



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
23 September 2002

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)

Двадцать седьмая сессия

Вена, 9–13 декабря 2002 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

[Введение и Часть первая проекта руководства содержатся в документе A/CN.9/WG.V/WP.63; глава I Части второй содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1 и Add.2; глава II.A и B содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.A-D содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-8; главы IV-VII содержатся в последующих добавлениях]

Пункты Стр.

Часть два (продолжение)

III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

Е. Процедура расторжения сделок	151–189	2
1. Введение	151–157	2
2. Критерии расторжения сделок	158–161	4
3. Категории сделок, подлежащих расторжению	162–174	5
4. Сделки, не подпадающие под действия по расторжению сделок	175	11
5. Установление "подозрительного" периода	176–178	11
6. Начало применения процедур расторжения сделок	179–187	12
7. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам	188	15
8. Контракты, заключенные после подачи заявления и открытия производства	189	16
Рекомендации	(69)–(81)	16



Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в документе A/CN.9/WG.V/WP.58, содержащем предыдущий вариант текста руководства.

Номера рекомендаций в [...] относятся к соответствующим рекомендациям в документах A/CN.9/WG.V/WP.61 и A/CN.9/WG.V/WP.61/Add.1, содержащих предыдущий вариант рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций отмечены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

III. Режим активов при открытии производства по делу о несостоятельности

Е. Процедура расторжения сделок

1. Введение

151. [124] Производство по делу о несостоятельности (как ликвидационное, так и реорганизационное) может быть открыто по истечении продолжительного срока после того, как для должника впервые станет очевидной неизбежность такого результата. В течение 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, или же кредиторы могут обладать значительными возможностями для принятия стратегических мер для того, чтобы оказаться в благоприятном положении. В результате таких действий с точки зрения последующего производства по делу о несостоятельности в невыгодном положении окажутся обычные необеспеченные кредиторы, которые не выступали сторонами таких сделок и не пользуются защитой в виде обеспечения, а также будет нанесен ущерб ключевой цели обеспечения равного режима для кредиторов, находящихся в аналогичном положении.

152. [131] В настоящем разделе цель использования слова "сделка" состоит в том, чтобы в целом охватить широкий диапазон юридических актов, с помощью которых может осуществляться отчуждение активов или принятие обязательств, в том числе путем передачи, платежа, создания обеспечения, гарантии, ссуды или высвобождения.

153. [125] В законодательстве о несостоятельности многих стран содержатся положения, имеющие обратную силу и направленные на расторжение тех ранее совершенных сделок, стороной которых являлся неплатежеспособный должник, или сделок с имуществом должника в тех случаях, когда они имеют определенные последствия. Такие последствия включают сокращение общей стоимости активов должника (например, если активы отдаются в дар, передаются или продаются за сумму, меньшую их справедливой коммерческой стоимости) или нарушение принципа равных долей кредиторов одной и той же очереди (например, в результате выплаты долга необеспеченному кредитору или предоставления обеспечения кредитору, который в ином случае оставался бы необеспеченным, при том что другим необеспеченным кредиторам выплат не

производится и они по-прежнему являются необеспеченными). Во многих случаях положения законодательства, не касающиеся несостоятельности, также регулируют подобные виды сделок, которые наносят ущерб кредиторам вне контекста несостоятельности, однако они также могут иметь значение при несостоятельности. В некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности может, в дополнение к положениям законодательства о несостоятельности, использовать и такие положения законодательства, которые не затрагивают несостоятельность.

154.[133] Как правило, возможность расторжения сделок при несостоятельности 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, собственников или директоров предприятия–должника); для поддержания в целом принудительной реализации прав кредиторов; для обеспечения равного режима для всех кредиторов путем 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, в некоторых странах, для создания основ, способствующих внесудебному урегулированию: кредиторам будет известно, что совершенные в последний момент сделки или изъятия активов могут быть аннулированы, и в силу этого они будут проявлять большую готовность работать совместно с должниками в целях достижения приемлемого урегулирования без вмешательства суда.

155.[125] Основная цель полномочий на расторжение сделок состоит в том, чтобы сохранить целостность имущественной массы и обеспечить получение кредиторами справедливой доли активов несостоятельного должника, распределяемых в соответствии с установленной очередностью платежей. Независимо от этой цели важно иметь 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, когда они заключаются в непосредственной близости от момента открытия производства по делу о несостоятельности. Полномочия на расторжение сделок не направлены на то, чтобы заменить или иным образом воздействовать на другие средства защиты интересов кредиторов, доступные согласно общим нормам гражданского или торгового права.

156.[126] Вопрос о положениях, разрешающих расторгать сделки, обсуждается весьма активно, особенно с точки зрения их эффективности на практике и необходимости в определенном смысле производных правил для определения, например, соответствующих сроков, а также природы круга охватываемых сделок. Тем не менее положения о расторжении сделок могут играть важную роль в законодательстве о несостоятельности, причем не только в силу той причины, что принципиальные соображения, которые обуславливают их введение, являются обоснованными, но и потому, что такие положения могут привести к возвращению активов или их стоимости в интересах кредиторов в целом и что положения такого характера способствуют установлению кодекса

справедливого коммерческого поведения и являются частью соответствующих стандартов надлежащего управления коммерческими предприятиями.

157.[127] Как и в случае ряда других ключевых положений законодательства о несостоятельности, при разработке положений о расторжении сделок необходимо обеспечить сбалансированность между противоречащими друг другу социальными выгодами, такими как, с одной стороны, необходимость наличия широких полномочий для максимизации стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов и, с другой стороны, возможность нанесения ущерба договорной предсказуемости и определенности. Даже в тех случаях, когда в законодательстве о несостоятельности предусмотрены широкие полномочия на расторжение сделок, осуществление таких полномочий может быть обусловлено четкими критериями, которые могут способствовать обеспечению коммерческой определенности и предсказуемости.

2. Критерии расторжения сделок

158.[128] В законодательстве о несостоятельности многих стран предусмотрены существенно различающиеся подходы к установлению критериев, касающихся процедуры расторжения сделок, с точки зрения конкретных критериев и того, как они сочетаются в каждой правовой системе. С точки зрения применимых критериев их можно в широком смысле разделить на категории объективных и субъективных критериев.

159.[128] В рамках одного из подходов подчеркивается необходимость использования обобщенных, объективных критериев для определения того, какие сделки могут быть расторгнуты. При этом вопрос будет, например, состоять в том, совершена ли сделка в течение оговоренного срока до подачи заявления об открытии производства или до открытия производства по делу о несостоятельности (который часто именуется "подозрительным" периодом) или обладает ли сделка какой-либо характеристикой из ряда общих характеристик, установленных законодательством (например, предоставление надлежащей стоимости переданных активов или принятых обязательств, независимо от того, наступил ли срок погашения долга или исполнения обязательства, или взаимоотношения между сторонами сделки). Хотя обобщенные 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, могут подлежать расторжению, в то время как мошеннические или преференциальные сделки, заключенные за пределами этого периода, окажутся защищенными.

160.[129] В рамках другого подхода основное внимание уделяется таким конкретизированным, субъективным критериям, как наличие доказательств намерения скрыть активы от кредиторов, прекращение выплат должником в момент совершения сделки или неспособность производить платежи по сделке, несправедливый характер сделки в отношении некоторых кредиторов и осведомленность контрагента о том, что должник прекратил производить платежи. Такой индивидуализированный подход может потребовать тщательного рассмотрения вопроса о намерениях сторон сделки и других факторов, таких как финансовые обстоятельства должника, и о том, что представляет собой обычная

практика ведения коммерческих операций между должником и отдельными кредиторами.

161. Законодательство о несостоятельности лишь небольшого числа стран опирается исключительно на субъективные критерии в качестве основы положений о расторжении сделок; как правило, такие критерии используются в сочетании с установленным сроком, в течение которого должны совершаться сделки. [129] В некоторых странах широкое использование субъективных критериев вызвало многочисленные судебные тяжбы и повлекло за собой значительные расходы для имущественной массы. С тем чтобы избежать таких расходов, в законодательстве некоторых стран используется строго объективный подход, предусматривающий установление короткого "подозрительного" периода продолжительностью, например в четыре месяца. В некоторых случаях такой короткий "подозрительный" период сочетается с дискреционным правилом, согласно которому все сделки, совершенные в течение этого срока, будут считаться подозрительными, если только не имел места практически одновременный обмен стоимостью между сторонами сделки. В законодательстве о несостоятельности ряда стран в отношении различных видов сделок применяется сочетание таких различных подходов. Например, преференциальные сделки и сделки с заниженной стоимостью могут быть определены путем ссылки на объективные критерии, а сделки, направленные на то, чтобы воспрепятствовать действиям кредиторов или затруднить такие действия, будут определены путем ссылки на более субъективные элементы, связанные с вопросом умысла. В законодательстве о несостоятельности одной из стран, в которой используется сочетание объективных и субъективных элементов, предусматривается, например, что такие сделки, как пожертвование, обеспечение имеющихся долгов и необычные платежи (платежи, не произведенные с использованием обычных платежных средств, или досрочные платежи) могут быть расторгнуты, когда они совершаются в течение трех месяцев до открытия производства. Другие сделки могут быть аннулированы, если должник прекратил платежи, сделка является несправедливой или ненадлежащей в отношении группы кредиторов и контрагенту было известно, что должник прекратил платежи в момент совершения сделок.

3. Категории сделок, подлежащих расторжению

162.[132] Для большинства правовых систем характерны три широкие и общие категории сделок, подлежащих расторжению, которые, несмотря на различия в их определении, используются в настоящем руководстве в качестве основы для обсуждения. К их числу относятся следующие сделки: сделки, совершенные с намерением затруднить или затянуть действия кредиторов или воспрепятствовать действиям кредиторов по удовлетворению своих требований (часто именуемые мошенническими сделками), сделки 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 обстоятельств каждой сделки. Например, сделки, представляющиеся на первый взгляд преференциальными, могут в большей степени носить характер сделок, совершенных с намерением затруднить или задержать усилия кредиторов или воспрепятствовать таким усилиям, когда целью сделки является выведение активов за пределы досягаемости кредитора

или потенциального кредитора или нанесение иного ущерба интересам такого кредитора, и эти сделки совершаются тогда, когда должник испытывает финансовые проблемы и будет не в состоянии платить по своим обязательствам по мере наступления срока их погашения, или если в результате этих сделок у должника не остается достаточных активов для продолжения коммерческой деятельности. Аналогичным образом, сделки, совершенные по заниженной стоимости, могут также быть преференциальными, когда они заключены с кредиторами, но не когда они заключены с третьими сторонами, а когда существует явное намерение затруднить или задержать действия кредиторов либо воспрепятствовать им, они подпадают под первую категорию сделок. По этим причинам желательно, чтобы в законодательстве о несостоятельности оговаривались конкретные характеристики, имеющие важное значение для расторжения сделок, вместо использования таких широких определений, как "мошеннические" или "преференциальные".

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

163.[134] Такие категории сделок совершаются должником, который переводит активы за пределы досягаемости кредиторов какой-либо третьей стороне с намерением создать преимущество для определенных кредиторов и, как правило, требуют, чтобы третьей стороне было известно о таком намерении или, в некоторых случаях, должно было быть известно о таком намерении. Подобные сделки, как правило, не могут автоматически расторгаться путем использования объективного критерия периода установленной продолжительности, в течение которого совершается сделка, что объясняется необходимостью в доказывании намерения должника. Такое намерение в редких случаях подтверждается прямыми доказательствами; речь скорее может идти об установлении общих обстоятельств, сопутствующих осуществлению таких видов перевода. Хотя такие обстоятельства разнятся в различных правовых системах, существует ряд общих показателей, включая следующее:

- i) взаимоотношения между сторонами сделки или обязательства, когда перевод был осуществлен непосредственно связанному с должником лицу или обязательство было принято непосредственно в отношении такого лица или через третью сторону в отношении связанного с должником лица;
- ii) стоимость, полученная за перевод или принятие обязательства, является номинальной или недостаточной;
- iii) финансовое положение должника как до, так и после осуществления перевода или принятия обязательства, особенно в тех случаях, когда должник уже не в состоянии платить по требованиям или утратил платежеспособность вскоре после осуществления перевода или принятия обязательства;
- iv) существование системы или серии сделок, связанных с переводом некоторых или практически всех активов должника, которые совершаются после возникновения финансовых трудностей или опасности процессуальных действий со стороны кредиторов;

- v) общий хронологический порядок расследуемых событий и сделок в тех случаях, когда, например, перевод был осуществлен вскоре после взятия должником на себя значительного долга;
- vi) сокрытие должником перевода или обязательства, особенно в тех случаях, когда это выходит за рамки обычных коммерческих операций, или использование фиктивных сторон; или
- vii) должник скрывается.

164. В законодательстве некоторых стран также оговорены обстоятельства, при которых может возникать презумпция намерения, или конкретные сделки, когда речь может идти о намерении или недобросовестности, например, сделки со связанными с должником лицами, совершаемые в течение оговоренного периода до открытия производства (дополнительно рассматривается ниже). В соответствии с законодательством других стран достаточным основанием для расторжения сделки могут быть случаи, если должник мог и, следовательно, должен был отдавать себе отчет в том, что последствия, если не цель, какой-либо сделки могут нанести ущерб кредиторам и что бенефициар мог и, следовательно, должен был отдавать себе отчет в том, что действия должника могут привести к таким последствиям. В законодательстве некоторых стран также предусматривается, что определенные операции, например передача правового титула на землю, не подлежат расторжению в рамках такой категории сделок, если такая операция была осуществлена добросовестно за надлежащую цену и бенефициар не получил уведомления или не знал о каком-либо умысле на мошенничество.

165. [134] Что касается доказывания наличия умысла, 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 продемонстрировано, что эта сделка является таковой, что она подпадает под эту категорию. Как отмечалось выше, при разработке законодательства о несостоятельности может быть желательным учет того факта, что сделки такого вида, которые потенциально могут быть расторгнуты согласно законодательству о несостоятельности, часто являются вполне действительными согласно иным нормам права.

b) Сделки по заниженной стоимости

166. [135] В законодательстве о несостоятельности многих стран предусматривается, что сделки обычно могут быть расторгнуты в тех случаях, когда стоимость, полученная должником в результате передачи каких-либо активов третьей стороне или принятия обязательства в отношении третьей стороны, является либо номинальной, например дарение, либо намного более низкой, чем истинная или рыночная стоимость переданных активов или принятых обязательств, и когда сделка совершена в течение оговоренного срока до конкретной даты ("подозрительный" период). Законодательство некоторых стран также содержит требование о необходимости установления факта прекращения выплат должником в момент совершения сделки или наступления несостоятельности должника в результате этой сделки. В эту категорию входят сделки как с кредиторами, так и с третьими сторонами. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что такие виды сделок

не подлежат расторжению в случае соблюдения определенных условий, таких как добросовестные действия бенефициара, совершение сделки в целях осуществления коммерческой деятельности должника, наличие разумных оснований полагать, что сделка отвечает интересам обычной коммерческой деятельности должника и, когда соответствующим требованием является прекращение выплат, превышение стоимости активов должника над суммой его обязательств на момент совершения сделки.

с) Преференциальные сделки

167. [136] Преференциальные сделки могут подлежать расторжению в тех случаях, когда i) сделка совершена в течение определенного, но, как правило, весьма короткого периода времени до подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности ("подозрительный" период), ii) сделка связана с передачей активов кредитору в счет прежней задолженности и iii) в результате этой сделки кредитор получает более высокую процентную долю суммы своего требования в активах должника, чем другие кредиторы той же очереди или категории (иными словами, преференцию). В законодательстве о несостоятельности многих стран также содержится требование доказывания факта несостоятельности или наступающей несостоятельности должника 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 кредиторов.

168. [137] В число примеров преференциальных сделок могут входить выплата или зачет долгов, срок погашения которых еще не наступил; совершение действий, которые должник не обязан совершать; предоставление обеспечения в отношении существующих долгов; необычные методы платежа – неденежные – по долгам, срок погашения которых наступил; выплата долга в существенном объеме в сравнении с активами должника; и выплата долгов в ответ на исключительное давление со стороны кредитора, например в случае судебной тяжбы или наложения ареста. Зачет, который сам по себе не подлежит 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 изменяется соотношение задолженности различным сторонам таким образом, что создается определенное предпочтение, или когда он связан с передачей или уступкой требований в отношениях между кредиторами, с тем чтобы расширить возможности для осуществления зачета. Когда зачет происходит при необычных обстоятельствах, например, когда стороны зачета не связаны между собой договорными отношениями, он также может быть аннулирован.

169. [138] Одним из возражений против утверждения о преференциальном характере сделки может быть доказывание того, что сделка, хотя она и содержит элементы преференций, на самом деле соответствует обычной коммерческой практике и, в частности, обычной практике деловых операций в отношениях между сторонами сделки. Например, платеж, произведенный по получении товаров, которые поставляются и оплачиваются регулярно, не может быть преференциальным, даже если он произведен незадолго до открытия

производства по делу о несостоятельности, в то время как платеж по давно просроченному долгу может быть преференциальным. Такой подход поощряет поставщиков товаров и услуг к сохранению коммерческих отношений с должником, который может испытывать финансовые трудности, но по-прежнему потенциально является жизнеспособным. Другие возражения, предусмотренные в законодательстве о несостоятельности, включают в себя следующее: бенефициар предоставляет должнику кредит после совершения сделки и такой кредит не оплачен (возражение ограничено суммой нового кредита); бенефициар может доказать, что ему не было известно о возможности создания преференции; бенефициару не было известно или не могло быть известно о том, что должник полностью прекратил платежи; или, когда прекращение платежей является требуемым элементом, что стоимость активов должника превышала сумму его обязательств в момент совершения сделки.

d) Обеспечительные интересы

170.[139] Хотя обеспечительные интересы, являющиеся действительными согласно законам, допускающим предоставление обеспечения кредиторам, в целом должны рассматриваться как действительные согласно законодательству о несостоятельности, они могут, тем не менее, быть аннулированы в рамках производства по делу о несостоятельности на тех же основаниях, на которых могут быть оспорены и расторгнуты любые другие сделки как подпадающие под категорию мошеннических, преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделок. Например, предоставление обеспечительного интереса незадолго до открытия производства, которое в иных отношениях является действительным, может быть сочтено предоставляющим несправедливые выгоды определенному кредитору за счет остальных кредиторов. В тех случаях, когда обеспечительный интерес предоставлен для обеспечения уже существующего долга или на основе соображений, существовавших ранее (что допускается в некоторых, однако не во всех правовых системах), он может быть также признан недействительным в качестве создающего несправедливые преимущества для конкретного кредитора. Платежи, полученные обеспеченным кредитором, могут рассматриваться как преференциальные (по меньшей мере частично), если требование необеспеченного кредитора оплачено полностью в течение "подозрительного" периода. Аналогичные соображения будут применяться и к обеспечительному интересу, который не был формализован согласно соответствующему законодательству об обеспеченных сделках и, в соответствии с законодательством некоторых стран, к обеспечительному интересу, формализованному в течение непродолжительного периода до открытия производства.

e) Сделки с лицами, связанными с должником

171.[146] Как указано выше, одним из критериев, относящихся к расторжению определенных сделок, являются взаимоотношения между должником и контрагентом. В тех случаях, когда в сделках, подлежащих расторжению, участвуют связанные с должником лица (которые могут также именоваться сопричастными лицами или лицами, входящими во "внутренний круг"), в законодательстве о несостоятельности нередко предусматриваются более жесткие нормы, особенно в отношении продолжительности "подозрительных" периодов и режима любого требования лица, связанного с должником (см. Часть

вторую, глава VI.A). [130] 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 том, когда должник начинает испытывать финансовые трудности.

172. Лица, связанные с должником, определяются, как правило, по различным уровням связей с должником. В рамках большинства правовых систем лица, имеющие в той или иной форме корпоративные или семейные связи с должником, считаются лицами, связанными с должником. В законодательстве обычно, но не всегда, используется запретительный подход. В отношении лиц, находящихся в коммерческих отношениях с должником в определенной форме, в рамках узкого подхода под эту категорию подпадают директора или руководство предприятия должника, а под более широкое определение могут подпадать не только лица, осуществляющие эффективный контроль над должником, но и, возможно, все служащие должника и гаранты долгов любого лица, имеющего коммерческую связь с должником. Аналогичным образом, семейные связи могут, по определению, охватывать родственников по крови или браку и даже, согласно законодательству некоторых стран, лиц, проживающих в том же домашнем хозяйстве, что и должник, а также лиц, распоряжающихся имуществом на началах доверительной собственности, бенефициаром которой является должник или связанное с ним лицо. Родственники тех лиц, которые имеют коммерческие связи с должником, также обычно рассматриваются в качестве лиц, связанных с должником. Важным элементом во многих правовых системах является включение в число связанных с должником лиц таких лиц, которые вступали в определенные взаимоотношения с должником в прошлом или могут вступить в определенные взаимоотношения с ним в будущем.

f) Расторгаемые сделки или сделки, подлежащие расторжению

173.[147] Если сделка относится к одной из категорий сделок, подлежащих расторжению, то в соответствии с законодательством о несостоятельности она либо расторгается автоматически, либо может быть расторгнута, в зависимости от критерия, принятого в отношении каждой категории сделок. Например, в законодательстве, касающемся только сделок, совершенных в течение определенного фиксированного срока, и не предусматривающем никакого субъективного критерия, в некоторых случаях конкретно указывается, что соответствующие сделки будут расторгаться. Однако даже в том случае, если применяется такой подход, управляющий в деле о несостоятельности может быть вынужден открыть производство для возвращения контрагентом активов или эквивалентной им стоимости.

174.[148] Согласно тем законам, в силу которых сделка может быть расторгнута, управляющий в деле о несостоятельности должен будет принять решение о том, будет ли расторжение сделки выгодным для имущественной массы с учетом элементов каждой категории сделок, подлежащих расторжению, а также возможных задержек в возвращении соответствующих активов или стоимости активов и возможных судебных издержек. Такие дискреционные полномочия, как правило, предоставляются с учетом обязанности управляющего в деле о несостоятельности добиваться максимизации стоимости

имущественной массы, и он может нести ответственность за непринятие надлежащих мер.

4. Сделки, не подпадающие под действия по расторжению сделок

175. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается, что определенные сделки не будут подпадать под действие положений о расторжении. При этом речь может идти о сделках, совершенных либо в период между подачей заявления об открытии производства и открытием производства, либо после открытия производства, при условии, что они подпадают под категорию обычных коммерческих операций должника, совершаемых добросовестно управляющим в деле о несостоятельности либо с его согласия или согласия суда, и совершаются для дальнейшего ведения производства. Другими сделками, которые, возможно, желательно исключить из сферы действий по расторжению сделок, являются сделки, совершаемые в ходе осуществления плана реорганизации, когда реализация такого плана не приносит успехов и производство впоследствии преобразуется в ликвидационное. И наконец, определенные сделки, имеющие важное значение для функционирования финансовых рынков (например, взаимозачет при закрытии в рамках контрактов, касающихся ценных бумаг и производных инструментов), могут не подпадать под действия по расторжению сделок (см. Часть вторую, глава III.F).

5. Установление "подозрительного" периода

176.[140] В законодательстве о несостоятельности большинства стран конкретно оговаривается продолжительность "подозрительного" периода в отношении конкретных видов сделок, подлежащих расторжению, и определена дата, начиная с которой такой период рассчитывается ретроактивно. Например, определенное число дней или месяцев до наступления какого-либо конкретного события, такого как подача заявления об открытии производства, открытие производства по делу о несостоятельности или решение суда о дате, 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 оговоренного "подозрительного" периода, но при сомнительных обстоятельствах, имущественная масса сокращается. Хотя использование дискреционного подхода может создать возможности для проявления определенной гибкости в том, что касается сделок, на которые должно распространяться действие положений о расторжении, он также может привести к задержкам в производстве и не дает кредиторам предсказуемые или прозрачные ориентиры по вопросу о том, какие сделки могут быть, по всей вероятности, расторгнутыми. Порядок, при котором могут быть расторгнуты сделки, совершенные в течение некоего не оговоренного 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. По этим причинам желательно ограничивать применение дискреционного подхода мошенническими сделками, когда вопросы коммерческой определенности вызывают меньшую озабоченность.

177. [141] В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается один "подозрительный" период для всех видов сделок, подлежащих расторжению, в то время как в законодательстве других стран установлены периоды разной продолжительности в зависимости от того, является ли основой для расторжения мошеннический перевод или преференция, и в зависимости от таких факторов, как был ли ущерб причинен кредиторам умышленно и входил ли получатель в круг связанных с должником лиц, о чем говорилось выше. Поскольку некоторые сделки связаны с совершением умышленного противоправного деяния, в законодательстве о несостоятельности многих стран срок, в течение которого такие виды сделок должны быть совершены для того, чтобы существовала возможность их расторжения, не ограничивается. Согласно законодательству о несостоятельности других стран устанавливается весьма длительный срок (могут быть приведены примеры продолжительности от одного года до десяти лет), когда "подозрительный" период отсчитывается, как правило, от даты открытия производства.

178. [142] Если в преференциальных или совершенных по заниженной стоимости сделках участвуют кредиторы, не связанные с должником, то "подозрительный" период может быть относительно коротким, возможно, не более нескольких месяцев (например, от трех до шести месяцев). Однако, когда в сделках участвуют связанные с должником лица, во многих странах применяются более жесткие правила. Такие правила могут предусматривать установление более длительных "подозрительных" периодов (например, два года, а не три-шесть месяцев, когда в сделках не участвует связанное с должником лицо), перенос бремени доказывания (см. раздел 6(d) ниже) и снятие требований о том, чтобы должник в момент совершения сделки прекратил платежи или стал несостоятельным в результате совершения такой сделки.

6. Начало применения процедур расторжения сделок

а) Стороны, которые могут начинать применение таких процедур

179. Для расторжения той или иной сделки требуется, как правило, подать заявление в суд, с тем чтобы объявить сделку недействительной. В законодательстве о несостоятельности ряда стран предусматривается, что процедуры расторжения оговоренных сделок должны применяться управляющим в деле о несостоятельности, однако законодательство некоторых стран также представляет соответствующие полномочия кредиторам и, в некоторых случаях, комитету кредиторов. Как указано в пункте 174, для принятия решения о начале такой процедуры потребуются учесть различные соображения в зависимости от того, отвечает ли расторжение интересам имущественной массы или, в случае кредитора, интересам такого кредитора¹. Соответствующие соображения будут, как правило, связаны со стоимостью и

¹ В законодательстве некоторых стран предусмотрено, что кредитор имеет право оспорить отдельные сделки должника и что он может извлечь личную выгоду в случае успешного применения процедур. В законодательстве некоторых стран также оговорено, что начать применение таких процедур могут только те кредиторы, долг которым предшествовал совершению оспариваемой сделки. В законодательстве других стран право предпринимать действия по расторжению сделок ограничивается управляющим в деле о несостоятельности, когда производство по делу о несостоятельности уже открыто.

возможной выгодой; в случае действий, направленных на возвращение активов в имущественную массу, они будут включать такие соображения, как соответствие расторгаемой сделки интересам имущественной массы, вероятные издержки для имущественной массы, вероятность возвращения стоимости в имущественную массу, возможные задержки в таком возвращении и трудности, связанные с доказыванием элементов, которые необходимы для расторжения той или иной сделки.

180. [149] Согласно таким законам, когда управляющий в деле о несостоятельности уполномочен начать процедуру расторжения и, учитывая весомость указанных выше соображений (т.е. по причинам, иным, чем небрежность или недобросовестность либо при отсутствии каких-либо оправданных причин²), принимает решение не начинать процедуру по расторжению определенных сделок, в законодательстве о несостоятельности предусматриваются различные подходы к осуществлению и финансированию подобных процедур. Порядок их возможного финансирования может иметь особое значение при отсутствии в имущественной массе достаточных активов для этих целей. Что касается порядка осуществления подобных процедур, то, согласно некоторым законам, кредитору или комитету кредиторов разрешается требовать от управляющего в деле о несостоятельности приступить к процедуре расторжения сделок, когда это представляется выгодным для имущественной массы, или разрешается также самому кредитору или комитету кредиторов приступить к такой процедуре расторжения подобных сделок 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.

b) Финансирование процедуры расторжения сделок

181. [150] Что касается возможных способов финансирования таких действий, то в ряде стран управляющему в деле о несостоятельности для возбуждения процедуры расторжения сделок предоставляются публичные средства. В других странах подобные процедуры должны финансироваться за счет имущественной массы. Подобный подход может быть целесообразным, когда имеются достаточные средства, однако в некоторых обстоятельствах такой 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 применения процедуры расторжения сделок. Согласно законодательству о несостоятельности некоторых стран управляющему в деле о несостоятельности разрешается уступать право на возбуждение такой процедуры третьей стороне за определенную стоимость или обращаться к кредиторам за предоставлением в авансовом порядке средств, за счет которых может возбуждаться процедура расторжения 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

² Права и обязанности управляющего в деле о несостоятельности см. в главе IV.B.

целей такого финансирования, и поскольку имеются случаи, когда отсутствует возможность финансировать процедуру расторжения за счет имущественной массы, подобные альтернативные подходы могут предлагать, в соответствующих ситуациях, эффективные средства восстановления стоимости имущественной массы.

с) Предельные сроки возбуждения процедуры

182. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран установлены конкретные сроки, в пределах которых надлежит возбуждать процедуру расторжения сделок, а в законодательстве других стран какие-либо положения, касающиеся данного вопроса, отсутствуют. В тех законах, в которых конкретные сроки установлены, предусмотрено, например, что данную процедуру необходимо возбуждать в течение определенного срока после даты подачи заявления о возбуждении процедуры (например, три месяца или двенадцать месяцев) или не позднее установленного срока (например, шесть месяцев) после того, как управляющий в деле о несостоятельности получил возможность подготовить оценку и предъявить требования. В тех случаях, когда согласно законодательству о несостоятельности должен быть установлен конкретный срок, а не использоваться сроки, применимые согласно общему праву, предпочтительным был бы подход, в котором сочетаются различные сроки, например фиксированный срок после возбуждения процедуры и период после выявления определенной сделки управляющим в деле о несостоятельности. Подобный подход позволил бы обеспечить достаточную гибкость для регулирования сделок, скрываемых от управляющего в деле о несостоятельности и выявленных лишь по истечении установленного срока после возбуждения процедуры.

d) Вопросы доказывания

183. [151] Для установления элементов действий по расторжению сделок в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. В соответствии с законодательством некоторых стран бремя доказывания того, что соответствующая сделка не подпадает под какую-либо категорию сделок, подлежащих расторжению, несет должник.

184. [151] В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрено, что управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, которому разрешается оспорить сделку, например кредитору, требуется доказать наличие каждого элемента действий по расторжению сделок. Если подобные элементы включают в себя намерение, законодательство некоторых стран допускает перенос бремени доказывания на контрагента, 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. В законодательстве может быть предусмотрена презумпция совершения сделки в ущерб кредиторам, и бремя доказывания обратного лежит на контрагенте.

185. В соответствии с иным подходом предусматривается, что требуемое намерение или недобросовестность считаются или предполагаются имеющими место в тех случаях, когда совершаются определенные виды сделок, например в

течение оговоренного срока до подачи заявления о возбуждении процедуры или в течение нескольких лет до начала такой процедуры. Возможные виды сделок могут включать, например, сделки с лицами, связанными с должником, выплату долгов до истечения срока их погашения и платежи по безвозмездным или обременительным сделкам. Определенное отклонение представляет собой подход, предусматривающий, что та или иная сделка будет считаться подлежащей расторжению, если она совершена в течение короткого оговоренного периода и ее последствием является предоставление преференции.

186. В тех случаях, когда требуемым элементом процедуры расторжения сделок является осведомленность о прекращении платежей, законодательство о несостоятельности некоторых стран устанавливает презумпцию того, что кредитор известен о трудном финансовом положении должника, если должник заключил определенные сделки с таким кредитором, например выплата долга до наступления срока его погашения или необычное погашение долга, либо совершение сделки в течение короткого периода до подачи заявления о возбуждении процедуры расторжения или до возбуждения такой процедуры.

187. Еще один подход предусматривает, что, когда в течение оговоренного периода совершается определенная сделка, имеющая своим последствием предоставление преференции, возникает опровержимая презумпция в отношении намерения предоставить преференцию. Если кредитор не может опровергнуть такую презумпцию, сделка расторгается и управляющий в деле о несостоятельности может вернуть задействованные в сделке активы или добиться судебного решения на сумму задействованных активов.

7. Ответственность контрагентов по расторгнутым сделкам

188. [143] При расторжении сделки возникает вопрос о последствиях расторжения для контрагента. Согласно законодательству о несостоятельности большинства стран последствием расторжения сделки, как правило, является ее аннулирование и предъявление контрагенту требования вернуть полученные активы или произвести платеж наличными на сумму сделки в имущественную массу. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрена возможность вынесения по требованию управляющего в деле о несостоятельности решения на сумму задействованного имущества. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран также предусмотрено, что контрагент, возвративший активы или стоимость в имущественную массу, может предъявлять требование в качестве необеспеченного кредитора при несостоятельности в размере возвращенных активов. В тех случаях, когда контрагент не возвращает активы или стоимость в имущественную массу, большинство имеющихся средств судебной защиты не относятся к законодательству о несостоятельности, однако в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусмотрено, что при несостоятельности может признаваться требование контрагента (на суммы, причитающиеся в дополнение к суммам, связанным с расторгаемой сделкой).

8. Контракты, заключенные после подачи заявления и открытия производства

189. Как отмечается выше (Часть вторая, глава III.B.6), в законодательстве о несостоятельности некоторых стран затрагиваются контракты, заключенные в период между подачей заявления и открытием производства и после открытия производства, а также сделки, совершенные в этот период, с точки зрения положений о расторжении сделок, когда такие сделки или контракты не санкционированы законодательством о несостоятельности или не утверждены, если это требуется, судом, управляющим в деле о несостоятельности или кредиторами. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран указаны виды сделок, которые могут быть расторгнуты, в частности выполнение обязательств, возникающих до открытия производства, выплата долгов, возникших до подачи заявления, создание обеспечения в активах имущественной массы и распоряжение любым правом или активами, образующими часть имущественной массы. В законодательстве других стран предусмотрено расторжение любой несанкционированной сделки, заключенной должником в такой период, за исключением случаев, когда контрагент может доказать, что сделка не нанесла ущерба правам кредитора.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся расторжения сделок, заключаются в следующем:

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

Содержание законодательных положений

(69) [(56)] Законодательство о несостоятельности должно включать положения, которые имеют обратную силу и которые предназначены для расторжения ранее

совершенных сделок³ [или несанкционированных сделок, совершенных после [подачи заявления] открытия производства], стороной которых является должник [или которые касаются имущества должника] и которые либо сокращают общую стоимость предприятия должника или нарушают принцип [справедливого] [равного] режима для кредиторов.

Сделки, подлежащие расторжению

(70) [(57)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что расторжению подлежат следующие виды сделок ~~управляющий в деле о несостоятельности может возбудить процессуальные действия в суде по аннулированию в качестве не имеющих силы следующих видов сделок:~~

- a) сделки, направленные на задержку или воспрепятствование возможности кредиторов взыскать по своим требованиям путем перевода активов любой третьей стороне, когда целью сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора или потенциального кредитора либо нанесение иного ущерба интересам этого кредитора и когда третьей стороне известно о таком намерении должника, или на лишение их такой возможности; ~~(мошеннические сделки)~~
- b) сделки, согласно которым передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательства осуществляются в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную стоимость (сделки по заниженной стоимости), если такие сделки совершаются в момент, когда должник [уже является несостоятельным] [прекратил платежи], или если должник стал [несостоятельным] [неплатежеспособным] в результате такой сделки; и
- c) сделки с участием кредиторов, согласно которым кредитор получает более значительную долю в активах должника, чем его пропорциональная доля (преференциальные сделки), если такие сделки совершаются в момент, когда должник прекратил платежи [уже является несостоятельным].

Обеспечительные интересы

(71) В законодательстве о несостоятельности должно предусматриваться, что, хотя обеспечительные интересы, имеющие силу согласно законам, допускающим предоставление обеспечения кредиторам, как правило, имеют силу согласно законодательству о несостоятельности, они будут подлежать расторжению на тех же основаниях, как и другие сделки.

Сделки с лицами, связанными с должником

(72)[(61)] В отношении сделок, подобных тем, о которых говорится в рекомендации (70) с участием лиц, связанных с должником, законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что ~~управляющий в деле о~~

³ [131] Цель использования в настоящем разделе слова "сделка" состоит в том, чтобы охватить в целом широкий диапазон юридических актов, с помощью которых могут быть отчуждены активы или приняты обязательства, в том числе путем передачи, уплаты, обеспечения, гарантии, ссуды или высвобождения.

~~несостоятельности может возбудить процессуальные действия в суде по аннулированию в качестве не имеющих силы сделок по заниженной стоимости и преференциальных сделок~~

- ~~a) подобные сделки подлежат расторжению;~~
- ~~b) "подозрительный" период для таких сделок может быть более длительным, чем для сделок с лицами, не связанными с должником; и~~
- ~~c) могут иметь место презумпции или перенос бремени доказывания в интересах имущественной массы.~~

(73) В законодательстве о несостоятельности следует четко определить категории лиц, считающихся в достаточной мере связанными с должником для целей рекомендации (72).

~~62) В законодательстве о несостоятельности следует четко установить "подозрительный" период для видов сделок, упомянутых в рекомендации (61), который в целом будет более длительным, чем сроки, применимые как к сделкам по заниженной стоимости, так и преференциальным сделкам без участия лиц, связанных с должником.~~

Сделки, не подлежащие расторжению

~~(74) В законодательстве о несостоятельности должны указываться сделки, не подлежащие расторжению. Такие сделки могут включать сделки, заключенные в ходе обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности, сделки, заключенные в ходе реорганизационного производства, преобразованного впоследствии в ликвидационное, и некоторые сделки на финансовом рынке.~~

Установление "подозрительного" периода

(75) [(58)] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что сделка, обладающая характеристиками, которые описаны в рекомендации (70), может быть расторгнута, если она совершена в течение оговоренного срока ("подозрительный" период) [до] [, рассчитанного ретроспективно с момента] [подачи заявления об открытии] [открытия] производства по делу о несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности могут оговариваться различные "подозрительные" периоды для разных видов сделок, однако, как правило, "подозрительные" периоды для сделок, о которых говорится в рекомендации (70)(a), и сделок с участием лиц, связанных с должником (рекомендация (72)), должны быть более продолжительными, чем для других видов сделок и сделок, в которых не участвуют связанные с должником лица.

Возбуждение процедуры расторжения

(76) В законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что управляющий в деле о несостоятельности [и ...] может [могут] возбуждать процедуру расторжения сделок⁴.

Предельные сроки для возбуждения процедуры расторжения

(77) [59)] После открытия производства по делу о несостоятельности срок, в течение которого процедура расторжения может быть возбуждена в отношении той или иной сделки, о которой известно управляющему в деле о несостоятельности, может ограничиваться законодательством о несостоятельности или применимым процессуальным правом.

Финансирование процедуры расторжения

(78) [(64)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать альтернативные подходы для урегулирования финансирования процедуры расторжения, когда управляющий в деле о несостоятельности не предпринимает действий по расторжению конкретной сделки либо на основании оценки, что вероятность расторжения этой сделки мала, либо поскольку реализация таких сделок приведет к [неоправданным] [чрезмерным] затратам для имущественной массы. Такие подходы могут включать разрешение индивидуальным кредиторам или комитету кредиторов предпринимать действия по расторжению и а) разрешение кредитору (кредиторам) удерживать любые полученные суммы для удовлетворения его (их) требований, б) оплатить затраты на процедуру расторжения из имущественной массы в случае, если такая процедура приводит к успеху, или с) изменить очередность требования кредитора (кредиторов), предпринявшего (предпринявших) действия по расторжению.

Вопросы доказывания

(79) [(60)] В законодательстве о несостоятельности должны оговариваться элементы, подлежащие доказыванию в целях расторжения той или иной сделки, а также возможные возражения против расторжения.

(80) [(63)] Законодательство о несостоятельности может предусматривать, что в отношении расторжения определенных сделок, совершенных в течение оговоренных периодов с участием определенных четко оговоренных лиц [таких как лица, связанные с должником,] или категорий лиц, применяются специальные доказательственные презумпции.

Ответственность контрагентов в отношении расторгнутых сделок

(81) В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что контрагент сделки, которая была расторгнута, обязан вернуть в имущественную массу все материальные выгоды, полученные в результате расторгнутой сделки. Если контрагент отказывается вернуть такие выгоды, в законодательстве о несостоятельности может предусматриваться, что контрагент не может предъявлять требование в рамках производства по делу о несостоятельности.

⁴ Вопросы, имеющие отношение к расторжению, могут также возникать в рамках процедуры, возбужденной, иным лицом, чем управляющий в деле о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности ставит вопрос о расторжении в качестве защиты от принудительной реализации.

Обжалование решения относительно расторжения сделок.

~~(65) Законодательство о несостоятельности должно разрешать заинтересованным сторонам обжаловать в судебном порядке решения, принятые управляющим в деле о несостоятельности в отношении расторжения сделок. В число оснований для обжалования могут входить следующие: [...].~~

Г. Зачет, взаимозачет и финансовые контракты

1. Общее право на зачет

190.[116] Важный вопрос, возникающий при разработке законодательства о несостоятельности, связан со статусом кредитора, который в момент подачи заявления об открытии производства также является должником имущественной 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 имущественной массы или в рамках реорганизации. В то же время согласно альтернативному подходу кредитору при подобных обстоятельствах разрешается реализовать свои права на зачет в отношении имущественной массы после открытия производства с теми последствиями, что, в зависимости от суммы требования имущественной массы к кредитору, требование кредитора удовлетворяется полностью. Таким образом, основное последствие заключается в том, что кредитор, обладающий правом на зачет, по существу является "обеспеченным" кредитором, поскольку встречное требование должника может быть оплачено или отклонено путем его зачета в требовании кредитора. Зачет становится важным лишь после наступления несостоятельности, поскольку если контрагент всегда в состоянии заплатить, то необходимость в зачете не возникнет.

191. Поскольку требования являются одной из основных форм имущества в современной экономике и поскольку кредиторы зачастую также являются должниками одного и того же контрагента, регулирующие зачет нормы имеют важное значение в коммерческой деятельности и на финансовых рынках (см. ниже). Зачет преобладает в коммерческих операциях, поскольку во всех случаях, когда между одними и теми же сторонами заключаются серии контрактов, существует возможность для зачета. Такой порядок распространяется и на взаимные торговые сделки.

192. [119] В международном плане ситуация в связи с подходами к вопросам зачета при несостоятельности является весьма разнообразной. В некоторых странах право на зачет ограничено платежеспособными сторонами, однако является обязательным при наступлении несостоятельности, а в других странах сложилась в корне иная ситуация и зачет допускается между платежеспособными должниками, но запрещен в случае наступления несостоятельности.

193. [117] Целесообразность подтверждения права на зачет в законодательстве о несостоятельности может вызываться рядом причин. Первой из них является

справедливость: независимо от важности принципа равного статуса кредиторов может считаться несправедливым положение, при котором должник отказывается произвести 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 сопряжено с особыми преимуществами для банковской системы, и, с учетом важной роли банков в предоставлении кредитов, оно, таким образом, считается благоприятным 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 соответствующие операции и тем самым снизить стоимость кредита. Зачет также позволяет избежать циркулятивности платежей и связанных с этим затрат.

194. [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; при этом, в отличие от обнародованных обеспечительных интересов, общая информация о наличии взаимных требований отсутствует. Зачет может истощить активы должника и воспрепятствовать реорганизации, особенно в том случае, когда должник теряет доступ к своим банковским счетам или наличным средствам на своих банковских счетах.

195. [120] Нормы о праве на зачет взаимодействуют с другими положениями законодательного регулирования несостоятельности по ряду важных аспектов. Например, право кредитора потребовать зачета может обуславливаться положениями о расторжении сделок (см. Часть вторую, глава III.E.3(c)). 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 том случае, если при реализации права не принимать во внимание оговорку о прекращении ему в порядке исключения будет прямо разрешено прекратить контракт и зачесть такие требования. Это имеет особое значение в контексте краткосрочных финансовых сделок.

2. Взаимозачет и зачет в контексте финансовых сделок

196. Зачет, имеющий важное значение для коммерческой деятельности в целом, является также важным на финансовых рынках. Широко распространенные случаи зачета включают в себя зачет банками кредитов против депозитов, зачет между учреждениями на финансовых рынках, например на межбанковском депозитном рынке, и взаимозачет по иностранной валюте, свопам, фьючерсным

сделкам, ценным бумагам и договорам, предусматривающим последующий выкуп, а также зачет в рамках централизованных платежных систем. Задействованные при этом средства зачастую являются весьма крупными, и соответственно высока вероятность возникновения дефицита в результате зачета при одновременном сокращении стоимости кредита и опасности возникновения эффекта "домино", что чревато нарушением целостности финансовой системы.

197. Взаимозачет отличается от зачета тем, что в одной из своих форм он может представлять собой зачет неденежных взаимозаменяемых товаров (например, ценных бумаг или товаров, поставляемых в тот же день – урегулирование путем взаимозачета), и поскольку взаимозачет в его более важной форме предусматривает, как правило, аннулирование контрагентом открытых контрактов с несостоятельным должником, в результате чего в любом случае происходит зачет потерь и выгод – взаимозачет при закрытии.

198. Позиция различных стран в отношении зачета и взаимозачета является сложной. Меньшинство стран, которые традиционно не разрешают зачет, [119] кроме как для некоторых сделок или для зачета по текущим счетам, все еще в основном придерживаются такой позиции, хотя некоторые из них расширили круг сделок, подлежащих зачету, или приняли законодательство о взаимозачете, которое применяется только к оговоренным контрактам. Из тех государств, которые традиционно допускают зачет, небольшое число стран предусматривают введение моратория при реорганизационном производстве, хотя и допускают исключение в отношении финансовых контрактов. В законодательстве о несостоятельности других стран вопросы зачета не регулируются.

3. Исключения или "выделение", касающиеся финансовых контрактов

199.[121] Вопрос о желательности включения в законодательство о несостоятельности положений, касающихся определенных видов краткосрочных финансовых контрактов, включая соглашения о производных инструментах (например, о валютных свопах или свопах процентных ставок), будет зависеть от порядка регулирования вопросов, связанных с режимом контрактов и прав на зачет. Условия приобретающих все более стандартизированную форму генеральных соглашений, которые регулируют эти отдельные сделки, обычно включают положения, допускающие взаимозачет при закрытии. Такие положения, которые объединяют все самостоятельные платежные обязательства, обычно вступают в силу по наступлении несостоятельности одной из сторон только в том случае, если в законодательстве о несостоятельности присутствуют два аспекта. Во-первых, законодательство должно допускать прекращение (или "закрытие") всех предусматриваемых соглашением неисполненных сделок при наступлении несостоятельности одной из сторон и, во-вторых, оно должно разрешать стороне, не являющейся несостоятельной, производить зачет своих требований против обязательств несостоятельной стороны.

200.[122] Оба этих аспекта отсутствуют в законодательстве о несостоятельности многих стран. Как отмечалось выше при рассмотрении режима контрактов, 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.

201.[123] Во многих странах, в которых не имеется подобных общих норм, предусматривающих как прекращение, так и зачет, установлены, тем не менее, исключения из применимых правил о несостоятельности с конкретной целью разрешить "взаимозачет при закрытии" для соответствующих указанных финансовых контрактов, включая обеспечительные интересы, соглашения об обратной покупке и секьюритизацию. Обоснование таких ограничений связано с растущим значением подобных сделок на глобальном финансовом рынке, необходимостью обеспечения безопасности на рынках, сложным характером подобных финансовых соглашений и тем фактом, что доступ к таким операциям будет ограничен при отсутствии определенности в отношении возможности проведения взаимозачета при наступлении несостоятельности одной из сторон. Несмотря на эти важные преимущества, следует признать, что подобное "выделение" осложняет законодательное регулирование и приводит к установлению преференциального режима для определенных категорий кредиторов.

202. Помимо рассмотренного выше исключения для финансовых контрактов могут потребоваться дополнительные исключения из применения моратория (упоминаемого в Части второй, глава III.B.3), положений о расторжении сделок (упоминаемого в Части второй, глава III.D.6) и права управляющего в деле о несостоятельности продолжать или отвергать исполнение контрактов, по которым должник и его контрагент не в полном объеме выполнили свои соответствующие обязательства (упоминаемого в Части второй, глава III.E.4). *[Примечание: Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть сферу применения таких исключений и вопрос о целесообразности включения в настоящий раздел дополнительных рекомендаций, охватывающих эти вопросы – см. примечание, касающееся рекомендаций 86–88 ниже.]*

Рекомендации

Цели законодательных рекомендаций

[Положение о целях будет сформулировано позднее]

Содержание законодательных положений

Общее право на зачет

[(82)][(67)] Законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно общим нормам права право на зачет, возникшее до открытия производства, ~~должно быть обеспечено защитой в ходе ликвидационного производства и в целом должно подлежать реализации как кредиторами, так и имущественной массой.~~

[(83)] Законодательство о несостоятельности должно допускать осуществление зачета, право на который возникло после открытия производства, если взаимные требования возникают из одного и того же соглашения. ~~В дополнение к этому~~

~~страны также, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о допуске зачета, право на который возникает после открытия производства, в ряде обстоятельств, особенно в связи со взаимными финансовыми обязательствами, вытекающими из финансовых контрактов, как они определены законодательством.]~~

Взаимозачет и финансовые контракты⁵

84) [(66) В контексте финансовых [контрактов] [генеральных соглашений] законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что механизмы взаимозачета и взаимозачета при закрытии должны быть юридически защищены и что следует в максимально возможной степени избегать вмешательства в их функционирование в рамках производства по делу о несостоятельности.]

Исключение из невозможности принудительного выполнения положений об автоматическом расторжении договоров⁶

85) [(68) В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности не разрешает зачет после открытия производства взаимных финансовых обязательств или делает невозможным автоматическое выполнение в отношении управляющего в деле о несостоятельности любого положения контракта, обеспечивающего право расторгнуть контракт после наступления события неисполнения обязательств или определяет в качестве события неисполнения обязательства а) подачу заявления об открытии производства или открытие производства по делу о несостоятельности; б) назначение управляющего в деле о несостоятельности; в) тот факт, что должник соответствует критериям для открытия производства по делу о несостоятельности; или d) свидетельства того, что должник находится в ослабленном финансовом положении, возможно, в законодательстве о несостоятельности необходимо предусмотреть исключение, касающееся [контрактов] [генеральных соглашений], с тем чтобы положения о взаимозачете при закрытии, содержащиеся в подобных [контрактах] [соглашениях] между должником и другой стороной, могли быть со всей определенностью применены.

⁵ Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости определить термин "финансовые контракты" и, если это будет сделано, рассмотреть соответствующее определение. Одним из возможных примеров является определение, включенное в статью 5(k) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, где предусматривается следующее: ""финансовый договор" означает любую сделку—спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку—своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами, и любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок". На двадцать шестой сессии Рабочей группы (май 2002 года) было высказано мнение о том, что данное определение является слишком широким и его следует конкретизировать для охвата только тех сделок, которые являются элементом более широкого рамочного контракта (A/CN.9/511, пункт 71). Никакой конкретной формулировки предложено не было.

⁶ См. Часть вторую, глава III.D Режим в отношении контрактов, рекомендация (53).

Возможные дополнительные рекомендации в отношении финансовых контрактов

(86) [Исключение из применения моратория: глава III.B.3]

(87) [Исключение из применения положений о расторжении сделок: глава III.D.6]

(88) [Исключение из применения права продолжать или отвергать исполнение контрактов: глава III.E.4]
