных ценах, расходах на продажу и такие сведения, которые могут быть затребованы судом или разумно запрошены комитетом кредиторов, а также сведения о поступлениях и выплатах и активах, остающиеся в управлении;
- xi) участие в совещаниях кредиторов и комитета кредиторов и представление кредиторам информации относительно операций с имущественной массой. В законодательстве о несостоятельности может быть подробно оговорена информация для включения в такие сообщения;
- xii) продажа активов, входящих в имущественную массу, по наилучшей цене, которая может быть разумно получена на рынке;

³ Для разъяснения использования в настоящем Руководстве слов "имущественная масса", см. раздел "Имущественная масса в делах о несостоятельности" и глоссарий.

xiii) ликвидация конкурсной массы оперативным и эффективным образом и в соответствии с наилучшими интересами различных групп, заинтересованных в деле; и

xiv) представление суду окончательного доклада и отчета об управлении имущественной массой.

b) Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности

174. В некоторых правовых системах выбор, назначение и контроль за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности осуществляет суд. В других правовых системах выбор управляющего в деле о несостоятельности по поручению суда осуществляет независимый орган или учреждение, на которое также возложены функции общего руководства деятельностью всех управляющих в делах о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности различных стран все большее признание получает третий подход, согласно которому независимому органу, ведающему назначениями, поручается выбирать управляющего из списка лиц, которые обладают надлежащими опытом и знаниями, с учетом обстоятельств конкретных дел: будь то характера коммерческой или иной деятельности должника, вида активов, рынка, на котором действует или действовал должник, специальных знаний, необходимых для того, чтобы разобраться в делах должника, или каких-либо иных особых причин. Третий подход позволяет кредиторам играть определенную роль в представлении кандидатур и выборе управляющего в деле о несостоятельности при условии, что это лицо отвечает квалификационным требованиям для работы в этом качестве в соответствующем конкретном случае. Все подходы, которые предполагают наделение соответствующими функциями независимого органа по назначению и комитета кредиторов, могут оказать помощь в устранении подозрений в предвзятости и способствовать сокращению необходимости в надзоре со стороны судов. Решение, предполагающее наделение функциями по назначению независимого органа, будет зависеть от существования надлежащего органа, обладающего как ресурсами, так и инфраструктурой, необходимой для выполнения требуемых обязанностей.

i) Имущественная масса, не располагающая активами

175. Для случаев, когда в имущественной массе не имеется активов для финансирования управления процедурами несостоятельности, потребуется, возможно, предусмотреть определенный механизм для принятия решений о судьбе производства. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается немедленное прекращение процедур после того, как суд установит отсутствие активов, в других законах предусматривается, что никаких мер приниматься не будет, а в третьих странах устанавливается механизм для назначения управляющего в деле о несостоятельности.

176. В тех странах, в которых предусматривается механизм для назначения управляющего в деле о несостоятельности, таким управляющим может быть публичное должностное лицо или эксперт по вопросам несостоятельности, назначенный на основе списка; такой механизм предназначен для обеспечения справедливого и упорядоченного урегулирования всех дел о несостоятельности, будь то в отсутствие активов или при их наличии. В тех случаях, когда имущественная масса не содержит активов, управление процедурами

оплачивается государством. Один из возможных недостатков системы списков, по крайней мере в тех случаях, когда имущественная масса не содержит достаточных активов для оплаты управления ею, заключается в том, что такой порядок может не обеспечить назначения лица, обладающего наилучшей квалификацией для ведения соответствующего конкретного дела. Это, несомненно, будет зависеть от порядка составления списка и от квалификационных требований, предъявляемых к специалистам по делам о несостоятельности для включения в этот список. Этот недостаток может и не рассматриваться в качестве важного в тех случаях, когда имущественная масса не содержит никаких активов.

с) Квалификационные требования

177. 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. С этим связан вопрос о том, должен ли управляющий в деле о несостоятельности являться физическим лицом или же для этой цели может быть назначено также и юридическое лицо. Независимо от порядка назначения, с учетом сложности многих производств по делам о несостоятельности желательно, чтобы управляющий был знаком с юридическими вопросами, являлся беспристрастным и обладал надлежащим опытом в коммерческих и финансовых делах. Если требуются дополнительные или более специальные знания, то могут быть привлечены услуги экспертов на основе найма. Помимо обладания надлежащими знаниями, будет, возможно, желательно предусмотреть, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обладал некоторыми личными качествами, например, чтобы он являлся лицом, подходящим для выполнения различных требуемых доверительных обязанностей.

178. Для урегулирования вопросов о квалификационных требованиях к управляющему в деле о несостоятельности используются различные подходы. Соответствующие положения, принятые в различных странах, касаются таких аспектов, как профессиональная квалификация и сдача экзаменов, лицензирование в случаях, когда правительственное ведомство или профессио-нальный орган используют систему лицензирования; специализированные учебные курсы и сдача экзаменов на получение сертификата; определенные уровни опыта (как правило, с указанием того или иного числа лет) работы в соответствующих областях, например, в области финансов и торговли; [*прочее?*].

179. При разработке процедур и требований в связи с вопросами назначения желательно добиться сбалансированности между жесткими требованиями, которые ведут к назначению высококвалифицированного лица, но могут существенно ограничить группу специалистов, считающихся обладающими надлежащей квалификацией, и вызвать дополнительные затраты в связи с производством, и требованиями, которые являются слишком низкими для того, чтобы гарантировать качество необходимых услуг.

180. В некоторых странах достаточным основанием для того, чтобы воспрепятствовать назначению какого-либо лица в качестве управляющего в деле о несостоятельности, является коллизия интересов, возникающая в

результате его прежних связей с должником, кредитором, членом суда или даже конкурентом должника. С тем чтобы способствовать прозрачности, предсказуемости и добросовестности в системе несостоятельности, от кандидата в управляющие должно требоваться раскрытие обстоятельств, которые могут привести к такой коллизии интересов или утрате независимости.

d) Обязанность проявлять осмотрительность

181. Для ведения производства по делу о несостоятельности важную роль играют такие аспекты, как стандарты осмотрительности, которую должен проявлять управляющий в деле о несостоятельности, и его личная ответственность. При выполнении своих функций управляющий в деле о несостоятельности выступает как попечитель, будь то в качестве должностного лица суда, если назначение производится судом, или в ином качестве. Управляющий в деле о несостоятельности в качестве такового может нести ответственность за нарушение этих обязанностей. Установление критериев для оценки должных уровней осмотрительности, разумности и квалификации требует разработки стандарта, учитывающего сложные обстоятельства, в которых действует управляющий в деле о несостоятельности при выполнении своих функций.

182. Для установления таких оценочных критериев могут быть применены различные подходы, хотя принятый критерий будет зависеть от порядка назначения управляющего в деле о несостоятельности и от характера назначения (например, является ли он правительственным служащим – эти вопросы должны быть рассмотрены более подробно). Один из подходов может состоять в том, чтобы потребовать от управляющего в деле о несостоятельности соблюдения стандарта, который не был бы более жестким, чем тот, который применялся бы к должнику при ведении его обычной коммерческой деятельности в условиях платежеспособности, т.е. стандарт заботливого лица, занимающего соответствующее положение. В то же время в некоторых странах в подобных случаях может требоваться более высокий стандарт заботливости, поскольку управляющий в деле о несостоятельности имеет дело не с собственными активами, а с активами, принадлежащими другому лицу. Другой подход мог бы основываться на том ожидании, что управляющий в деле о несостоятельности будет действовать добросовестно в надлежащих целях. [*Примечание для Рабочей группы: Является ли в данном случае различие реальным или чисто семантическим?*] Еще один подход может основываться на стандарте осмотрительности, применяемом при установлении факта небрежности. При решении вопроса о применимом стандарте желательно обеспечить сбалансированность между таким стандартом, который позволит обеспечить компетентное выполнение функций 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.

183. Один из способов урегулирования вопроса о затратах может состоять в принятии требования о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен представить гарантию или страховое покрытие на случай нарушения своих обязанностей. Такое решение, однако, может быть использовано не во всех странах. При урегулировании этого вопроса желательно попытаться добиться

сбалансированности между мерами по сдерживанию стоимости соответствующих услуг и распределением рисков процедур несостоятельности среди участников, вместо того, чтобы полностью перекладывать такое бремя на управляющего в деле о несостоятельности на основе возможности страхования личной ответственности.

184. Для тех случаев, когда в результате действий агентов или служащих управляющего в деле о несостоятельности имущественной массе причинены убытки, в законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности за такие действия. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что управляющий не несет личной ответственности кроме как в случаях, когда он не осуществляет должного надзора в ходе выполнения своих обязанностей.

185. Согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран управляющему в деле о несостоятельности для привлечения услуг бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, которые могут быть необходимы для оказания ему помощи в осуществлении его обязанностей, требуется разрешение суда. Согласно другим законам разрешения суда не требуется. В законодательстве о несостоятельности желательно установить определенные критерии относительно найма таких специалистов с точки зрения их опыта, знаний и репутации, а также предусмотреть необходимость того, чтобы привлечение их услуг отвечало интересам имущественной массы. Что касается вознаграждения этих специалистов, то согласно ряду законов требуется, чтобы оно было утверждено судом по соответствующему ходатайству, в то время как согласно другому подходу может требоваться согласие органа кредиторов. Оплата услуг специалистов может проводиться на периодической основе в ходе производства, или же она может задерживаться до его завершения.

е) Замена или отстранение

186. В случае смерти, отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности нарушений и 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. Согласно некоторым законам о несостоятельности разрешается отстранять управляющего в деле о несостоятельности в ряде обстоятельств, к которым могут относиться случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности нарушил или не исполнил свои юридические обязанности согласно законодательству о несостоятельности или продемонстрировал явную некомпетентность или грубую небрежность. Согласно различным подходам предусматривается, что такое отстранение может быть осуществлено на основе решения суда, действующего по своей собственной инициативе или по ходатайству какой-либо заинтересованной страны, или же решения, принятого требуемым большинством голосов необеспеченных кредиторов. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает возможность отстранения управляющего в деле о несостоятельности, может также потребоваться урегулировать вопросы, связанные с его заменой и преемством в том, что касается правового титула или контроля (в зависимости от того, что уместно) в отношении активов

имущественной массы (см. раздел "Имущественная масса в деле о несостоятельности").

2. Резюме и рекомендации – права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности

- 1) Цели настоящих положений заключаются в следующем:
 - a) определить функции лица, которое будет играть центральную роль в применении положений законодательства о несостоятельности;
 - b) установить механизм для назначения управляющих в делах о несостоятельности, включая указание соответствующих квалификационных требований;
 - c) предусмотреть ответственность, отстранение и замену специалистов по делам о несостоятельности;
 - d) [...].
- 2) Управляющий в деле о несостоятельности может назначаться:
 - a) судом, в качестве предварительной меры, на срок между моментом подачи заявления и моментом открытия производства;
 - b) [судом] [независимым органом по назначению] [на основе рекомендаций комитета кредиторов] по открытии производства.
- 3) Управляющий в деле о несостоятельности должен отвечать определенным квалификационным требованиям и обладать определенными личными качествами. Здесь может учитываться, в частности, следующее: он должен быть подходящим лицом для выполнения доверительных обязательств, накладываемых на управляющего в деле о несостоятельности; он должен быть независимым и беспристрастным; он должен обладать требуемыми знаниями в соответствующей области коммерческого права и опытом в коммерческих и предпринимательских вопросах.
- 4) От кандидата в управляющие в деле о несостоятельности должно требоваться раскрытие обстоятельств, которые могут привести к коллизии интересов или утрате независимости.
- 5) Обязанности [функции] [права и обязательства] управляющего в деле о несостоятельности применительно к ликвидационным и реорганизационным процедурам должны быть четко прописаны в законе.
- 6) В законодательстве о несостоятельности следует урегулировать вопрос об ответственности управляющего в деле о несостоятельности за неисполнение его [обязанностей] [функций].
- 7) В законодательстве о несостоятельности следует урегулировать вопросы о замене и отстранении управляющего в деле о несостоятельности. Управляющий в деле о несостоятельности может быть отстранен судом по ходатайству кредиторов или комитетом кредиторов, или судом по его собственной инициативе по таким причинам, как некомпетентность, или небрежность, или не проявление должной степени осмотрительности при выполнении его функций.

8) Для случаев смерти, отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть назначение управляющего–преемника. Если управляющий в деле о несостоятельности наделяется правовым титулом в отношении имущественной массы, в законодательстве следует предусмотреть преемство [титула] [контроля] в отношении активов имущественной массы.

C. Финансирование после открытия производства

1. Общие замечания

187. Продолжение работы неплатежеспособного предприятия имеет важнейшее 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 наличным средствам, что позволит ему оплачивать важнейшие поставки товаров и услуг. Для случаев, когда у должника не имеется средств для удовлетворения его срочных потребностей в наличности, в законодательстве о несостоятельности может признаваться необходимость в финансировании после открытия производства, предусматриваться порядок выдачи разрешения на такое финансирование и устанавливаться первоочередность выплат кредитору в погашение ссуд. Центральным вопросом является вопрос о круге полномочий и, в частности, о том, какие стимулы может предложить управляющий в деле о несостоятельности потенциальному кредитору для получения ссуды. 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 в соблюдении коммерческих сделок, защите прав и очередности требований кредиторов и минимизации негативных последствий с точки зрения доступности кредита, в частности обеспеченного кредита.

188. По всей вероятности, кредитование после возбуждения производства может быть получено только из ограниченного числа источников. Это в первую очередь кредиторы, которые предоставляли ссуды должнику еще до наступления несостоятельности и которые поддерживали с должником и его предприятием постоянные отношения и, возможно, пожелают предоставить новые средства с тем, чтобы повысить вероятность получения выплат по уже существующим требованиям и даже, возможно, получить дополнительную прибыль в результате более высоких ставок по новым кредитам. Ко второй группе относятся кредиторы, которые не имели связей с предприятием должника до наступления несостоятельности и побудительной причиной для которых может быть лишь только перспектива получения высокой прибыли. Стимулом для обеих категорий кредиторов будет, несомненно, специальный режим в отношении кредитования после открытия производства. Для уже существующих кредиторов дополнительными стимулами будут также выступать их сохраняющиеся отношения с должником и его предприятием и гарантии того, что условия, на которых были предоставлены кредиты до открытия производства, не будут изменены.

189. С целью привлечения кредитов после открытия производства и обеспечения их выплаты могут быть использованы различные подходы. В качестве обеспечения может быть предоставлено необременное имущество или обеспечительный интерес второй очереди в уже обремененном имуществе. Для тех случаев, когда эти решения являются либо недостаточными, либо невозможными, в некоторых законах о несостоятельности предусматривается первоочередной порядок погашения ссуды по отношению к требованиям других кредиторов. Такой приоритет может предоставляться в форме административного приоритета (см. раздел "Порядок очередности при распределении"), который имеет более высокую очередь по отношению к требованиям обычных необеспеченных кредиторов, но не имеет приоритета по отношению к требованию обеспеченного кредитора в том, что касается его обеспечения, или административного "суперприоритета", который является первоочередным по отношению к требованиям административных кредиторов. Еще один подход может заключаться в признании за кредиторами, предоставившими ссуды после открытия производства, приоритета по отношению ко всем кредиторам, включая обеспеченных (который иногда называется "первоочередным привилегированным требованием"). В тех странах, в которых подобный приоритет признается, он редко предоставляется без согласия обеспеченных кредиторов, требования которых получают более низкую очередь. Поэтому решение о привлечении кредитования на этой основе не может быть принято только судом, управляющим в деле о несостоятельности или необеспеченными кредиторами. В некоторых правовых системах могут предусматриваться все такие варианты.

190. Возможность привлечения необеспеченных торговых кредитов имеет важнейшее значение в любом деле, предполагающем продолжение коммерческих операций. Во многих законах о несостоятельности предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может привлекать необеспеченные кредиты без согласия суда или кредиторов, в то время как согласно законодательству других стран в ряде обстоятельств требуется утверждение со стороны суда или кредиторов. Что касается предоставления различных видов приоритетов, например административного приоритета, то в некоторых законах предусматривается, что полномочиями на утверждение таких приоритетов наделяется управляющий в деле о несостоятельности, в то время как по законодательству других стран в отношении некоторых видов приоритетов может требоваться утверждение со стороны суда или кредиторов.

191. Вопросы для рассмотрения:

[A/CN.9/504, пункт 126: [...] Было отмечено, что в отношении предоставления финансовых средств необходимо проводить различие между различными этапами процесса реорганизации, такими, как период после подачи заявления, период до представления плана и период после представления плана, из которых в плане рассматривается лишь последний этап. Был задан вопрос о том, может ли вопрос о финансировании после открытия производства возникать и в случае продажи коммерческого предприятия при ликвидации.]

2. Резюме и рекомендации – финансирование после открытия производства

1) Цели настоящих положений заключаются в следующем: [...].

- 2) В законодательстве о несостоятельности следует признать необходимость в кредитовании после открытия производства и предусмотреть соответствующие полномочия для этого как при ликвидационном производстве, когда предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы, так и при реорганизационном производстве.
- 3) Если управляющий в деле о несостоятельности установит, что для продолжения операций должника или функционирования его предприятия необходимы новые кредиты, [он] [должник] может привлечь необходимые кредиты и создать обеспечение в имуществе должника.
- 4) Для содействия предоставлению кредита в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено разрешение управляющему в деле о несостоятельности отдавать кредитору, предоставившему средства после открытия производства, приоритет на платежи, который будет являться первоочередным по отношению либо к платежам необеспеченным кредиторам (административный приоритет), либо по отношению к оплате административных расходов (административный суперприоритет).
- 5) Обеспечение, созданное в активах должника для целей финансирования после открытия производства, не имеет приоритета по отношению к любому существующему обеспечению в тех же активах, если только управляющий в деле о несостоятельности не получит письменного согласия на это от держателя существующего обеспечительного права.

D. Комитеты кредиторов

1. Общие замечания

192. После открытия производства по делу о несостоятельности кредиторы приобретают значительный интерес в коммерческом предприятии. В целом можно говорить о том, что интересы кредиторов защищаются назначением управляющего в деле о несостоятельности; однако во многих законах о несостоятельности предусматривается прямое привлечение кредиторов к производству с помощью самых различных средств и по ряду самых различных причин. В качестве стороны, первоочередным образом экономически заинтересованной в результатах процедур, кредиторы могут утратить доверие к производству, в рамках которого ключевые решения принимаются без консультаций с ними лицами, которые могут быть сочтены обладающими ограниченным опытом, знаниями или независимостью. Кроме того, положение кредиторов часто дает им хорошие возможности для представления рекомендаций и помощи в том, что касается коммерческого предприятия должника, и для контроля за действиями управляющего в деле о несостоятельности, что является препятствием для мошенничества, злоупотреблений и чрезмерных административных расходов.

193. В тех случаях, когда кредиторы являются многочисленными, механизм, содействующий участию кредиторов в управлении производством по делу, будь то ликвидационным или реорганизационным, может быть создан с помощью образования комитета кредиторов.

а) Участие кредиторов в процессе принятия решений

194. Степень участия кредиторов в процессе принятия решений в рамках производства по делу о несостоятельности может быть различной. Согласно некоторым законам о несостоятельности все ключевые решения по неспорным общим вопросам управления предприятием и его ликвидации принимает управляющий в деле о несостоятельности, а кредиторы играют второстепенную роль и обладают незначительным влиянием. Такой подход может быть эффективным в том случае, когда его использует опытный управляющий в деле о несостоятельности, поскольку это позволяет избежать потенциальных задержек и затрат, связанных с обеспечением участия кредиторов. Подобный подход может применяться в рамках системы несостоятельности, которая предусматривает высокую степень регулирования как самого производства, так и деятельности его участников.

195. В соответствии с другими подходами кредиторам предоставляются более широкие возможности для участия в производстве. Согласно некоторым законам о несостоятельности кредиторы при ликвидационном производстве могут иметь право выбирать и заменять управляющего в деле о несостоятельности, утверждать решения о временном продолжении коммерческой деятельности управляющим в деле о несостоятельности, а также утверждать частную продажу активов и решения о преобразовании ликвидационного производства в реорганизацию. В рамках реорганизационного производства они могут выполнять такие функции, как контроль за деятельностью коммерческого предприятия (например, когда согласно действующей системе за должником сохраняется определенная степень контроля после открытия производства) и управляющим в деле о несостоятельности, а также внесение предложений относительно плана реорганизации и его утверждение. Они могут также играть определенную роль в том, что касается обращения к судам с ходатайствами или рекомендациями относительно принятия соответствующих мер, например, с рекомендацией о преобразовании реорганизации в ликвидацию и о возбуждении действий по расторжению сделок по инициативе кредиторов. С точки зрения затрат, кредиторы могут также наделяться определенными функциями по контролю за размером вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности.

196. Что касается ликвидации, то хотя в целом вмешательство в проводимые процедуры или участие в процессе принятия решений может и не иметь важного значения для кредиторов, желательно предусмотреть возможность для их участия, поскольку, в качестве специалистов, они могут стать ценным источником информации относительно коммерческого предприятия должника, особенно в случае, когда его предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Было бы также желательно предусмотреть направление кредиторам сообщений о ходе ликвидации с тем, чтобы обеспечить их доверие к производству, а также прозрачность процедур. При реорганизации вклад кредиторов является как полезным, так и необходимым, поскольку, как правило, решение вопроса о шансах на успех реорганизации будут принимать именно они.

197. Для учета характера и масштабов каждого конкретного дела в законодательстве о несостоятельности было бы целесообразно предусмотреть гибкий подход к функциям, которые должен выполнять комитет, вместо того,

чтобы оговаривать выполнение конкретных функций в каждом случае. В качестве общей предпосылки комитет мог бы выполнять консультативные функции в рамках процедур несостоятельности. Кроме того, на него могут быть возложены четко определенные функции относительно подготовки плана реорганизации и, что касается ликвидации, продажи важных активов, а также участия в соответствующих процедурах, если об этом просит управляющий в деле о несостоятельности или суд.

198. Важный вопрос, который, возможно, потребуется рассмотреть в случае, если законодательство о несостоятельности будет разрешать кредиторам принимать активное участие в производстве, заключается в том, как преодолеть апатичное отношение кредиторов к процедурам и стимулировать их участие в них. Эта обеспокоенность может быть устранена, если в законодательстве о несостоятельности удастся обеспечить общую сбалансированность между различными интересами сторон, участвующих в производстве (см., например, соображения, изложенные в разделе "Права и обязанности должника: контроль за деятельностью администрации должника"), а также если будут предусмотрены конкретные меры, связанные, например, с избранием комитета кредиторов (см. ниже).

в) Состав комитетов кредиторов

199. В вопросе о составе комитетов кредиторов могут быть использованы различные подходы. Хотя комитеты кредиторов обычно представляют только необеспеченных кредиторов, в законодательстве некоторых стран признается, что могут существовать 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.

200. Согласно другим законам о несостоятельности предусматривается представительство обеих категорий кредиторов в одном и том же комитете. Этот подход исходит из того, 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, поскольку в противном случае они будут исключены из принятия важных решений, которые могут повлиять на их интересы. Еще один подход может состоять в том, чтобы не оговаривать в законодательстве о несостоятельности, какие кредиторы должны быть представлены в том или ином конкретном случае, а разрешить кредиторам выбирать своих собственных представителей на основе готовности выполнять соответствующие функции (что позволит решить проблему незаинтересованности кредиторов, которая возникает весьма часто) и предусмотреть расширение или сокращение состава комитета в случае необходимости. Для тех случаев, когда требуется участие слишком многочисленных категорий кредиторов, что не позволяет учесть все их интересы в одном комитете – как это может существовать, например, в случае таких групп, обладающих специальными интересами, как лица, заявляющие требования из деликта, и акционеры, – в законодательстве о несостоятельности может

предусматриваться создание различных комитетов с целью представления различных интересов. В то же время желательно, чтобы такой механизм использовался только в особых случаях, с тем чтобы избежать расходов и опасности создания излишне громоздкого механизма представительства кредиторов.

201. Вопрос об участии акционеров или владельцев предприятия–должника и кредиторов, связанных с должником, вызывает споры, особенно в тех случаях, когда комитет кредиторов полномочен принимать решение, затрагивающее права обеспеченных кредиторов, или когда акционеры или владельцы принимают участие в управлении предприятием–должником. В то же время могут существовать случаи, когда акционеры не являются непосредственно осведомленными лицами в вопросах об управлении предприятием–должником и не принимают в нем участия, например в случае, когда акционеры являются инвесторами без какой-либо прямой связи с администрацией или доступа к ней. В подобных случаях могут существовать веские причины в пользу разрешения акционерам принимать участие в процедурах посредством создания своего собственного комитета.

202. Аналогичный связанный с участием вопрос может возникнуть в отношении сторон, которые приобретают требования кредиторов. Такие приобретатели могут быть связаны с должником или могут являться третьими сторонами, не имеющими особого интереса в коммерческом предприятии должника. Приобретение требований третьими сторонами может вызвать обеспокоенность в вопросе о доступе к защищенной конфиденциальной информации, которая может иметь стоимость на вторичном рынке долгов, а приобретение требований лицами, входящими во "внутренний круг", ставит вопрос о том, имеет ли приобретатель право потребовать уплаты номинальной стоимости требования или же лишь суммы, фактически уплаченной за него.

203. 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 плана по утверждению реорганизации.

с) Образование комитета кредиторов

204. В тех случаях, когда законодательство предусматривает образование комитетов кредиторов, часто также регулируются и такие подробности, как способ формирования комитета, объем и круг его обязанностей, принципы 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 представляется желательным не только в целях избежания споров и обеспечения конфиденциальности, но также и для создания прозрачных и предсказуемых процедур.

205. В целях облегчения управления работой комитета и контроля за ней в некоторых законах о несостоятельности оговаривается численный состав комитета: как правило, нечетное число, с тем чтобы обеспечить возможность принятия решений большинством голосов. В тех случаях, когда в комитете представлены только необеспеченные кредиторы, его членский состав иногда

ограничивается только крупными необеспеченными кредиторами. Подобные кредиторы могут быть определены с помощью целого ряда средств, включая поручение администрации должника подготовить перечень его крупнейших кредиторов. Для обеспечения равенства режима кредиторов было бы, возможно, целесообразно предусмотреть возможность назначения в комитет кредиторов, требования которых еще не признаны, и иностранных кредиторов.

206. Члены комитета могут назначаться различными способами. Один из подходов состоит в том, чтобы назначения осуществлялись управляющим в деле о несостоятельности, или судом, или каким-либо иным уполномоченным органом. Против такого подхода могут высказываться доводы о предвзятости, отсутствии объективности и прозрачности. Кредиторы могут не испытывать доверия к системе, которая не поощряет их к выполнению определенных функций в выборе своих собственных представителей или не предоставляет им такой возможности, и такая система может не способствовать преодолению широко распространенных проблем, связанных с нежеланием кредиторов принимать участие в процедурах. Другой подход, который может способствовать укреплению доверия кредиторов и поощрению их участия в производстве по делу о несостоятельности, связан с предоставлением им возможности выбирать членов комитета.

207. Для обеспечения того, чтобы комитет выполнял свои обязанности по справедливому представлению кредиторов, было бы, возможно, желательно предусмотреть контроль за работой комитета, который может осуществляться управляющим в деле о несостоятельности.

d) Обязанности комитета кредиторов

208. Комитет кредиторов может назначаться для выполнения целого ряда функций, включая контроль за ходом производства по делу, консультации с другими сторонами, участвующими в производстве, особенно с управляющим в деле о несостоятельности и действующей администрацией должника, и представление управляющему в деле о несостоятельности отвечающих пожеланиям сообщества кредиторов рекомендаций по таким вопросам, как продажа важных активов и разработка плана реорганизации. Для выполнения его функций комитету может потребоваться административная и экспертная помощь. Эти вопросы могут быть урегулированы с помощью положений о том, что комитет может обращаться к управляющим в деле о несостоятельности за разрешением нанять секретаря и, если того требуют обстоятельства, консультантов и специалистов за счет имущественной массы.

209. Комитет несет свои обязательства перед сообществом кредиторов в целом, но не несет никакой ответственности или доверительных обязательств по отношению к владельцам неплатежеспособного предприятия. Будет, возможно, желательно предусмотреть требование о том, чтобы комитет действовал добросовестно, а также предусмотреть, что члены комитета не будут нести ответственности за действия и решения, принятые ими в качестве членов комитета, если только не будет доказано, что они действовали ненадлежащим образом или нарушили доверительные обязательства перед кредиторами, которых они представляют. При рассмотрении вопроса об ответственности комитета необходимо обеспечить сбалансированность между установлением слишком высокого уровня ответственности, что будет способствовать

нежеланию кредиторов принимать участие в процедурах и будет на практике препятствовать их участию, и слишком низким уровнем, что может привести к злоупотреблениям и воспрепятствовать эффективному функционированию комитета в качестве представительного органа.

е) Голосование кредиторов

210. Для тех случаев, когда решения, которые предполагается принять в ходе производства, будут создавать важные последствия для всего сообщества кредиторов, желательно предоставить всем кредиторам (а не только комитету кредиторов) право на уведомление о таких решениях и голосование по ним. К числу таких решений можно отнести голосование по выбору управляющего в деле о несостоятельности, если подобные функции кредиторов предусматриваются законодательством о несостоятельности, по утверждению плана реорганизации и по другим важным действиям, таким как продажа значимых активов. В зависимости от вопроса, являющегося предметом голосования, для обеспечения процесса голосования могут быть использованы различные подходы. Согласно некоторым законам предусматривается, что голосование осуществляется лично на собрании кредиторов, в то время как в соответствии с законодательством других стран устанавливается, что в случаях, когда затронуты многочисленные кредиторы или когда кредиторы не являются местными резидентами, голосование может быть осуществлено по почте или по доверенности. Было бы, возможно, желательно признать, что голосование может также проводиться с помощью электронных средств.

211. В вопросе о том, какое голосование должно проводиться для того, чтобы принятые в его результате различные решения были обязательными для кредиторов, также используются различные подходы. Что касается различных систем голосования, то согласно некоторым законам о несостоятельности для обязательной силы решений [*каких видов решений?*] для всех кредиторов требуется квалифицированное большинство в расчете по сумме требований, фактически представленных в голосовании, причем требуемый показатель квалифицированного большинства может составлять три четверти или две трети. Согласно другому подходу требуется наличие большинства голосов кредиторов, принимающих участие в голосовании, и одновременно квалифицированного большинства в расчете по стоимости требований.

212. В других случаях законодательство о несостоятельности проводит различия между видами решений. Согласно некоторым законам большинство в расчете по стоимости требований требуется для большинства решений, а для таких решений, как избрание или отстранение управляющего в деле о несостоятельности и наем отдельных специалистов в деле о несостоятельности, требуется большинство как по стоимости требований, так и по количеству голосующих. Согласно другим законам предусматривается, что для принятия решения 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.

2. Резюме и рекомендации – комитеты кредиторов

- 1) Цели настоящих положений заключаются в следующем: [...].
- 2) В тех случаях, если у должника имеются многочисленные кредиторы, для содействия ведению производства по делу о несостоятельности может назначаться комитет кредиторов. Комитет будет представлять [необеспеченных] [и обеспеченных] кредиторов в целом. В тех случаях, когда интересы кредиторов не могут быть должным образом представлены в рамках одного комитета, могут назначаться разные комитеты.
- 3) В рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства комитет кредиторов может выполнять общие консультативные функции и представлять экспертные рекомендации и помощь управляющему в деле о несостоятельности. Помимо своих общих консультативных функций комитет должен играть центральную роль в некоторых оговоренных областях, включая подготовку плана реорганизации, продажу значимых активов и другие вопросы, которые могут быть определены управляющим в деле о несостоятельности или судом.
- 4) Для оказания помощи комитету в выполнении особых функций, указанных в параграфе 2, комитет кредиторов, с согласия управляющего в деле о несостоятельности, может нанимать консультантов–специалистов, услуги которых оплачиваются из активов имущественной массы.
- 5) Члены комитета кредиторов как представительного органа должны избираться кредиторами на основе их готовности выполнять соответствующие функции. В законодательстве о несостоятельности может устанавливаться, что комитет кредиторов должен состоять не более чем из конкретно указанного числа – предпочтительно нечетного – необеспеченных [и обеспеченных] кредиторов [при возможности увеличения или сокращения состава комитета с учетом потребностей производства по конкретному делу]. [Механизм выборов членов комитета мог бы предусматривать, что представители избираются на основе большинства голосов кредиторов, присутствующих на совещании кредиторов, причем большинство может рассчитываться на основе таких критериев, как стоимость требований и численность кредиторов.]
- 6) На членов комитета должна возлагаться обязанность действовать добросовестно. Они должны освобождаться от ответственности за действия, совершенные в качестве членов комитета, если только не будет доказано, например, что они действовали мошенническим образом или нарушили доверительные обязанности перед кредиторами. Комитет кредиторов не должен нести доверительных обязанностей по отношению к акционерам или владельцам предприятия–должника.
- 7) В тех случаях, когда от комитета кредиторов требуется принятие решений по какому-либо вопросу, каждый член комитета должен обладать одним голосом и решения комитета должны приниматься на основе большинства голосов.
- 8) Голосование общего органа кредиторов требуется в отношении [...].

Е. Требования кредиторов и режим таких требований

1. Общие замечания

213. Интересы в рамках производства по делу о несостоятельности могут быть самыми разнообразными и противоречить друг другу. Кредиторы в своем большинстве выступают в этом качестве в результате своих юридических 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 часто принимают участие в производстве по делам о несостоятельности) и заявители требований из деликта (случаи участия которых в целом встречаются менее часто).

214. Права этих кредиторов будут регулироваться рядом различных законов. Хотя положение многих кредиторов может быть сходным в том, что касается имеющихся у них требований на основе сходных юридических или договорных прав, другие кредиторы могут обладать приоритетными требованиями или правами. Даже в рамках одного и того же класса кредиторов могут возникать коллизии прав, например в случае обеспеченных кредиторов, обладающих предпочтительными по сравнению с другими кредиторами обеспечительными правами. По этим причинам в законодательстве о несостоятельности очередность кредиторов, как правило, устанавливается со ссылкой на их требования, и такой подход не противоречит цели равного режима. При определении соответствующих категорий желательно обеспечить сбалансированность между юридическими и коммерческими правами кредиторов на основе справедливости и коммерческой разумности их соответствующих позиций и в то же время обеспечить соблюдение цели равного режима при защите законных коммерческих ожиданий и содействии предсказуемости в коммерческих отношениях. В то же время степень, в которой все такие цели могут быть достигнуты, не является абсолютной с учетом желательности обеспечения в законодательстве о несостоятельности сбалансированности между этими порой вступающими в коллизию друг с другом задачами и другими соображениями публичного порядка. В той степени, в которой эти более широкие публичные интересы вступают в коллизию с частными интересами, может нарушаться действие обычных коммерческих стимулов. Для тех случаев, когда таким публичным интересам отдается приоритет и равенство режима на основе классификации требований не соблюдается, желательно, чтобы принципиальные соображения в пользу установления такой первоочередности были четко оговорены в законодательстве о несостоятельности. В отсутствие равенства режима такой подход будет, по крайней мере, обеспечивать определенную прозрачность и предсказуемость применительно к требованиям и вопросам распределения.

215. Требования кредиторов учитываются на двух стадиях производства по делу о несостоятельности: для целей определения того, какие кредиторы могут голосовать и каким образом они могут голосовать (в соответствии с категориями кредиторов, к которым они относятся), и для целей распределения. В вопросе о том, какие виды требований могут заявляться, в законодательстве различных стран используются разные подходы. Согласно некоторым законам предусматривается, что определенные требования не допускаются на основаниях

публичного порядка, например, иностранные налоговые требования, требования по судебным решениям, полученным мошенническим путем, требования штрафов и пени, а также требования долгов в связи с азартными играми (см. раздел "Исключенные требования"). Для целей определения порядка очередности распределения поступлений от конкурсной массы при ликвидации, как правило, используются категории, на которые были разбиты кредиторы. Помимо использования таких категорий, образуемых на основе коммерческих и юридических отношений между должником и его кредиторами, принципы распределения также весьма часто отражают выборы, признающие важные публичные интересы.

а) Кредиторы

216. Кредиторы неплатежеспособного должника обычно подразделяются на категории обеспеченных кредиторов, привилегированных или приоритетных кредиторов и необеспеченных или обычных кредиторов. В некоторых законах о несостоятельности в отдельную группу, обладающую особым интересом, выделяются работники должника.

і) Обеспеченные кредиторы

217. В большинстве законов о несостоятельности проводится различие между обеспеченными и необеспеченными требованиями в зависимости от того, какой режим предусматривается для обеспечительных интересов в рамках производства, особенно с точки зрения применения моратория. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, что обеспеченный кредитор может выделить свое обеспечение из конкурсной массы, он не будет обладать требованием, если только он не отказался от обеспечения или обеспечен не на полную стоимость требования (т.е. стоимость требования превышает стоимость обеспечения) и желает заявить требования на долю, не покрытую обеспечением. В тех случаях, когда обеспечение сохраняется для цели продажи коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы или для цели реорганизации, обеспеченный кредитор будет обладать требованием. В тех случаях, когда при открытии производства возникают трудности с точной оценкой стоимости обеспечения, требования обеспеченных кредиторов могут признаваться на предварительной основе (см. раздел "Предварительные требования").

218. Во многих законах о несостоятельности признаются права обеспеченных кредиторов на первоочередное получение платежа в уплату долга за счет предоставленного им обеспечения или поступлений от его реализации. Метод распределения средств среди обеспеченных кредиторов зависит от метода, используемого для защиты обеспеченных кредиторов в ходе производства. Если обеспечительный интерес защищается с помощью мер по сохранению стоимости обеспечения, обеспеченный кредитор будет, как правило, обладать первоочередным требованием на поступления от реализации обеспечения в объеме стоимости обеспеченного требования. Альтернативно, если обеспечительные интересы обеспеченного кредитора защищаются с помощью фиксации стоимости обеспеченной части его требования в момент открытия производства, кредитор, как правило, будет обладать первоочередным требованием на общие поступления в объеме такой стоимости.

219. Согласно другим законам о несостоятельности, предусматривается, что обеспеченным кредиторам может быть предоставлена более низкая очередь по отношению к другим интересам, таким, как требования из невыплаченной заработной платы, налоговые требования, экологические требования и требования из причинения личного вреда [*другие виды требований?*]. В то же время желательно, чтобы эти исключения из правила установления первоочередности были ограничены с целью создания определенности в том, что касается возврата обеспеченных кредитов, поскольку это будет способствовать кредитованию под обеспечение и позволит снизить связанные с этим затраты. Другая категория исключений в том, что касается приоритета, предоставляемого обеспеченным кредиторам, может быть связана с затратами на ведение производства по делу о несостоятельности. Поскольку обеспеченное требование будет удовлетворяться непосредственно из чистых поступлений от реализации соответствующих активов, обеспеченный кредитор, в отличие от необеспеченных кредиторов, не будет участвовать в покрытии общих затрат на ведение производства по делу о несостоятельности. В то же время он может участвовать в покрытии других расходов, непосредственно связанных с таким производством, например, административных расходов, понесенных в связи с сохранением обеспечения. Если управляющий в деле о несостоятельности затратил определенные средства на цели сохранения стоимости обеспечения, может быть разумным такой порядок, при котором эти издержки будут засчитываться в качестве административных расходов. Эти исключения могут также касаться приоритетов, установленных в отношении финансирования, предоставленного против открытия производства, и в этих случаях последствия для интересов обеспеченных кредиторов любого предоставленного приоритета должны ясно оговариваться в момент предоставления финансирования, поскольку в этих целях может требоваться согласие обеспеченных кредиторов [*другие причины?*].

ii) Административные требования

220. Производство по делам о несостоятельности часто требует помощи специалистов, таких как управляющие в деле о несостоятельности и консультанты должника или управляющего. Соответствующие затраты могут состоять из расходов, которые могут быть понесены комитетом кредиторов или осуществлены в целях поддержания функционирования коммерческого предприятия и ведения производства, включая многие или все долги, возникшие после открытия производства, такие как требования работников, расходы на арендную плату и аналогичные требования. Эти расходы производства по делу о несостоятельности в качестве административных требований часто имеют приоритет по отношению к необеспеченным требованиям, и для них предусматривается иной, чем для других требований, режим с целью обеспечения надлежащей оплаты услуг сторон, занимающихся ведением производства по делу о несостоятельности.

221. Независимо от важности предоставления надлежащего вознаграждения лицам, участвующим в ведении производства по делу о несостоятельности, административные расходы могут оказать значительное потенциальное воздействие на стоимость имущественной массы. Хотя в определенной степени это воздействие будет зависеть от системы законодательства о несостоятельности и поддерживающей его инфраструктуры, было бы

желательно рассмотреть вопрос о возможностях сведения этих последствий к минимуму. В законодательстве о несостоятельности могут быть предусмотрены, например, четкие, но гибкие критерии по вопросу о санкционировании таких расходов. Эти критерии могут предусматривать, что санкция на расходы обуславливается их полезностью для повышения стоимости имущественной массы в общих интересах всех групп, участвующих в процедурах, или что допускаются расходы, которые не только являются разумными и необходимыми, но также и отвечают ключевым целям производства. Разумный характер расходов может оцениваться с учетом объема средств, задействованных в производстве, и возможных последствий таких расходов с точки зрения процедур. [*Примечание для Рабочей группы: Имеются ли примеры законов, устанавливающих подобные критерии?*]

222. В вопросе о проведении такой оценки могут быть использованы различные подходы. Один из них может состоять в том, чтобы предусмотреть требование о получении разрешения суда до фактического осуществления расходов или же разрешения суда на все расходы, выходящие за рамки обычных коммерческих операций предприятия. Согласно второму подходу может предусматриваться, что с целью содействия прозрачности процедур оценка должна проводиться кредиторами при возможности обжалования в суде в случаях, когда оценка кредиторов вызывает споры.

iii) Приоритетные или преференциальные кредиторы

223. Законодательство о несостоятельности часто предусматривает приоритетные права для определенных (главным образом необеспеченных) требований, которые, как следствие, будут удовлетворяться в первоочередном порядке по отношению к другим необеспеченным и непривилегированным (или менее привилегированным) требованиям. Эти приоритетные права могут противоречить принципу распределения *pari passu* и, как правило, наносят ущерб правам по обычным необеспеченным долгам в результате сокращения активов, подлежащих распределению. Они могут также вызвать ненужные споры по вопросам оценки привилегий, признаваемых за различными приоритетными требованиями.

224. В вопросах о категориях требований, которые будут признаваться приоритетными, и о содержании понятия приоритетности используется множество различных подходов. Виды приоритетов, предусматриваемые в различных странах, различаются, однако можно выделить две особенно распространенные категории. Приоритеты первого вида устанавливаются в отношении заработных плат и льгот работников (требования из социального и пенсионного обеспечения), и этот подход в целом отвечает концепции специальной защиты, предоставляемой работникам в других областях законодательства о несостоятельности (см. ниже). Вторая категория приоритетов связана с правительственными налоговыми требованиями. Предоставление приоритета налоговым требованиям может нанести ущерб единообразному исполнению налогового законодательства и может представлять собой форму государственного субсидирования, что способно подорвать упорядоченность, на обеспечение которой направлен эффективный режим несостоятельности. [*Другие примеры?*]

225. В ряде недавно принятых законов о несостоятельности произошло значительное сокращение количества подобных категорий приоритетных прав, что отражает изменение в публичной приемлемости подобного преференциального подхода. В то же время в других странах наблюдается тенденция к увеличению числа категорий задолженности, пользующихся приоритетом. Сохранение ряда различных приоритетных позиций в отношении многочисленных видов требований может усложнить достижение базовых целей процедур несостоятельности и затруднить обеспечение эффективного и действенного производства. Это может создать элементы неравенства, а при реорганизации затруднить подготовку плана. Кроме того, следует помнить о том, что корректировка приоритетов для распределения с целью создания таких приоритетных прав не будет способствовать увеличению общего объема средств, которые могут быть направлены на удовлетворение требований кредиторов. Это приведет лишь к выгоде для одной группы кредиторов за счет другой группы. Чем больше число преференциальных категорий привилегированных кредиторов, тем больше оснований для других групп требовать, чтобы им также был предоставлен преференциальный режим. Чем больше число кредиторов, получающих преференциальный режим, тем менее выгодным этот режим становится.

226. В связи с некоторыми приоритетами возникают вопросы, которые, возможно лучше подходят для урегулирования с помощью законодательных норм, не относящихся к несостоятельности, чем с помощью разработки для включения в законодательство о несостоятельности таких направленных на достижение социальных целей положений, которые лишь косвенно связаны с вопросами задолженности и несостоятельности. В тех случаях, когда в законодательство о несостоятельности предполагается включить положения о приоритетах или когда приоритеты предусматриваются другими законодательными нормами, которые окажут воздействие на применение законодательства о несостоятельности, желательно, чтобы такие приоритеты были четко оговорены или чтобы в законодательстве о несостоятельности на них были сделаны прямые ссылки. Это позволит обеспечить такой режим несостоятельности, который будет по крайней мере определенным, прозрачным и предсказуемым с точки зрения его последствий для кредиторов, а также предоставит в распоряжение кредиторов возможности для более точной оценки рисков, связанных с кредитованием.

iv) Обычные необеспеченные кредиторы

227. После удовлетворения требований всех обеспеченных и приоритетных кредиторов остаток средств, как правило, распределяется на пропорциональной основе среди обычных необеспеченных кредиторов. Эта категория может подразделяться на подкатегории, и некоторые требования могут рассматриваться как субординированные. В некоторых странах к субординированным относятся такие требования, как награды, штрафы и пени, займы акционеров и проценты по общим необеспеченным требованиям, начисленные после подачи заявления об открытии производства, а в других странах эти требования рассматриваются как исключаемые.

v) *Работники*

228. Права работников, являющиеся важнейшей частью баланса коммерческого предприятия, часто вступают в конкуренцию с правами других кредиторов. Работники, взятые как категория, занимают промежуточную позицию между группой владельцев и управляющих и группой ссудодателей или кредиторов, и их отношения с должником основываются на подразумеваемом обязательстве, что их труд будет оплачен и что, если они будут работать эффективно, их рабочее место будет сохранено. Это обязательство неизбежно ограничивается в случае наступления несостоятельности, однако согласно многим законам о несостоятельности признается его важность и требованиям из невыплаченной заработной платы предоставляется приоритет по отношению к требованиям других категорий кредиторов (см. также раздел "Режим в отношении контрактов").

229. В более широком плане отношения найма ставят другие вопросы, которые, как правило, урегулировать весьма сложно, и вызывают коллизию интересов работника с интересами других кредиторов, что потенциально может оказать влияние на доступность и стоимость кредита, особенно в коммерческих секторах с интенсивным использованием рабочей силы. Некоторые из этих вопросов могут возникать в ситуациях, когда возможности для мобильности рабочей силы являются незначительными, когда безработица носит эндемический характер, когда льготы по пенсионному и социальному обеспечению зависят от сохранения коммерческого предприятия или воплощены в акционерном капитале должника, когда система социальной защиты рабочих является слабой и [...].

230. В тех случаях, когда для защиты заработной платы работников созданы специальные фонды (для защиты работающих по найму), ход производства по делу о несостоятельности вряд ли претерпит какие-либо изменения, если только требования фонда, гарантирующего такие выплаты, не исключены из круга требований, которые можно заявлять при несостоятельности, или если эти требования не пользуются тем же приоритетом, каковой был бы предоставлен требованиям работников. Обычная практика будет, как правило, заключаться в предоставлении фонду таких же прав, что и работникам, по крайней мере в отношении определенной оговоренной суммы, которая может быть указана в виде суммы заработной платы или количества оплачиваемых недель.

231. Вопросы для рассмотрения:

[Доклад Рабочей группы A/CN.9/504, пункт 153. Что касается вопроса о первоочередности, предоставляемой требованиям в отношении зарплаты и пособий, выплачиваемых работникам, то было отмечено, что предусмотренная система социальных гарантий была бы выгодной для конкурсной массы, поскольку это позволило бы исключить данные требования из распределения активов. Вместе с тем было разъяснено, что это потребовало бы того, чтобы социальному учреждению, гарантирующему эти требования, не предоставлялась та же первоочередность в отношении конкурсной массы, что и работникам. Еще одно мнение состояло в том, что в проекте руководства следует обратить внимание на различные варианты решений, предусматриваемых в различных правовых системах.]

vi) Владельцы

232. Во многие законы о несостоятельности включено общее правило, согласно которому владельцы коммерческого предприятия не имеют права на распределение средства от активов до полного получения платежа кредиторами, имеющими более высокую очередь. При этом уплата процентов может предусматриваться или не предусматриваться. В тех случаях, когда распределение проводится, оно осуществляется в соответствии со статусом акций, как он указан в законодательстве, регулирующем деятельность акционерных обществ, и в уставе компании.

vii) Кредиторы, являющиеся связанными с должником сторонами

233. Еще одна категория кредиторов, которая может потребовать уделения особого внимания – это лица, связанные с должником будь то в семейном или коммерческом качестве. Введение специального режима может быть оправдано на том основании, что вероятность проявления предпочтительного подхода к таким сторонам является наиболее высокой и что такие стороны, по всей видимости, раньше получают информацию о финансовых трудностях должника [*другие обоснования?*]. Хотя требования таких лиц формально не относятся к категориям исключаемых требований, будет, возможно, целесообразно рассмотреть вопрос о том, следует ли таким лицам предоставлять такой же режим, что и другим кредиторам, или же установить специальный режим, например предоставить их требованиям более низкую очередь по сравнению с требованиями других кредиторов, и запретить кредиторам, связанным с должником, голосовать с другими кредиторами по утверждению плана и другим ключевым вопросам.

b) Требования кредиторов*i) Предъявление требований*

234. В качестве общего принципа могут быть предъявлены требования только в отношении долга, возникшего до открытия производства. Режим в отношении долгов, возникших после открытия производства, будет зависеть от характера процедур и от положений, включенных в законодательство о несостоятельности: многие законы предусматривают удовлетворение таких требований в полном объеме в качестве издержек производства.

235. Механизмы, предусматриваемые для предъявления требований, могут быть различными. Согласно многим законам о несостоятельности, бремя предоставления на рассмотрение управляющего в деле о несостоятельности (каковым согласно некоторым законам, регулирующим реорганизацию, может быть должник) доказательств наличия требований возлагается на кредиторов. Согласно некоторым законам предусматривается, что в качестве первоначального шага суд или должник составляет список кредиторов и требований. Преимущество подготовки такого списка должником связано с осведомленностью должника о своих кредиторах и их требованиях, что может в кратчайшие сроки дать управляющему в деле о несостоятельности информацию о состоянии коммерческого предприятия. Альтернативный подход мог бы состоять в возложении обязанностей по подготовке такого списка на управляющего в деле о несостоятельности, что может послужить сокращению формальностей, связанных с процессом проверки требований, однако в то же

время может вызвать и дополнительные расходы, и задержки. После подготовки этого списка кредиторам может быть предложено предъявить свои требования управляющему в деле о несостоятельности для целей проверки. Механизм, согласно которому требуется предъявление требований кредиторами управляющему в деле о несостоятельности и проведение их проверки управляющим, может способствовать обеспечению надлежащего распределения конкурсной массы.

236. Для обеспечения своевременного представления требований и избежания излишнего затягивания производства по делу о несостоятельности, законодательством о несостоятельности могут устанавливаться предельные сроки для представления требований управляющему в деле о несостоятельности. Такие предельные сроки могут, однако, вызвать неблагоприятные последствия для иностранных кредиторов, которые во многих случаях могут и не иметь для их соблюдения тех же возможностей, что и внутренние кредиторы. С целью обеспечения равного режима для внутренних и иностранных кредиторов, а также учета международной тенденции к ликвидации дискриминации на основе национальности кредиторов, было бы, возможно, целесообразно использовать подход, согласно которому допускается представление требований в любой момент до распределения конкурсной массы и устанавливается предельный срок, который может быть продлен или снят в случае, если у кредитора имеются веские причины для невозможности его соблюдения или если такой предельный срок создает серьезные препятствия для кредитора. В случае, если требование предъявляется с задержкой, что вызывает дополнительные расходы, такие расходы должен нести кредитор.

237. С целью создания возможностей для своевременного представления требований желательно включить в законодательство о несостоятельности положение о направлении как внутренним, так и иностранным кредиторам надлежащего уведомления об открытии производства. Что касается иностранных кредиторов, то в комментарии Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности к статье 14 отмечается, что некоторые формальности, требуемые для уведомления таких кредиторов, являются слишком обременительными и занимают много времени и что их использование, как правило, не обеспечивает иностранным кредиторам своевременного уведомления относительно производств по делам о несостоятельности. В Руководстве по принятию приводится рекомендация о снятии требований к использованию таких процедур, если только они не связаны с обязательствами по международным договорам (пункты 106–111 Руководства по принятию).

238. Еще один вопрос, имеющий особую важность для иностранных кредиторов, связан с тем, должно ли требование предъявляться на языке правовой системы, в которой открыто производство по делу о несостоятельности, и обусловлено ли предъявление требования определенными формальностями, такими как нотариальное заверение и перевод. Для облегчения доступа иностранных кредиторов может быть рассмотрен вопрос о том, являются ли подобные установленные требования важными и могут ли они быть ослаблены, как в случае других процессуальных формальных требований, рассмотренных в контексте статьи 14 Типового закона.

239. В законодательстве большинства стран предусматривается, что все кредиторы, которые выявлены или могут быть выявлены, имеют право на получение уведомления о заявленных требованиях. Такое уведомление может направляться лично или осуществляться с помощью опубликования в соответствующих коммерческих изданиях. От управляющего в деле о несостоятельности может дополнительно требоваться подготовка списка требований, как принятых, так и оспариваемых, и передача такого списка суду или другому административному органу с целью содействия уведомлению неизвестных кредиторов и представления самой последней информации о ходе производства в том, что касается признания требований или отклонения спорных требований.

ii) Предварительные требования

240. Могут существовать два вида требований кредиторов: требования на конкретно указанную сумму и требования на причитающуюся с должника сумму, которая не указана или не может быть конкретно указана в момент подачи. Такие требования могут быть как договорными, так и недоговорными по своему характеру и могут возникать как из обеспеченных, так и из необеспеченных сделок. В этих случаях, когда сумма требования не может быть установлена или не была указана в момент его представления управляющему в деле о несостоятельности, согласно многим законам предусматривается, что требование может быть представлено в предварительном порядке или с предварительным указанием стоимости. В связи с признанием предварительных требований возникает ряд вопросов. Они касаются стоимостной оценки требования и стороны, которая должна ее провести (управляющий в деле о несостоятельности, суд или какое-либо другое назначенное лицо); голосования предварительных кредиторов по таким важным вопросам, как урегулирование соответствующего дела с помощью ликвидационных или реорганизационных процедур или утверждение плана реорганизации (см. раздел "Комитеты кредиторов"); а также вопросы о том, могут ли они в качестве миноритарных кредиторов быть связаны планом, на который они не давали своего согласия (см. раздел "План реорганизации").

iii) Проверка требований

241. Проверка включает не только оценку законности оснований и суммы требования, но также и определение категории, к которой относится требование для целей голосования и распределения (например, обеспеченные требования против необеспеченных; требования, возникшие до открытия производства, против требований, возникших после его открытия).

242. Во многих законах о несостоятельности предусматривается, что проверка требований кредиторов проводится управляющим в деле о несостоятельности, а споры разрешаются судом. Может быть, однако, высказано мнение о том, что подход, предполагающий широкую свободу усмотрения управляющего в деле о несостоятельности, может привести к задержкам или даже к случаям сговора с должником, что подорвет предсказуемость системы. В то же время, если такой подход принят, желательно предусмотреть обязанность управляющего в деле о несостоятельности мотивировать решения об отклонении требования, предпочтительно в письменном виде. Такая процедура может способствовать

повышению прозрачности производства и, потенциально, его предсказуемости. Второй подход мог бы заключаться в том, чтобы функции по проверке всех требований и разрешению споров возлагались на суд. Этот подход также потенциально способен вызывать значительные задержки в случаях, когда обеспечение оперативности и эффективности производства может иметь жизненно важное значение, и для его реализации потребуются значительные судебные ресурсы.

243. Альтернативный подход мог бы предусматривать, что требования, не погашенные к моменту открытия производства, не требуют проверки и могут автоматически признаваться, если они не оспариваются. Если будет принят такой подход, то, возможно, желательно объединить его с механизмом, направленным на обеспечение предоставления в распоряжение всех заинтересованных сторон надлежащей информации относительно требований, принятых на этой основе. Автоматическое признание требований может помочь избежать многих из проблем, возникающих в случае, когда управляющий в деле о несостоятельности должен точно оценить существующее положение уже в самом начале производства, с тем чтобы предоставить кредиторам возможность для участия в совещаниях, проводимых на ранних этапах процедур, и в голосовании на таких совещаниях. Практика автоматического признания требований может быть подкреплена установлением обязанности, состоящей в том, чтобы требования представлялись в форме такого заявления, как, например, affidavit, для которого на случай мошенничества предусмотрены санкции. Она может быть также подкреплена условием, согласно которому признаваться будут требования, подтвержденные должным образом составленными бухгалтерскими записями.

244. Признание требования кредитора будет создавать право этого кредитора присутствовать на совещании кредиторов и будет определять ту сумму требования, от имени которой кредиторы имеют право голосовать, в том числе для целей выбора управляющего в деле о несостоятельности или утверждения плана реорганизации; кроме того, оно будет также определять ту сумму, которую управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать при осуществлении платежа по этому требованию при распределении конкурсной массы среди кредиторов.

245. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности допускает оспаривание требований, в нем также может указываться, какие стороны имеют право на возбуждение процедур оспаривания. Согласно некоторым законам допускается оспаривание требований только управляющим в деле о несостоятельности, в то время как согласно законодательству других стран это разрешается и другим заинтересованным сторонам, включая кредиторов. С тем чтобы избежать создания ситуации, когда кредиторы могут оспаривать значительное число требований, было бы, возможно, желательно предусмотреть окончательное рассмотрение списка требований кредиторов на совещании кредиторов, проводимом после составления этого списка. В случае возникновения споров относительно требований будь то между кредитором и управляющим в деле о несостоятельности или между должником и управляющим в деле о несостоятельности, включая споры относительно обеспечения или обеспечительных прав, важную роль для обеспечения эффективного и упорядоченного хода производства играет механизм быстрого

разрешения спора. Если решение по оспариваемым требованиям не может быть принято оперативным и эффективным образом, то право оспорить требование может быть использовано для нарушения хода производства и создания неоправданных задержек.

iv) Исключаемые требования

246. По разнообразным причинам публичного порядка в законодательстве о несостоятельности могут исключаться некоторые виды требований. Такие требования могут включать иностранные налоговые требования, штрафы и пени и долги, связанные с азартными играми.

247. В настоящее время иностранные налоговые требования исключаются во многих странах, и в целом признается, что такое исключение не идет вразрез с целью равного режима для иностранных и внутренних кредиторов. В то же время, несмотря на это общее мнение, не имеется никаких веских причин, в силу которых подобные требования не могли бы признаваться в том случае, если какая-либо страна пожелает предусмотреть 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 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, в которой устанавливается, что требование о равном режиме для 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 статус признается за эквивалентными местными требованиями с более низкой очередью.

248. Порядок, при котором долги, связанные с азартными играми, рассматриваются в качестве исключаемых требований, обычно исходит из того, что подобные долги возникают из деятельности, которая уже сама является незаконной. Вместо рассмотрения конкретных видов требований, которые могут исключаться как незаконные, в законодательстве о несостоятельности в качестве общей категории могут быть исключены те требования, которые возникают из незаконной деятельности и, таким образом, не подлежат взысканию.

249. 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 может быть приведен довод о том, что подобные требования возникают из неправомерного поведения со стороны должника и на необеспеченных кредиторов не следует возлагать бремя покрытия последствий такого неправомерного поведения в результате сокращения активов, которые могут быть использованы для целей распределения. В отличие от этого, как представляется, не имеется никаких веских причин в пользу исключения второй категории, в особенности в той мере, в которой такие требования связаны с компенсацией ущерба, причиненного другой стороне, кроме как в той степени, когда такое исключение также может быть оправдано в качестве средства увеличения активов для распределения среди необеспеченных кредиторов.

Альтернативный подход мог бы заключаться в том, чтобы допустить признание требований, основывающихся на штрафах и пени, поскольку в противном случае подобные требования останутся без погашения [*другие причины?*].

v) *Пересчет требований, выраженных в иностранной валюте*

250. Установление стоимости требований имеет особое значение для иностранных кредиторов, требования которых будут, как правило, выражены в иных валютах, чем валюта страны производства по делу о несостоятельности. Для целей проверки и распределения эти требования обычно пересчитываются во внутреннюю валюту. Если за дату пересчета берется дата открытия производства по делу о несостоятельности, а соответствующая валюта девальвируется или ревальвируется за срок, истекший до распределения (которое может иметь место значительно позже открытия производства), сумма требования также будет изменяться. Альтернативный подход мог бы заключаться в осуществлении предварительного пересчета в момент открытия производства для целей голосования, однако если колебания обменных курсов за истекший до распределения срок превысят определенный процент, то пересчет может быть осуществлен в момент распределения.

vi) *Уступка требований*

251. [...]

252. Вопросы для рассмотрения:

[Доклад Рабочей группы A/CN.9/504, пункт 117. В отношении режима займов, предоставленных акционерами, было высказано мнение о том, что такие займы заслуживают подхода, учитывающего конкретные причины, которые, как правило, лежат в основе предоставления таких займов и которые необязательно должны быть такими же, как и в случае займов, предоставляемых другими субъектами. В качестве общего замечания было подчеркнуто, что проект руководства должен напоминать национальным законодателям о возможных последствиях законодательных решений, проявляющихся на уровне управления корпорациями.

118. Значительную поддержку получило предложение затронуть в проекте руководства вопрос о режиме совместных обязательств согласно законодательству о несостоятельности. В частности, было предложено рассмотреть в нем вопрос о том, затрагивает ли и в какой степени затрагивает открытие производства по делу о несостоятельности право кредитора обращать взыскание по своему требованию на одного или нескольких солидарных должников, иных чем должник, в отношении которого осуществляется производство. В связи с этим было высказано еще одно мнение, согласно которому вопрос о режиме для гарантов также следует рассмотреть в проекте руководства, равно как и затронуть ситуацию, в которой гарант также может оказаться несостоятельным.

119. Еще одно мнение заключалось в том, что проект руководства должен рекомендовать конкретно урегулировать вопрос о режиме необеспеченных требований, возникших после открытия производства по

делу о несостоятельности, путем изложения различных подходов, предусмотренных разными правовыми системами.]

2. Резюме и рекомендации – требования кредиторов

- 1) Цели положений, касающихся требований кредиторов, состоят в следующем:
 - a) предусмотреть порядок представления лицами, требующими возврата долга или исполнения финансового обязательства от неплатежеспособного должника, их требований управляющему в деле о несостоятельности для изучения;
 - b) обязать управляющего в деле о несостоятельности изучать требования и признавать или отклонять их, полностью или частично, а также предусмотреть возможность обжалования таких решений;
 - c) предусмотреть режим для конкретных требований, включая требования обеспеченных кредиторов, иностранных кредиторов, кредиторов, требования которых выражены в иностранной валюте, требований процентов и требований в отношении обязательства с ненаступившим сроком погашения;
 - d) предусмотреть порядок очередности оплаты требований кредиторов;
 - e) предусмотреть применение одних и тех же правил в отношении вышеупомянутых целей как в случае ликвидации, так и в случае реорганизации.
- 2) Все кредиторы, как внутренние, так и иностранные, должны уведомляться об открытии производства и им должно предоставляться соответствующее время для предъявления требований. Способ уведомления должен соответствовать требованиям статьи 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.
- 3) Требования могут предъявляться в течение оговоренного срока после открытия производства [уведомления об открытии производства] или в любой момент до распределения.
- 4) Для содействия рассмотрению требований управляющий в деле о несостоятельности должен готовить список кредиторов и реестр требований.
- 5) Каждый [необеспеченный] [и обеспеченный] кредитор имеет право представить требования в отношении конкурсной массы [в течение [... дней] после открытия производства по делу о несостоятельности] [в любой момент до распределения]. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности устанавливает предельный срок для предъявления требований, этот срок должен подлежать продлению или отмене судом. Режим для требования иностранного кредитора должен быть таким же, как и для любого другого требования. Требования обеспеченных кредиторов должны предъявляться только в тех случаях, когда кредитор отказался от обеспечения или оно не покрывает всей суммы его требования (т.е.

стоимость требования превышает стоимость обеспечения) и он желает представить требование в отношении необеспеченной части.

6) Некоторые требования могут исключаться. К их числу могут относиться требования, возникающие из незаконных видов деятельности (например, из долгов, связанных с азартными играми), и [иностранные налоговые требования], [штрафы и неустойки] [*прочие?*].

7) кредитор может предъявить требования путем представления доказательств его существования управляющему в деле о несостоятельности в форме [заявления] [аффидевита].

8) Управляющий в деле о несостоятельности признает или отклоняет любые требования, полностью или частично, или же требования могут признаваться автоматически [на основе бухгалтерских записей], если они не оспариваются [кредитором] [управляющим в деле о несостоятельности]. В тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности отклоняет требование, на него должна возлагаться обязанность мотивировать отказ. Кредиторы, требования которых были отклонены или оспорены, должны иметь право на обжалование в суд.

9) Требования на неуказанную стоимость, обеспеченные требования и оспариваемые требования должны приниматься в предварительном порядке до установления стоимости требования или обеспечения или решения спора судом. Установление стоимости требования может быть проведено управляющим в деле о несостоятельности или судом. Кредиторы должны иметь возможность обжаловать произведенную оценку в суде.

10) Признание требования кредитора устанавливает:

а) право кредитора присутствовать на совещании кредиторов, а также определяет ту сумму требования, от имени которой кредитор имеет право голосовать, в том числе для выбора управляющего в деле о несостоятельности или утверждения плана реорганизации; и

б) сумму, которую управляющий в деле о несостоятельности должен учитывать при осуществлении платежа по этому требованию при распределении среди кредиторов.

11) Право на зачет.

12) Требования лиц, принадлежащих к "внутреннему кругу", и акционеров.

V. Ликвидация и распределение

A. Порядок очередности при распределении

1. Общие замечания

253. Распределение средств, полученных от конкурсной массы, будет, как правило, осуществляться в соответствии с очередностью категорий кредиторов и различными приоритетными правами, признанными за этими категориями.

254. В тех случаях, когда имеется несколько различных категорий с разной очередностью, требования каждой очереди должны быть оплачены полностью до произведения платежей следующей очереди. По достижении той очереди, когда средств для полного платежа всем кредиторам недостаточно, кредиторы этой очереди получают долевые пропорциональные платежи. Согласно законодательству некоторых стран, в которых различные очереди не предусматриваются, в случае отсутствия достаточных средств для полной оплаты требований всех кредиторов, они получают долевые пропорциональные выплаты.

255. Применительно к процедурам реорганизации было бы, возможно, желательно предусмотреть, что все первоочередные требования должны быть оплачены полностью в качестве условия утверждения плана, если только кредиторы соответствующей очереди не примут иного решения. В плане реорганизации может предлагаться иная очередность, чем та, которая предусмотрена законодательством о несостоятельности, при условии, что кредиторы, голосующие по плану, утвердят такое изменение.

2. Резюме и рекомендации – распределение

- 1) Цели настоящих положений заключаются в следующем: [...].
- 2) Сумма, подлежащая распределению среди кредиторов, будет выплачиваться в следующем порядке:
 - a) [обеспеченные требования];
 - b) расходы и вознаграждения в связи с назначением управляющего в деле о несостоятельности и выполнением его обязанностей и функций;
 - c) административные расходы;
 - d) [другие признанные требования].
- 3) Требования, относящиеся к каждой из этих категорий, имеют равную очередность между собой. Все требования, относящиеся к какой-либо категории, должны быть оплачены полностью, прежде чем начнется оплата требований следующей категории. Если для их полной оплаты не имеется достаточных средств, они оплачиваются на пропорциональной основе.

В. Освобождение от обязательств

1. Общие замечания

256. Вполне вероятно, что после распределения некоторые кредиторы не получат платежа в полном объеме. В законодательстве о несостоятельности необходимо урегулировать вопрос о том, будут ли эти кредиторы сохранять непогашенное требование в отношении должника или же должник будет освобождаться от обязательства по этим остаточным требованиям.

257. Когда неплатежеспособное предприятие является компанией с ограниченной ответственностью, вопрос об освобождении от обязательств после ликвидации не возникает: либо закон предусматривает расформирование

юридического лица, либо предприятие продолжает существовать в качестве структуры, не обладающей активами. Акционеры не будут нести ответственности по остаточным требованиям и вопрос об их освобождении от обязательств не встает. В то же время такой вопрос возникает в контексте реорганизации, и поэтому его необходимо урегулировать. Если коммерческое предприятие преобразуется в другую форму, например индивидуальное предприятие (с единственным собственником), сообщество отдельных 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 неудовлетворенные в ходе ликвидации требования.

258. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к вопросу об освобождении от ответственности. Согласно некоторым законам должник по-прежнему несет ответственность по непогашенным требованиям при условии соблюдения любых предусмотренных законом ограничений. При таком порядке подчеркивается важность отношений между должником и кредитором: сохранение ответственности должника после ликвидации служит как ужесточению финансовой дисциплины должника, так и поощряет кредитора к предоставлению финансирования. Согласно другим законам о несостоятельности предусматривается полное освобождение от обязательств добросовестного, не уличенного в мошеннических действиях должника сразу же после ликвидации. При таком подходе первоочередное внимание уделяется преимуществам концепции "нового старта", возможность для которого создается освобождением от ответственности, и он часто преследует цель содействовать развитию предпринимательского класса. Он также исходит из признания того, что чрезмерная задолженность является современной экономической реальностью. Согласно третьему подходу предпринимается попытка найти компромиссное решение: освобождение от ответственности предоставляется после истечения определенного срока после распределения, в течение которого от должника ожидается принятие добросовестных усилий по исполнению его обязательств.

259. При некоторых обстоятельствах ограничение возможности освобождения от обязательств может быть целесообразным. К таким обстоятельствам могут относиться случаи, когда должник совершал мошеннические действия, участвовал в преступной деятельности, нарушал трудовое или экологическое законодательство [*прочее?*]. В некоторых странах, в которых предусматривается освобождение от ответственности, из такого освобождения могут исключаться определенные долги, например, возникающие из соглашений об алиментах, мошеннических действий, судебных штрафов и налогов. Кроме того, на должника может возлагаться обязанность соблюдения определенных условий как в ходе производства, так и в качестве условий для освобождения от ответственности, что может быть осуществлено путем вынесения рекомендаций управляющим в деле о несостоятельности или судом. Эти условия могут включать ограничения на право привлекать новые кредиты, покидать страну или осуществлять коммерческую деятельность в течение определенного срока. Другие ограничения связаны с тем, сколько раз должник может освобождаться от ответственности. В некоторых правовых системах освобождение от ответственности возможно только раз в жизни, а в других предусматривается минимальный срок "ожидания", например в десять лет, который должен истечь

до того, как должник получит право на новое освобождение от ответственности или даже на возбуждение процедур несостоятельности, которые могут привести к новому освобождению.

260. Один из аспектов, который, возможно, потребуется учесть при рассмотрении вопроса об освобождении от ответственности физических лиц, занимающихся коммерческими операциями, касается взаимосвязей, существующих 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, а 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 предпринимается попытка провести разграничение между лицами, просто являющимися должниками – потребителями, и лицами, финансовая ответственность которых возникает из функционирования мелких коммерческих предприятий. Например, во многих случаях потребительский кредит используется для финансирования мелких предприятий либо в качестве стартового капитала, либо в качестве оборотных средств, и с четким распределением задолженности по категориям могут возникнуть трудности. По этой причине в юридической системе, признающей потребительскую и коммерческую задолженность физических лиц, невозможно предусмотреть такие касающиеся коммерческой задолженности физических лиц правила, которые отличались бы от правил, применимых к потребительской задолженности.

2. Резюме и рекомендации – освобождение от ответственности

1) Для тех случаев, когда законодательство допускает возможность несостоятельности физических лиц, занимающихся коммерческой деятельностью, следует предусмотреть положение об освобождении должника от ответственности после ликвидации. Такое освобождение от ответственности должно быть [полным и немедленным в случае, если должник является добросовестным и не предпринимает мошеннических действий][предоставляться с учетом конкретного срока] [*прочее?*].

VI. Планы реорганизации

1. Общие замечания

261. В законах о несостоятельности рассматривается целый ряд вопросов, связанных с составлением плана реорганизации, в том числе следующих: характер или форма плана; когда должен подготавливаться план; кто может подготовить план; что должно быть включено в план; как должен утверждаться план и каковы последствия плана.

262. 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"), или же он может предлагаться при открытии производства и устанавливать порядок решения связанных с должником и его коммерческими операциями вопросов в течение реорганизационного периода – во многом аналогично бизнес-плану, – а также определять ожидаемые дивиденды и даты платежей. Могут также существовать обстоятельства, когда план, сходный с планом реорганизации, готовится в рамках ликвидационного производства, если предполагается продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Такой план будет во многом напоминать бизнес-план, и в нем не будут затрагиваться какие-либо вопросы, касающиеся распределения, поскольку эти аспекты будут регулироваться законодательством о несостоятельности.

а) Характер или форма плана

263. Цель реорганизации состоит в максимально возможном увеличении средств, возвращаемых кредиторам, и в достижении лучших результатов, чем в случае ликвидации должника. В процессе реорганизации могут участвовать различные заинтересованные группы, каждая из которых может иметь различные взгляды на возможные пути достижения этой цели, например, с помощью продолжения коммерческих операций с крупным потребителем или поставщиком в отличие от осуществления быстрого погашения задолженности, а также может проявлять готовность согласиться с различными уровнями риска. Некоторые кредиторы могут отдать предпочтение доле 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 это, по всей вероятности, будет препятствовать достижению цели максимального увеличения стоимости. Например, нежелательно, чтобы законом допускалась подготовка только таких планов, которые направлены на полную реабилитацию должника, или предусматривалась бы невозможность списания задолженности или необходимость в конечной выплате кредитором какой-либо минимальной суммы. Вопрос о том, какой из вариантов действий является наиболее уместным с коммерческой точки зрения, возможно, лучше всего оставить на разрешение с учетом условий рынка.

264. В законодательстве о несостоятельности может быть предпринята попытка предусмотреть некоторые ограничения, например, установить, что приоритеты, предоставляемые кредиторам при ликвидации, должны охраняться в случае реорганизации и что последствия плана не могут быть таковыми, чтобы привести к сохранению неплатежеспособности должника и его возвращению на рынок в таком состоянии. Подход, не носящий предписательного характера, приведет к созданию возможностей для проявления гибкости, достаточных для того, чтобы позволить выбор наиболее подходящего решения (с точки зрения конкретного предприятия) из возможного круга вариантов действий. Предусматриваемый в некоторых законах о несостоятельности подход основывается на перечислении некоторых возможных решений, и при этом не предполагается, что этот перечень носит 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), продолжение коммерческих операций предприятия и его возможную продажу в качестве функционирующей хозяйственной единицы (с последующей ликвидацией должника), перевод всех или части активов конкурсной массы в одно или несколько существующих предприятий или предприятия, которые будут учреждены, слияние или консолидацию предприятия должника с одним или несколькими другими предприятиями, сложную реструктуризацию задолженности и акционерного капитала или некоторые другие решения.

в) Подготовка плана

265. Два важных вопроса, которые следует рассмотреть в связи с подготовкой плана реорганизации, касаются стадии производства, на которой он должен быть подготовлен, и стороны, которая должна нести ответственность за его подготовку. Для решения этих вопросов может быть использован целый ряд различных подходов.

266. Что касается первого вопроса, то подход будет зависеть от цели или задачи реорганизации в каждом конкретном случае. В некоторых законах используется подход, согласно которому план реорганизации составляет часть заявления о возбуждении реорганизационного производства (в этом случае заявление может называться "предложением" о реорганизации), в то время как в законодательстве других стран предусматривается, что он должен быть подготовлен после открытия реорганизационного производства. Одна из возможных трудностей применительно к подготовке плана до открытия производства связана с тем, что, если план был подготовлен без консультаций с кредиторами и другими заинтересованными сторонами, практические возможности для его осуществления могут отсутствовать и этот план может предпринять ход производства и вызвать задержки.

267. Что касается второго вопроса, то главная ответственность за подготовку плана реорганизации может быть возложена на различных участников реорганизационных процедур в зависимости от структуры действующего законодательства о несостоятельности и, в частности, от соответствующих функций, которыми наделяются управляющий в деле о несостоятельности, должник и кредиторы. Согласно некоторым законам о несостоятельности устанавливается позитивное обязательство этих сторон сотрудничать в подготовке плана. При определении того, какая сторона будет нести главную ответственность за подготовку плана, возможно, желательно добиться сбалансированности между свободой, предоставляемой различным сторонам в этом вопросе, и ограничениями, неизбежно связанными с этой процедурой в том, что касается требований об утверждении (голосовании), сроков для подготовки, внесения изменений в план и других процессуальных соображений. Такой сбалансированности, по всей вероятности, легче достичь с помощью гибкого, а не устанавливающего жесткое регулирование подхода, хотя в интересах эффективности, определенности и предсказуемости желательно предусмотреть в законодательстве о несостоятельности определенные наметки для решения этих вопросов.

268. Согласно некоторым законам о несостоятельности предусматривается требование о подготовке плана реорганизации должником. Возможные преимущества такого подхода могут заключаться в поощрении должников к возбуждению реорганизационных процедур на раннем этапе и оптимальном использовании осведомленности должника о его коммерческом предприятии и тех шагах, которые необходимы для восстановления рентабельности неплатежеспособного предприятия (в то же время свободу, предоставляемую должнику, возможно, потребуется сбалансировать с учетом необходимости обеспечения доверия кредиторов к должнику и его предложению). Возможность, предоставляемая должнику, может являться исключительной или носить такой характер в течение определенного срока, который суд может продлить, если это будет отвечать интересам реорганизационного производства. В тех случаях, когда план должен быть подготовлен до открытия производства, он может быть подготовлен только должником, поскольку у кредиторов будут отсутствовать необходимые для этого информация и организационная структура, а управляющий в деле о несостоятельности еще не будет назначен.

269. Поскольку план может быть успешно реализован только в том случае, если он утвержден требуемым большинством кредиторов, всегда существует опасность провала реорганизации, если представленный должником план будет неприемлемым. Например, кредиторы могут пожелать утвердить лишь тот план, который лишает акционеров должника контрольного пакета акций неплатежеспособного предприятия, и могут также лишить действующую администрацию любых управленческих функций. Если должнику предоставлено исключительное право на подготовку плана и он отказывается рассмотреть такую схему, то возникает опасность провала реорганизации, что нанесет ущерб и кредиторам, и работникам, и неплатежеспособному предприятию. Для того чтобы учесть такую обеспокоенность в некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что, если должник не представил приемлемый план до истечения срока действия его исключительного права, то возможность предложить план предоставляется кредиторам (это может быть сделано через комитет кредиторов (см. раздел "Комитеты кредиторов")). Такое решение может создать средство, необходимое для содействия достижению компромисса между участвующими сторонами.

270. Третий подход мог бы заключаться в том, чтобы предоставить возможность для подготовки плана управляющему в деле о несостоятельности, будь то в качестве альтернативы подготовке плана должником или кредиторами или в качестве дополнительной меры. При условии, что у управляющего в деле о несостоятельности была возможность ознакомиться с состоянием коммерческого предприятия должника, его положение создает хорошие условия для принятия решения о том, какие меры необходимы для обеспечения рентабельности предприятия. Значение, придаваемое установлению возможностей для участия управляющего в деле о несостоятельности или кредиторов, зависит от структуры законодательства. В случаях, когда необходимым условием для вступления плана в силу является его утверждение требуемым большинством кредиторов, вероятность утверждения того плана, который учитывает приемлемые для кредиторов предложения, будет более высокой по сравнению с планом, не учитывающим таких предложений. Эти соображения не применимы для случаев, когда утверждение кредиторами не является необходимым или когда их решение может быть отменено судом. Хотя может предусматриваться возможность

подготовки плана рядом сторон, подготовка нескольких планов одновременно в целом не является желательной. Хотя такой подход может усложнить процедуры и нанести ущерб их эффективности, в ряде случаев он также может способствовать подготовке взаимоприемлемого плана.

271. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что суд может рассмотреть мнения относительно плана таких третьих сторон, как правительственные учреждения и профсоюзы. Хотя в том или ином конкретном случае это может оказать помощь в подготовке приемлемого плана, такая процедура также может привести к затягиванию хода производства и ее применение может быть желательным только в том случае, если это принесет пользу с учетом обстоятельств конкретного дела и если она осуществляется под тщательным контролем при соблюдении оговоренных сроков.

с) Содержание

272. В законодательстве большинства стран установлены требования о том, чтобы в плане реорганизации всем сторонам должным образом и четко раскрывалась информация относительно финансового положения неплатежеспособного предприятия и преобразования юридических прав, предлагаемого в плане. Информация о финансовом положении должника может включать ведомости активов и обязательств, а также движения наличности; точные подробности предложений, включенных в план; подробности относительно возмещения, которое будет предоставлено кредиторам (а также информация о том, почему это возмещение будет более значительным, чем это было бы в случае ликвидации); и основа, на которой коммерческое предприятие будет способно продолжить свои коммерческие операции и может быть успешно реорганизовано. Информация относительно включаемых в план предложений может касаться следующего: подробности относительно распределения средств; продолжение осуществления или прекращение контрактов, которые не были исполнены в полном объеме, и неистекших договоров об аренде; погашение требований; продажа обеспечения; минимальные выплаты дивидендов кредиторам; процедура раскрытия информации и утверждения; права заявителей оспариваемых требований на участие в процедурах голосования и условия урегулирования вопросов об оспариваемых требованиях; и права на голосование и полномочия лиц, принадлежащих к "внутреннему кругу". Предоставление такой информации способствует достижению ключевой цели прозрачности и может оказать помощь в обеспечении доверия кредиторов к производству. В то же время предусматриваемый порядок потребует, возможно, сбалансировать с учетом обеспокоенности соображениями конфиденциальности, возникающей в результате предоставления кредиторам доступа к касающейся должника финансовой и коммерческой информации, которая может носить конфиденциальный характер, даже если такая информация может быть в конечном итоге открыта для публичного ознакомления в результате утверждения плана судом.

273. Вопрос о содержании плана тесно связан с вопросом о его утверждении и вступлении в силу. Результаты осуществления плана зависят от существующих практических возможностей, т.е. другими словами, от того, насколько велика вероятность успешной реализации плана и реабилитации должника на основе известных фактов и обстоятельств и разумных предположений. При голосовании

по плану кредиторам необходимо убедиться в том, что план практически осуществим и не основывается, например, на ошибочных предпосылках или не предполагает сохранения чрезмерной обремененности должника задолженностью. Для облегчения проведения такой оценки план может сопровождаться докладом квалифицированного специалиста, от которого может ожидать изложение заслуживающего доверия и беспристрастного мнения относительно мер, предлагаемых в плане. В тех случаях, когда кредиторы не соглашаются с профессиональной оценкой, эти мнения могут быть учтены либо в ходе голосования по плану с помощью механизма, разрешающего внесение в план поправок, либо судом при утверждении плана (в тех случаях, когда этот элемент требуется применяемыми процедурами).

274. Применительно к содержанию плана также возникают вопросы, связанные с другими областями законодательного регулирования. Например, в той мере, в которой национальное законодательство о деятельности акционерных обществ исключает возможность обмена долгов на акции, план, предусматривающий такой обмен, не может быть утвержден. Поскольку обмен долгов на акции может быть важным элементом реорганизации, этот запрет будет необходимо отменить с тем, чтобы подобные положения могли быть включены в план и утверждены. Аналогично, если план ограничивается списанием долга или продлением сроков его погашения, он может не получить достаточной поддержки кредиторов для его принятия и успешного осуществления. Применительно к некоторым делам о несостоятельности возникают аналогично четкие и неоспоримые вопросы о взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и другими нормами права. В других случаях 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 работников согласно соответствующим трудовым законам – в случаях, например, когда реорганизация может быть связана с вопросами изменения коллективных договоров, – или вопросы, связанные с налоговым законодательством. Согласно некоторым законам о несостоятельности в оговоренных обстоятельствах допускается преодоление некоторых ограничений, устанавливаемых другими нормативными актами, при этом в целях обеспечения прозрачности и предсказуемости желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности был прямо урегулирован вопрос о его взаимосвязи с другими законами.

d) Принятие плана и его последствия

275. Разработка законодательных норм применительно к принятию плана и его последствиям требует сбалансированного учета ряда порой противоречащих друг другу соображений. С одной стороны, будет, возможно, желательно предусмотреть возможность "навязывания" согласованного плана меньшинству не согласных с ним кредиторов с тем, чтобы повысить шансы на успех реорганизации. В той мере, в которой план может приниматься и в принудительном порядке осуществляться, несмотря на не согласных с ним кредиторов, может возникнуть необходимость в обеспечении того, чтобы содержание плана предусматривало надлежащую защиту несогласных кредиторов и, в частности, не создавало несправедливых последствий для их прав. С другой стороны, в той мере, в которой процедура принятия приводит к нанесению существенного ущерба требованиям кредиторов (особенно

обеспеченных кредиторов) без их согласия, возникает опасность того, что будет нанесен ущерб также и готовности кредиторов предоставлять кредиты в будущем.

i) Обеспеченные и приоритетные требования

276. Во многих случаях на обеспеченные требования будет приходиться значительная доля стоимостного объема задолженности должника, и в вопросе о принятии плана обеспеченными и приоритетными кредиторами могут быть использованы различные подходы. Согласно одному из них в случае, если законодательство предусматривает, что принятие плана не препятствует обеспеченным кредиторам в осуществлении их прав, в целом не имеется необходимости в предоставлении таким кредиторам права участвовать в голосовании, поскольку их интересы планом не затрагиваются. Согласно этому подходу аналогичное положение занимают и приоритетные кредиторы: план не может сократить 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 сократить шансы на успешное проведение реорганизации, особенно в случае, когда активы, обеспечивающие требования, имеют жизненно важное значение для успеха реализации плана: если обеспеченный кредитор не связан планом или план предусматривает полное удовлетворение требований обеспеченных кредиторов, то решение обеспеченного кредитора об осуществлении его прав может сделать выполнение плана невозможным. Аналогично при некоторых обстоятельствах, единственный способ создания возможности для успешной реализации плана может состоять в том, чтобы предусмотреть такой порядок, при котором приоритетные кредиторы получают после принятия плана меньшую сумму, чем полная стоимость их требований.

277. Для разрешения некоторых таких проблем в ряде стран используется подход, разрешающий обеспеченным и приоритетным кредиторам, в качестве отдельных категорий кредиторов, участвовать в голосовании по плану, который будет создавать последствия для стоимости их требований, или иным образом давать свое согласие на обязательную силу плана. Создание этих категорий кредиторов исходит из признания того, что их соответствующие права и интересы отличаются от прав и интересов необеспеченных кредиторов. В той мере, в которой получена поддержка большинства в категориях как обеспеченных, так и приоритетных кредиторов, они будут связаны условиями плана. В этих обстоятельствах согласно законодательству, как правило, требуется, чтобы несогласные кредиторы имели право на получение по крайней мере такой же суммы что и та, которую они бы получили в случае ликвидации. Согласно некоторым законам о несостоятельности также предусматривается, что обеспеченные кредиторы могут быть связаны планом в случае, если суд уполномочен вынести в их отношении такое постановление, если при этом соблюдается ряд условий. К числу таких условий могут относиться следующие: взыскание обеспечения обеспеченным кредиторам окажет материальное неблагоприятное воздействие на достижение целей плана, а обеспечение и интересы обеспеченного кредитора будут пользоваться достаточной защитой согласно плану.

ii) Обычные необеспеченные кредиторы

278. Даже в том случае, если участие в голосовании обеспеченных или приоритетных кредиторов не допускается, то желательно, чтобы обычные необеспеченные кредиторы располагали эффективными возможностями для голосования по плану. В этих целях могут использоваться различные механизмы, однако для обеспечения предсказуемости и прозрачности сделанный выбор должен быть четко оговорен в законодательстве о несостоятельности.

279. *Большинство.* В некоторых законах определяется минимальный уровень поддержки обычных необеспеченных кредиторов, требующейся для того, чтобы план имел обязательную силу для таких кредиторов, а также предусматриваются процедуры голосования, которые должны использоваться для определения того, что подобная поддержка существует. Один из важных вопросов в этой связи касается способа подсчета голосов, будь то на основе только процентной доли стоимости долга, причитающейся кредиторам, поддерживающим план, или также на основе числа кредиторов, выразивших такую поддержку. Например, согласно некоторым законам требуется, чтобы план был поддержан кредиторами, на которых приходится две трети стоимости долга, и половиной общего числа кредиторов. Используются также и другие сочетания. Хотя такая процедура и повышает трудность получения согласия, ее применение может быть оправдано на том основании, что она защищает коллективный характер производства. Например, если на долю какого-либо одного кредитора приходится большая часть стоимости, такое правило не даст этому кредитору возможности навязать план всем другим кредиторам против их воли. Аналогично, большое число очень мелких кредиторов не сможет навязать свое решение немногочисленным кредиторам, обладающим весьма крупными требованиями. Использование такой процедуры может быть также обосновано тем соображением, что она помогает обеспечить такую поддержку плана, которая будет достаточной для создания возможностей его успешной реализации.

280. Что касается процедур голосования, то во многих странах используется подход, предусматривающий расчет процентной доли поддержки на основе учета голосов тех кредиторов, которые фактически участвуют в голосовании. При этом считается, что отсутствующие мало заинтересованы в производстве. Такой подход требует наличия и эффективного осуществления соответствующих положений об уведомлении, особенно применительно к кредиторам – нерезидентам (см. ...).

281. *Категории кредиторов.* В некоторых странах, где установлены категории обеспеченных и приоритетных кредиторов, также предусматривается разделение на различные категории и необеспеченных кредиторов. Цель создания этих категорий состоит в том, чтобы повысить шансы на реорганизацию, по меньшей мере в трех отношениях: за счет обеспечения полезного инструмента 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 кредиторов, не поддерживающих план. Поскольку установление различных категорий потенциально может усложнить процедуру голосования, такой порядок является, возможно, желательным только

в случае существования причин, настоятельно требующих особого режима для некоторых необеспеченных кредиторов. К числу критериев, которые могут использоваться для определения общности интересов, могут относиться следующие: характер задолженности, на основании которой возникают требования; средства правовой защиты, имеющиеся в распоряжении кредиторов в отсутствие плана реорганизации, и степень, в которой кредиторы могут получить возмещение по своим требованиям с помощью использования этих средств; режим требований согласно плану реорганизации; и степень, в которой требования будут оплачены по плану.

282. *Полномочия на "навязывание" плана.* В некоторых странах, в которых предусматривается участие в голосовании обеспеченных и приоритетных кредиторов, а также создание различных категорий необеспеченных кредиторов, также устанавливается механизм, который позволяет при поддержке плана одной категорией кредиторов сделать его обязательным для других кредиторов (включая категории обеспеченных и приоритетных кредиторов) без их согласия. Такой механизм часто называется положением о "навязывании плана". Создание категорий и применение подобных правил усложняет как само законодательство о несостоятельности, так и его применение управляющим в деле о несостоятельности и судом и может потребовать, например, значительной свободы усмотрения в принятии таких решений по экономическим вопросам, как деление необеспеченных кредиторов судом на категории на основе их экономических интересов. Такая свобода усмотрения, если она не реализуется на основе соответствующей информации и независимым и предсказуемым образом, может потенциально нанести ущерб доверию кредиторов.

283. *Акционеры.* В законодательстве некоторых стран предусматривается принятие планов акционерами должника, по крайней мере в тех случаях, когда план будет затрагивать корпоративное устройство, структуру капитала или членский состав. Кроме того, в тех случаях, когда план предлагается администрацией должника, его условия уже могут быть приняты акционерами (в зависимости от предприятия: такой порядок может предусматриваться его учредительным документом). Это часто имеет место в тех случаях, когда план непосредственно затрагивает акционеров, если предусматривается, например, обмен долга на акционерный капитал либо посредством передачи имеющихся акций, либо путем выпуска новых акций.

284. В обстоятельствах, когда законодательство разрешает кредиторам или управляющему в деле о несостоятельности предлагать план и этот план предусматривает обмен долга на акционерный капитал, в некоторых странах предусматривается возможность принятия плана, несмотря на возражения акционеров, независимо от условий учредительного документа предприятия. Результатом осуществления таких планов может быть полная замена существующего состава акционеров без их согласия.

iii) *Кредиторы, являющиеся связанными с должником сторонами*

285. [голосование по утверждению плана]

iv) *Последствия плана*

286. Если план принят, то для определения круга лиц, связанных этим планом, используются различные подходы. Представляется, что согласно некоторым законам о несостоятельности план считается связывающим только тех кредиторов, которые приняли участие в голосовании, в то время как согласно законодательству других стран он является обязательным для всех необеспеченных кредиторов, директоров и акционеров.

e) Утверждение плана судом

287. Утверждение судом плана, принятого кредиторами, требуется отнюдь не во всех странах: единственным необходимым условием является принятие большинством кредиторов. В то же время суд может выполнять определенные функции в процессе рассмотрения плана в случаях, когда миноритарные кредиторы возражают как против самого плана, так и против средств, с помощью которых он был принят (см. раздел "Оспаривание плана").

288. В тех случаях, когда требуется утверждение плана судом (или в некоторых странах, административным органом), как правило, ожидается, что суд утвердит план, принятый необходимым большинством кредиторов. Во многих странах судам предоставлена возможность играть активную роль в "связывании" кредиторов путем придания плану принудительной силы в отношении какой-либо категории кредиторов, проголосовавшей против принятия плана. Это может предполагать осуществление судом функций, носящих характер юридической формальности: от суда не требуется изучения коммерческих соображений, на основе которых был принят план, а только обеспечение того, чтобы решение кредиторов было принято надлежащим образом и чтобы были выполнены необходимые предварительные условия. Суд может отклонить план на том основании, что интересы несогласных кредиторов не были должным образом защищены (поскольку, например, они не получают столько же средств, сколько они получили бы при ликвидации) или что имеются факты, свидетельствующие о мошеннических действиях в процессе принятия плана.

289. Согласно некоторым законам о несостоятельности суду предоставляется право отклонить план на основании его неосуществимости. Такой порядок может быть оправдан, например, в тех случаях, когда план не связывает обеспеченных кредиторов, но не предусматривает также и полного удовлетворения обеспеченных требований таких кредиторов. Суд может отклонить план в подобном случае, если сочтет, что обеспеченные кредиторы осуществят свои права в отношении обеспечения, что сделает реализацию плана невозможной. Риск возникновения подобных ситуаций может быть учтен в положениях, касающихся подготовки и принятия плана. Какие бы функции ни возлагались на суд применительно к плану и реорганизации, желательно, чтобы от суда не требовалось рассмотрения экономических и коммерческих соображений, лежащих в основе решения кредиторов, если только он не обладает соответствующей компетенцией и опытом.

f) Оспаривание плана

290. Поскольку реорганизационное производство, по всей вероятности, затронет интересы всех кредиторов, для оспаривания плана будет, как правило, требоваться наличие свидетельств о том, что уровень ущерба или вреда будет превышать такой же уровень для других кредиторов или категорий кредиторов. Согласно некоторым законам также устанавливается, что план подлежит оспариванию, и предусматриваются возможности для его пересмотра или отмены с учетом установленных критериев, на основе которых может быть проведена оценка факторов, вызвавших несогласие кредиторов. К числу таких критериев может относиться факт обеспечения принятия плана с помощью мошеннических действий (например, представления ложной или вводящей в заблуждение информации или утаивания существенной информации в отношении плана реорганизации) или факт нарушений в процедуре голосования (например, участие кредиторов, связанных с должником, или несоответствие решения о принятии плана интересам кредиторов в целом) или в процедурах ведения совещания, на котором было проведено голосование.

g) Изменения в плане

291. Для случаев, когда голосование по плану реорганизации не дает большинства голосов, необходимого для утверждения плана, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться механизм для внесения в план изменений и его пересмотра кредиторами. Один из подходов может, например, заключаться в том, чтобы предоставить кредиторам право объявить большинством голосов о перерыве в совещании, 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 в случае любых других этапов производства, желательно, чтобы возможность перерыва предусматривалась лишь для ограниченного круга обстоятельств или, по крайней мере, чтобы ограничивалось количество возможных случаев объявления перерывов, при установлении, возможно, предельных сроков для целей быстрого завершения новых переговоров и избежания злоупотребления этими процедурами.

292. В законодательстве о несостоятельности может также содержаться положение о внесении изменений в план после его принятия, если его реализация заходит в тупик или сочтена невозможной. Во многих правовых системах предусматривается, что в план могут вноситься изменения, если это отвечает интересам кредиторов. В тех случаях, когда первоначальный план утвержден судом, может также требоваться утверждение и плана с внесенными изменениями.

h) Осуществление плана

293. В большинстве случаев планы могут быть осуществлены без необходимости в каком-либо дальнейшем вмешательстве. Однако иногда может возникать необходимость в надзоре или контроле за осуществлением плана со стороны независимого лица. В некоторых странах предусматривается, что надзорные функции суда в отношении должника сохраняются и после принятия и утверждения плана, вплоть до его полного осуществления. Это может иметь

важное значение в случае возникновения вопросов толкования, касающихся вопросов исполнения или характера обязательств должника или других лиц. В некоторых странах суду разрешается выносить решения о сохранении – в различной степени – надзора над операциями должника со стороны надзорного органа или управляющего в деле о несостоятельности после утверждения плана.

i) Случаи непринятия плана или срыва осуществления

294. В случаях, когда план не принимается или его осуществление сорвано или когда в любых из таких обстоятельств изменение плана не поможет в разрешении этих трудностей, в законодательстве о несостоятельности могут использоваться различные подходы в отношении последующих действий. Согласно некоторым законам о несостоятельности предусматривается, что факт непринятия кредиторами плана должен считаться указанием на их предпочтение ликвидации. Такой подход может побуждать должников к попыткам представить приемлемый план, однако желательным оговорить его применение защитными положениями, направленными на предупреждение злоупотреблений в случаях, когда ликвидация отвечает интересам не всех кредиторов.

295. Для этих случаев, когда реализация плана срывается необратимо, в законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено преобразование процедур в ликвидацию. Хотя такой подход будет обеспечивать некоторую определенность относительно окончательного исхода производства, он может привести также к дополнительным задержкам и сокращению стоимости, что приведет к получению кредиторами меньших сумм, чем в случае реорганизации. Другой подход мог бы состоять в том, чтобы считать производство по делу о несостоятельности завершенным и разрешить кредиторам предпринимать индивидуальные действия. Такой подход не разрешает финансовых трудностей должника и может вызвать борьбу за активы, недопущение которой являлось целью 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 такой план не может быть подготовлен. Необходимо признать, что в тот или иной момент равновесие между соображениями обеспечения наилучших результатов для всех кредиторов и необходимостью принятия практически возможных решений может быть нарушено в пользу практических решений, и в законодательстве о несостоятельности необходимо предусмотреть достаточные возможности для проявления гибкости с тем, чтобы допустить такой вариант действий.

j) Преобразование в ликвидацию

296. В ходе реорганизационного производства могут возникнуть некоторые обстоятельства, на случай которых в законодательстве о несостоятельности было бы желательно предусмотреть механизм преобразования процедур в ликвидацию. Такие обстоятельства могут включать случаи, когда установлено отсутствие разумной вероятности успешной реабилитации предприятия или когда становится очевидно, что должник злоупотребляет реорганизационными процедурами и не проявляет готовности к сотрудничеству с управляющим в деле о несостоятельности (например, утаивает информацию) или предпринимает иные недобросовестные действия (например, мошеннические переводы

средств). Поскольку управляющий в деле о несостоятельности является той стороной, которая, не считая должника и 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, разумно разрешить кредиторам или комитету кредиторов (если он учрежден) обращаться к суду, на тех же основаниях, с ходатайством о преобразовании производства. Суду могут быть также предоставлены полномочия на преобразование производства по его собственной инициативе.

297. С тем чтобы предусмотреть защитительные положения против злоупотреблений процедурами преобразования, может быть использован ряд подходов. Один из вариантов действий мог бы состоять в том, чтобы предусмотреть предельный срок для завершения реорганизационных процедур (например, 120 дней с момента открытия производства), а также не наделять суд полномочиями по его продлению. Такой подход может обладать тем преимуществом, что будет устанавливаться предельный срок, являющийся стимулом к подготовке и принятию плана, хотя может также создаваться и риск введения произвольных ограничений, которые могут оказаться лишними и неоправданными в ряде случаев (например, в случае очень крупных дел о несостоятельности, когда подготовка плана может занять более 12 месяцев) и может – по причине негибкости предельного срока – привести к неудаче в делах, в рамках которых в противном случае могла бы быть проведена успешная реорганизация. Один из вариантов такого подхода, который предоставил бы кредиторам более значительные возможности для отстаивания своих позиций, может заключаться в установлении первоначального срока (возможно, в 60-90 дней), который мог бы быть продлен только голосованием кредиторов (возможно, на основе доклада управляющего в деле о несостоятельности или независимого эксперта по вопросу о практической осуществимости реорганизации), но который в любом случае не может превышать установленного предела (например, 120 дней).

к) Погашение задолженности и требований

298. С целью обеспечения наилучших шансов для успешного функционирования реорганизованного предприятия в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться погашение или изменение условий задолженности и требований, которые были погашены или иным образом изменены согласно плану. Такой подход способствует достижению цели обеспечения коммерческой определенности за счет признания обязательной силы прощения, аннулирования или изменения условий погашения долгов в соответствии с утвержденным планом. Этот принцип имеет особое значение для обеспечения соблюдения условий плана кредиторами, отклонившими план, и кредиторами, не участвующими в производстве. Это также обеспечивает определенность для других кредиторов и инвесторов относительно того, что они не будут втянуты в непредусматриваемую ликвидацию и что им не придется конкурировать со скрытыми или незаявленными требованиями. Таким образом, погашение будет безоговорочно устанавливать факт того, что план полностью регулирует юридические права кредиторов.

l) Прекращение плана

299. План реорганизации будет, как правило, рассматриваться в качестве прекращенного в случае его полного осуществления или распоряжения суда о его прекращении по причине невозможности реализации. В последнем случае, с тем чтобы избежать ситуации, при которой за должником будет сохранен статус несостоятельного, а его финансовое положение останется неурегулированным, суд также может принять решение о преобразовании производства в ликвидацию.

2. Резюме и рекомендации – планы реорганизации

1) Цели положений, касающихся плана реорганизации, заключаются в следующем:

- a) способствовать переговорам между должником, его кредиторами и другими заинтересованными сторонами в целях урегулирования финансовых трудностей должника в соответствии с планом реорганизации;
- b) придать плану реорганизации обязательную силу для всех кредиторов и должника;
- c) обеспечить условия для осуществления плана реорганизации;
- d) урегулировать последствия непредставления приемлемого плана, неспособности добиться принятия плана кредиторами, неудачи в осуществлении плана;
- e) преобразовать производство в ликвидацию при определенных обстоятельствах;
- f) погасить долги и требования.

2) План реорганизации может быть предложен при подаче заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности или после открытия такого производства. В тех случаях, когда требуется представление плана реорганизации при подаче заявления, такой план готовит должник.

3) Для случаев, когда план реорганизации составляется после открытия производства, в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть гибкий подход к вопросам подготовки такого плана, который предусматривал бы возможности для участия всех основных сторон производства по делу о несостоятельности: должника, кредиторов и управляющего в деле о несостоятельности. Например, может быть предусмотрено, что должнику предоставляется исключительное право предложить план в течение определенного срока, но что при этом он должен проводить консультации с кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности. Если по истечении этого срока, в течение которого должник обладает исключительным правом, он не может предложить приемлемый план, возможность предложить план может быть предоставлена одному или нескольким кредиторам или комитету кредиторов в консультациях с управляющим в деле о несостоятельности или самому управляющему в деле о несостоятельности.

- 4) В законодательстве о несостоятельности может быть, с учетом положений других соответствующих правовых норм, оговорено минимальное содержание плана реорганизации. В него может включаться следующее: *[ведомости, характеризующие финансовое положение должника, включая ведомости активов и обязательств и ведомости движения наличных средств; подробности относительно конкретных предложений, включенных в план; подробности относительно возмещения, которое будет предоставлено кредиторам (а также информация о том, почему это возмещение будет более значительным, чем это было бы в случае ликвидации); и основа, на которой коммерческое предприятие будет способно продолжить свои коммерческие операции и может быть успешно реорганизовано]*.
- 5) Для целей плана реорганизации кредиторы могут быть разделены на категории в соответствии с характером и содержанием их соответствующих прав.
- 6) План реорганизации может быть принят, если он поддержан:
- а) большинством категорий приоритетных и обеспеченных кредиторов (в случае, если их права затрагиваются предложенным планом);
 - б) большинством категорий необеспеченных кредиторов; и
 - в) большинством акционеров должника (когда их права затрагиваются предложенным планом).
- 7) Для целей принятия большинство составляют голоса половины от числа кредиторов, фактически принявших участие в голосовании, и голоса кредиторов, которым принадлежит две трети долга.
- 8) В законодательстве о несостоятельности может быть предусмотрено, что принятие плана реорганизации большинством кредиторов делает план обязательным для несогласных кредиторов ("положение о навязывании плана").
- 9) В законодательстве о несостоятельности может предусматриваться утверждение плана реорганизации судом или соответствующим административным органом для создания возможности его принудительного осуществления в отношении кредиторов. Суду могут быть предоставлены полномочия на утверждение плана при условии, что:
- а) интересы несогласных кредиторов защищены надлежащим образом;
 - б) план является практически осуществимым;
 - в) *[прочее]*.
- 10) Несогласные кредиторы могут возражать против плана на том основании, что принятие плана было обеспечено с помощью мошеннических действий (например, представления ложной или вводящей в заблуждение информации или утаивания существенной информации в отношении плана реорганизации), или на основании факта нарушений в процессе голосования (например, участие кредиторов, связанных с

должником, или несоответствие решения о принятии плана интересам кредиторов в целом).

11) Суд должен обладать полномочиями по осуществлению надзора над реализацией плана или по возложению надзорных функций на надзорные органы или управляющего в деле о несостоятельности, если в этом возникнет необходимость.

12) Следует предусмотреть возможности для внесения изменений в план, если он не получает поддержки на уровне, требуемом для его принятия, или после его принятия на том основании, что осуществление плана срывается или что план сочтен невозможным для реализации.

13) В законодательстве о несостоятельности следует регулировать вопрос о погашении долгов и требований на основании того подхода, который использован в их отношении в плане реализации.

14) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть прекращение плана, когда его осуществление завершено, или – в случае срыва осуществления и невозможности изменения плана – о преобразовании процедур в ликвидацию.