



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
24 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. А и В содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.3 и Add.4; глава III.А-Е содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5-9; глава IV.С и D и главы IV–VII содержатся в последующих добавлениях]

	Пункты	Стр.
Часть вторая (продолжение)		
IV. Участники и учреждения		2
А. Должник	203–230	2
1. Введение	203	2
2. Продолжение функционирования предприятия должника	204–217	3
3. Права должника	218–220	8
4. Обязательства должника	221–229	9
5. Ответственность должника	230	12
Рекомендации	(89)–(95)	13
В. Управляющий в деле о несостоятельности	231–259	15
1. Введение	231–232	15



2. Квалификационные требования	233–238	16
3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности . . .	239–241	18
4. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности	242–243	19
5. Конфиденциальность	244	21
6. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности	245–251	22
7. Обязанность проявлять осмотрительность [Ответственность]	252–254	24
8. Агенты управляющего в деле о несостоятельности	255–257	25
9. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности	258	26
10. Замена управляющего в деле о несостоятельности	259	26
Рекомендации	(96)–(105)	27

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 текста рекомендаций. Добавления к тексту рекомендаций выделены в настоящем документе подчеркиванием.

Часть вторая (продолжение)

IV. Участники и учреждения

A. Должник

1. Введение

203. В законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы по вопросу о роли должника в ходе производства по делу о несостоятельности после его начала, причем, как правило, проводится разграничение между ликвидацией и реорганизацией. Если предполагается продолжить коммерческие операции (либо для целей продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы при ликвидации, либо в рамках реорганизационного производства), возникает значительная необходимость в том, чтобы должник в той или иной форме принимал участие в управлении предприятием. Должнику отводится также определенная роль в оказании помощи управляющему в деле о несостоятельности при выполнении его собственных функций и в связи с предоставлением информации о предприятии суду или управляющему в деле о несостоятельности. Должник также обладает определенными правами по отношению к такому производству. В целях обеспечения эффективности проведения производства, а также для обеспечения определенности участвующим сторонам в законодательстве о несостоятельности желательно установить пределы прав и обязательств должника.

2. Продолжение функционирования предприятия–должника

а) Ликвидация

204.[152] После открытия ликвидационного производства для сохранения конкурсной массы потребуются всесторонние меры по ее защите не только от действий кредиторов (см. Часть вторая, глава III.B), но и от действий должника или его управляющих или владельцев¹. По этой причине многие законы о несостоятельности лишают должника всех прав на контроль за активами, а также на управление и ведение коммерческой деятельности в процессе ликвидации и предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности, который принимает на себя все эти обязанности. Помимо полномочий, связанных с использованием активов и распоряжением ими, такие обязанности могут включать право возбуждать и вести юридические действия от имени конкурсной массы и право получать все платежи, осуществляемые должником. После открытия ликвидационного производства [153] любая сделка, связанная с активами конкурсной массы или передачей таких активов, на которую не дано разрешения управляющим в деле о несостоятельности, судом или кредиторами (в зависимости от конкретных требований), как правило, будет считаться недействительной (или подлежащей расторжению), а переданные активы (или их стоимость) будут подлежать возвращению в интересах конкурсной массы (см. Часть вторая, глава III.D.7, III.E.8).

205.[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 осуществлять надзор и обладать общим контролем за осуществлением коммерческих операций, а должнику разрешается продолжать выполнять свои обязанности и предоставлять консультативные услуги управляющему в деле о несостоятельности в целях повышения стоимости конкурсной массы и содействия продаже активов. Такой подход может оказаться оправданным с учетом детальной осведомленности должника относительно функционирования его предприятия и соответствующего рынка или отрасли, а также с учетом его сохраняющихся отношений с кредиторами, поставщиками и клиентами. В зависимости от степени контроля, осуществляемого управляющим в деле о несостоятельности в отношении операций должника, на управляющего в деле о несостоятельности может быть возложена ответственность за неправомерные действия должника в период, когда контроль за конкурсной массой осуществляет управляющий (см. Часть вторая, глава IV.B.7).

¹ Поскольку законодательство о несостоятельности будет применяться к различным коммерческим предприятиям, будь то физическим лицам, товариществам или компаниям 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 пользования в Руководстве говорится только о "должнике", однако предполагается, что использование этого термина, если это уместно, охватывает также администрацию и владельцев.

b) Реорганизация

206.[154] Применительно к реорганизационному производству не существует единого подхода по вопросу о том, в какой степени отстранение должника является наиболее целесообразным методом, а, если такое отстранение в той или иной степени производится, – о возможном сохранении функций должника. Сохранение таких функций может в значительной степени зависеть от добросовестного поведения должника в ходе процесса реорганизации; если же поведение должника не является добросовестным, целесообразность сохранения его функций представляется сомнительной. В некоторых случаях соответствующее решение может зависеть от того, было ли производство добровольно возбуждено должником или же его начали кредиторы, и во втором случае должник может не идти на сотрудничество или даже проявлять враждебное отношение.

i) Преимущества и недостатки сохранения функций должника

207. Сохранение функций должника связано с целым рядом потенциально возможных преимуществ. [154] Во многих случаях должник будет непосредственно и подробно осведомлен о своих коммерческих операциях и об отрасли, в рамках которой он действует. Такая информация имеет особое значение в случае индивидуальных предприятий и мелких товариществ, что может послужить основанием для сохранения функций должника по принятию краткосрочных управленческих решений в целях обеспечения преемственности в коммерческих операциях. Это также может оказать помощь управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций благодаря использованию более глубокой и полной информации относительно функционирования коммерческого предприятия должника. По аналогичным причинам положение должника часто дает ему хорошие возможности предложить реорганизационный план на утверждение кредиторов и суда. В подобных обстоятельствах, несмотря на роль должника в возникновении финансовых трудностей предприятия, полное его отстранение от выполнения всех функций может не только устранить стимулы для предпринимательской деятельности и готовности пойти на риск в целом, а также стимулы для должников начать процедуры реорганизации на раннем этапе, но также и снизить шансы на успешное проведение реорганизации.

208.[155] Желательность сохранения определенных функций за должником потребует, вероятно, сбалансировать с учетом ряда возможных недостатков. Кредиторы могут испытывать недоверие к должнику в результате финансовых трудностей предприятия (или той роли, которую должник, возможно, сыграл в возникновении таких трудностей), и для успешного проведения реорганизации потребуются восстановить это доверие. Если должнику будет разрешено продолжить управление предприятием без достаточного контроля за осуществлением его полномочий, то это может не только углубить недоверие, но и явиться дополнительным раздражителем для кредиторов. Система, которая будет сочтена уделяющей чрезмерно пристальное внимание вопросам защиты должника, может привести к незаинтересованности кредиторов в процедурах и нежеланию в них участвовать, что в свою очередь может затруднить осуществление 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. Основная цель должника может, например, состоять в том, чтобы обеспечить сохранение контроля за предприятием, а не в максимизации стоимости в интересах кредиторов. Кроме того, успех реорганизации может зависеть не только от осуществления изменений, с которыми должник, возможно, не пожелает согласиться, но также от информированности и опыта должника в вопросах применения законодательства о несостоятельности в целях преодоления финансовых трудностей. Необходимо также учитывать еще один фактор, связанный с тем, было ли производство по делу о несостоятельности открыто в добровольном или принудительном порядке (в последнем случае должник может испытывать враждебность по отношению к кредиторам).

209.[примечание к пункту 161] В некоторых законах о несостоятельности применительно к функциям должника проводится разграничение между периодом с момента открытия производства до утверждения плана реорганизации, с одной стороны, и периодом после утверждения, с другой стороны. В отношении первого периода в законодательстве предусматриваются конкретные правила, касающиеся способности должника осуществлять на повседневной основе управление и контроль за предприятием, а также назначения независимого управляющего в деле о несостоятельности. Для периода после утверждения плана такие законы предусматривают прекращение действия пределов, применимых в отношении функции должника по контролю и управлению предприятием, и возложение на должника ответственности за осуществление утвержденного плана.

210.[156] Для обеспечения сбалансированности этих противоречивых соображений в процессе реорганизации в законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы. Такие подходы могут предусматривать различные меры: от полного отстранения должника и назначения управляющего в деле о несостоятельности, с одной стороны, до сохранения функций должника по контролю предприятия при минимальном надзоре, с другой стороны. Промежуточные подходы предусматривают назначение управляющего в деле о несостоятельности для осуществления определенных функций по надзору, а также сохранение существующей администрации.

ii) Возможные подходы – полное отстранение должника

211.[156] Первый подход основан на такой же процедуре, что и в случае ликвидации, т.е. на отстранении должника от всех функций по контролю над коммерческими операциями и назначении управляющего в деле о несостоятельности для выполнения функций должника по управлению предприятием. Тем не менее, как отмечалось выше, полное отстранение должника может привести к нарушению нормального хода коммерческих операций и иметь отрицательные последствия для функционирования предприятия в критический момент, когда речь идет о его выживании.

iii) Возможные подходы – надзор за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности

212.[157] Промежуточные подходы предусматривают различные варианты распределения контроля между должником и управляющим в деле о несостоятельности. Такие подходы, как правило, предусматривают определенную степень надзора за должником со стороны управляющего в деле о несостоятельности, например, когда последний осуществляет общий надзор за деятельностью должника и утверждает важные сделки в то время, как должник продолжает обеспечивать функционирование предприятия и принимает решения на повседневной основе. Такой подход, возможно, потребует подкрепить достаточно четкими правилами для обеспечения ясности в вопросах распределения ответственности между управляющим в деле о несостоятельности и должником, а также определенности относительно порядка проведения реорганизации. В некоторых законах о несостоятельности, например, указывается, что определенные сделки, например взятие новых долговых обязательств, передача или сдача в залог активов и предоставление прав на использование имущества, образующего конкурсную массу, могут осуществляться без согласия управляющего в деле о несостоятельности или суда, если они осуществляются в рамках обычных операций предприятия. Если же они осуществляются не в рамках обычных коммерческих операций, то требуется такое согласие. Дополнительным средством надзора за деятельностью должника и его сделками может быть контроль за движением наличности на предприятии должника. Если должник не соблюдает ограничений и заключает контракты, требующие согласия, без предварительного получения такого согласия, то в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть вопрос о действительности таких сделок и предусмотреть надлежащие санкции. В одном законе о несостоятельности, например, предусматривается, что в таких обстоятельствах суд может полностью прекратить производство по делу о несостоятельности. Уместность такого средства правовой защиты может зависеть от того, было ли производство открыто в добровольном или принудительном порядке.

213. В законах о несостоятельности, в которых содержится перечень сделок, требующих согласия, устанавливается относительно четкое распределение ответственности между должником и управляющим в деле о несостоятельности или судом. В ряде таких законов предусматривается также, что управляющий в деле о несостоятельности может осуществлять более жесткий контроль за имущественной массой и повседневным управлением коммерческими операциями, если это необходимо для защиты имущественной массы в каждом конкретном случае. [158] Надлежащими обстоятельствами могут быть случаи, когда имеются доказательства в отношении недостаточной подотчетности должника или когда имеет место нарушение в области управления или неправомерное использование активов должником. При возникновении таких обстоятельств, возможно, желательно предусмотреть отстранение должника судом, по собственной инициативе или по инициативе управляющего в деле о несостоятельности или, возможно, по инициативе кредиторов или комитета кредиторов.

214.[157] Определенную роль в наблюдении за деятельностью должника по управлению предприятием и обеспечении эффективного выполнения должником таких функций могут играть кредиторы. Когда кредиторам отводится подобная роль, возможно, необходимо предусмотреть определенные меры, которые

позволят воспрепятствовать возможным злоупотреблениям со стороны кредиторов, пытающихся сорвать реорганизационное производство или получить необоснованные выгоды. Необходимая степень защиты может быть обеспечена, например, с помощью требования о том, что для принятия кредиторами решения об отстранении должника или о расширении надзорных функций управляющего в деле о несостоятельности требуется надлежащее большинство голосов кредиторов.

215. Иным подходом к распределению полномочий между должником и управляющим в деле о несостоятельности является подход, применяемый в тех законах о несостоятельности, в которых не указываются конкретно сделки, которые должник может осуществлять, однако предусматривается право суда или управляющего в деле о несостоятельности определять, какие юридические действия может предпринимать администрация, получив соответствующее согласие, и какие действия она не может предпринимать. Такой подход, хотя он и обеспечивает определенную степень гибкости, может побудить должников воздерживаться от открытия производства по делу о несостоятельности, поскольку последствия открытия производства для их администрации и контроля за коммерческими операциями будут неясными.

iv) Возможные подходы – полный контроль со стороны должника

216.[159] Еще один подход к решению вопроса о сохранении функций должника заключается в предоставлении должнику возможности сохранить полный контроль за функционированием предприятия, вследствие чего суд не будет назначать независимого управляющего после открытия производства (такой подход часто именуется "сохранение владения за должником"). Преимущества такого подхода могут состоять в повышении шансов успешной реорганизации, если на должника можно положиться в плане честного ведения коммерческих операций и способности заручиться доверием и сотрудничеством 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. в качестве попытки отсрочить неизбежное, в результате чего продолжится распыление активов, а также с возможностью того, что должник будет действовать безответственно или даже мошенническим образом в течение периода, когда за ним сохраняется контроль, что нанесет ущерб реорганизации и подорвет доверие кредиторов. Подобные трудности можно уменьшить, если будут приняты определенные защитные меры, например установление требования о том, чтобы должник на регулярной основе представлял суду отчеты о ходе производства, назначение управляющего в деле о несостоятельности для осуществления надзора за должником, предоставление кредиторам существенных полномочий по надзору или контролю за должником или же создание определенного механизма, который позволит суду (либо по собственной инициативе, либо по просьбе кредиторов) заменять должника управляющим в деле о несостоятельности или же преобразовывать процедуры в ликвидационное производство. В то же время такой подход является весьма сложным и требует тщательной проработки не только потому, что его успешное применение зависит от наличия хорошо укоренившихся правил надлежащего управления и институционального потенциала, но также поскольку он затрагивает ряд других аспектов структурной организации режима несостоятельности (например, план реорганизации, осуществление полномочий по расторжению сделок, режим контрактов).

3. Права должника

217.[168] Для защиты прав должника, которые в некоторых странах рассматриваются в качестве основополагающих, и для обеспечения справедливого и беспристрастного производства и, возможно, что имеет более важное значение, для содействия повышению доверия должника к процедурам несостоятельности желательно четко указать в законодательстве о несостоятельности функции должника в рамках производства по делу о несостоятельности, а также его права применительно к проведению такого производства. Во многих странах права должника, являющегося физическим лицом, в рамках производства по делу о несостоятельности могут определяться с учетом обязательств в соответствии с такими международными и региональными договорами, как Международный пакт о гражданских и политических правах (1976 год) и Европейская конвенция о правах человека (1950 год).

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

218.[168] По вышеуказанным причинам желательно предусмотреть право должника быть заслушанным в ходе производства по делу о несостоятельности и принимать общее участие в процессе принятия решений, который является неотъемлемым элементом такого производства, особенно реорганизационных процедур. Должник, в частности, должен иметь доступ к информации, касающейся хода производства, во всех случаях, однако особенно в том случае, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенные возможности отстранения должника (будь то в рамках ликвидационного или реорганизационного производства) от управления и контроля за коммерческими операциями. Такой доступ к информации может иметь особое значение при реорганизации, когда законодательство о несостоятельности предусматривает определенную степень отстранения должника до утверждения плана, однако требует возложения ответственности за осуществление плана на должника. Доступ к информации должен быть также обеспечен в том случае, если должник не участвует в формулировании плана, с тем чтобы предоставить ему возможность высказать свое мнение по плану, прежде чем он будет представлен на утверждение. Как отмечалось выше в Части второй, глава III.A.3, если должник является физическим лицом, определенные активы исключаются из имущественной массы, с тем чтобы должник мог сохранить свои личные права и права своей семьи, и поэтому в законодательстве о несостоятельности желательно четко предусмотреть право на сохранение такого имущества.

219.[169] Тем не менее могут возникать ситуации, когда осуществление или соблюдение этого права сопряжено с формальностями и расходами, которые могут воспрепятствовать ходу производства, не принося при этом каких-либо выгод должнику. В том случае, например, если 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 или же сделать его вообще невозможным. Хотя в законодательстве о несостоятельности, возможно, желательно предусмотреть, что должны быть предприняты все разумные усилия, с тем чтобы предоставить должнику возможность быть заслушанным, в законодательстве необходимо будет также обеспечить определенную гибкость, с

тем чтобы избежать возникновения ситуации, когда использование этого права может неблагоприятно повлиять на ход производства.

4. Обязательства должника

220. Как уже отмечалось в отношении прав должника, желательно четко определить в законодательстве о несостоятельности обязательства должника применительно к производству по делу о несостоятельности, включая, насколько это возможно, содержание и условия таких обязательств и то, кому они причитаются. Эти обязательства необходимо будет согласовать с функциями должника в рамках как ликвидационного, так и реорганизационного производства, особенно в отношении управления и контроля за коммерческими операциями при реорганизации. Если, например, за должником сохраняется право контролировать коммерческие операции в рамках реорганизационного производства, обязательство по передаче контроля над активами, образующими имущественную массу, не будет подлежать применению.

а) Сотрудничество и помощь

221.[167] В целях обеспечения возможностей для эффективного проведения производства по делу о несостоятельности в некоторых законах о несостоятельности на должника возлагается общее обязательство осуществлять сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его обязанностей, а в некоторых законах – воздерживаться от действий, которые могут нанести ущерб проведению производства. Важным элементом обязательства осуществлять сотрудничество является предоставление управляющему в деле о несостоятельности возможности осуществлять эффективный контроль за имущественной массой в результате передачи активов, контроля над активами, а также коммерческой и учетной документации. Может быть также предусмотрено требование о том, что должник должен осуществлять сотрудничество с управляющим в деле о несостоятельности при подготовке перечня кредиторов и их требований (см. Часть вторая, глава IV.B.4).

б) Предоставление информации

222.[162] Для содействия проведению тщательной независимой оценки коммерческих операций должника, в том числе его неотложных потребностей в ликвидных средствах и целесообразности финансирования после открытия производства, долгосрочных перспектив выживания предприятий и вопроса о том, обладает ли администрация необходимой квалификацией для продолжения руководства предприятием, будет, как правило, требоваться информация, касающаяся должника, его активов и пассивов, финансового положения и состояния дел в целом. С тем чтобы обеспечить возможности для проведения такой оценки как при ликвидации, так и при реорганизации, но особенно при реорганизационном производстве и в тех случаях, когда предприятие планируется продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы в рамках ликвидационного производства, желательно, чтобы на должника было возложено постоянное обязательство предоставлять подробную информацию в отношении его коммерческих операций и финансовых дел за достаточно продолжительный срок, а не просто за период, непосредственно предшествующий открытию производства. Такая подробная информация может включать информацию, касающуюся активов и обязательств; перечни клиентов;

прогнозы в отношении прибылей и убытков; подробные данные о движении наличности; конъюнктурную информацию; данные о тенденциях развития отрасли; информацию, которая, как считается, касается причин текущего финансового положения должника; информацию о предшествующих сделках, которые могут быть расторгнуты на основании положений о расторжении сделок законодательства о несостоятельности; а также информацию, касающуюся неисполненных контрактов, сделок с участием лиц, с которыми поддерживаются отношения, и текущего судебного, арбитражного или административного производства, включая процедуру принудительного исполнения, которая возбуждена против должника или в которой должник принимает участие. Некоторые законы о несостоятельности содержат также требование о том, чтобы должник предоставлял информацию, касающуюся его кредиторов, и готовил, часто в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности, перечень кредиторов, на основании которого может быть произведена проверка требований. Может быть также предусмотрено требование о том, чтобы должник периодически обновлял такой перечень по мере проверки, признания или отклонения требований.

223.[162] Хотя, возможно, нет необходимости включать в законодательство о несостоятельности исчерпывающее описание той информации, которая должна представляться должником, подобный подход может оказаться полезным для обеспечения руководящих положений относительно тех категорий информации, которая должна быть представлена. Поэтому в некоторых законах предусмотрены стандартные информационные бланки, в которых указана конкретная требующаяся информация. Эти бланки заполняются должником (причем предусматриваются надлежащие санкции за представление ложной или вводящей в заблуждение информации) или же определенным независимым лицом или администратором.

224.[163] Для того чтобы такую информацию можно было использовать для вышеуказанных целей, она должна быть актуальной, полной, точной и надежной и должна представляться в максимально сжатые сроки после открытия производства. Если должник в состоянии исполнить это обязательство, то это может способствовать повышению уверенности кредиторов в способности должника продолжать руководить предприятием.

225.[164] В тех случаях, когда должник не является физическим лицом, информация может быть представлена управляющему в деле о несостоятельности сотрудниками должника или другими сторонами, связанными с должником. Альтернативный подход может заключаться 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 директор не находится в том месте, в котором может быть проведено совещание кредиторов.

с) Конфиденциальность

226.[165] Соответствующая информация часто будет представлять собой конфиденциальные коммерческие данные (например, торговую тайну, перечень клиентов и поставщиков, информацию об исследованиях и разработках), и такая информация может либо принадлежать должнику, либо находиться под контролем должника, но принадлежать какой-либо третьей стороне. Поэтому в

законодательство о несостоятельности желательно включить положения, предназначенные для защиты конфиденциальности информации в целях предупреждения злоупотребления такой информацией кредиторами или другими сторонами, которые могут ею воспользоваться. Обязательство соблюдать конфиденциальный характер информации может применяться не только в отношении должника, но также в отношении сторон, связанных с должником, управляющего в деле о несостоятельности, комитетов кредиторов и третьих сторон.

d) Вспомогательные обязательства

227. В некоторых законах о несостоятельности установлены дополнительные обязательства, которые являются вспомогательными обязательствами должника по отношению к обязательству сотрудничать и оказывать помощь. К их числу может относиться, например, обязательство (либо индивидуального должника, либо управляющих и директоров предприятия должника) не покидать обычное место жительства (без разрешения суда), представлять всю свою переписку управляющему в деле о несостоятельности или суду, а также другие ограничения, затрагивающие личные свободы. Такие ограничения могут иметь весьма важное значение для предупреждения попыток сорвать производство по делу о несостоятельности в результате применения широко распространенной практики, когда должники покидают местонахождение предприятия, а директора и управляющие уходят в отставку после открытия производства. Если такие вспомогательные обязанности будут включены в законодательство о несостоятельности, то они должны соответствовать своим основополагающим целям, а также главной цели общего обязательства осуществлять сотрудничество; они могут быть также ограничены в результате применения соответствующих конвенций и соглашений по правам человека, как это отмечалось выше. В некоторых законах о несостоятельности предусматривается, что такие обязательства подлежат автоматическому применению, в то время как в других законах предусматривается возможность их применения по решению суда, если это необходимо для управления имущественной массой. В некоторых законах проводится также разграничение между индивидуальными должниками и другими категориями должников; если должник является физическим лицом, ограничения подлежат применению только по приказу суда, однако если должником выступает корпорация, некоторые ограничения могут применяться автоматически, например в случае раскрытия переписки.

e) Привлечение специалиста для оказания помощи должнику

228.[160] Для оказания помощи должнику в выполнении его обязанностей в рамках производства в целом законодательство некоторых стран разрешает должнику привлекать специалистов, например бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, которые могут потребоваться, при условии получения соответствующего разрешения. В некоторых законах предусматривается, что такое разрешение дается управляющим в деле о несостоятельности, а в других законах эта функция возлагается на суд или кредиторов.

f) Неисполнение обязательств

229.[166] Для случаев, когда должник не исполняет свои обязательства, в законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть вопрос о том, какие меры надлежит принимать в случае такого неисполнения. Если, например, должник не представляет какую-либо информацию, то, возможно, потребуются предусмотреть определенный механизм, позволяющий получить соответствующую информацию в принудительном порядке, например, путем "публичного опроса должника судом или управляющим в деле о несостоятельности". Для более серьезных случаев утаивания информации в ряде стран предусматриваются уголовные санкции. Аналогичные подходы могут применяться в случае нарушения других обязательств. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет рассмотреть последствия действий, предпринятых в нарушение обязательств, и вопрос о том, следует ли рассматривать такие действия недействительными.

5. Ответственность должника

230.[170] Если предприятие является платежеспособным, то должник, как правило, несет свои основные обязательства перед собственниками предприятия, а его отношения с кредиторами регулируются договорными механизмами. В то же время в случае наступления неплатежеспособности коммерческого предприятия это соотношение изменяется, и кредиторы становятся сторонами, обладающими реальными финансовыми интересами в предприятии и несущими риск любых убытков, которые могут быть понесены при продолжении должником его коммерческих операций. Несмотря на такое изменение, действия и поведение владельцев и администрации коммерческого предприятия прежде всего регулируются правом и принципиальными подходами за пределами режима несостоятельности. Законодательство о несостоятельности не следует использовать для устранения недостатков в другой области правового регулирования или для контроля за соблюдением принципов надлежащего управления, хотя некоторые законы о несостоятельности могут предусматривать обязательства возбуждать производство по делу о несостоятельности на раннем этапе возникновения финансовых трудностей (см. Часть вторая, глава II.B). 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, в зависимости от режимов ответственности, применимых в случае мошенничества, с одной стороны, и небрежности, с другой стороны, целесообразно предусмотреть возможность возмещения соответствующими лицами убытков или ущерба.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся должника, заключаются в следующем:

- a) установить права и обязательства [обязанности] должника [~~и лиц, связанных с должником,~~] в ходе ведения производства по делу о несостоятельности;
- b) рассмотреть возможные средства правовой защиты на случай неисполнения должником его обязательств;
- c) рассмотреть вопросы, касающиеся управления предприятием должника как при ликвидации, так и при реорганизации.

Содержание законодательных положений

Право быть заслушанным

89)[69]] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что [как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве] должник имеет право быть заслушанным в ходе производства.

Право принимать участие и запрашивать информацию

90)[70]] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать, что должник имеет право принимать участие в производстве по делу о несостоятельности, ~~особенно реорганизационном производстве~~, и запрашивать информацию у управляющего в деле о несостоятельности и у суда. Эти права имеют особое значение в контексте реорганизационного производства.

Право сохранять имущество в целях сохранения личных прав должника

91) Если должник является физическим лицом, в законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть, что должник имеет право сохранять активы, исключенные из имущественной массы, на том основании, что они необходимы для сохранения личных прав должника².

Обязательства

92)[71]] Законодательство о несостоятельности должно четко оговаривать обязательства должника в отношении как ликвидационного, так и реорганизационного производства. Обязательства должника должны включать следующее:

- a) сотрудничать с управляющим в деле о несостоятельности и оказывать ему помощь в выполнении его функций [и воздерживаться от поведения, которое может нанести ущерб производству];
- b) представлять точную, надежную и полную информацию о своем финансовом положении и состоянии дел, которая может быть разумно

² См. Глава III.A "Затрагиваемые активы", рекомендация (29).

запрошена судом, управляющим в деле о несостоятельности или комитетом кредиторов, включая:

- i) информацию о сделках, которые были заключены в течение подозрительного периода и в которых участвовал должник или были задействованы активы должника;
- ii) информацию о текущем судебном, арбитражном или административном производстве, включая процедуру принудительного исполнения;
- с) предоставить управляющему в деле о несостоятельности возможность взять на себя эффективный контроль над имущественной массой и передать управляющему в деле о несостоятельности активы или контроль над активами, независимо от того, находятся ли они в данной стране или за ее пределами³, а также коммерческую документацию;
- d) подготовить список кредиторов и их требований в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности и пересматривать и исправлять этот список по мере рассмотрения требований;
- e) в случае должника, являющегося физическим лицом, не покидать обычное место жительства без разрешения суда.

Конфиденциальность

93)[72]] В тех случаях, когда информация, предоставляемая должником, представляет собой конфиденциальные коммерческие сведения, для защиты конфиденциальности должны применяться надлежащие положения, устанавливаемые будь то в законодательстве о несостоятельности или в применимых нормах процессуального права. Обязательство о соблюдении конфиденциальности должно применяться в отношении информации, находящейся под контролем должника, независимо от того, принадлежит ли она должнику или какой-либо третьей стороне, включая торговые тайны.

Продолжение функционирования предприятия должника

94)[73]] Законодательство должно регулировать вопрос о роли должника при продолжении функционирования предприятия [как при реорганизации, так и при продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы в ходе ликвидации]. Для этого могут быть использованы различные подходы, включая следующие:

- a) полное отстранение должника от выполнения любых функций в предприятии и назначение управляющего в деле о несостоятельности;
- b) ограниченное отстранение, при котором должник может продолжать руководить предприятием на повседневной основе при условии надзора со стороны назначенного управляющего в деле о несостоятельности, и в этом случае в законодательстве о

³ См. главу VIII Типового закона о трансграничной несостоятельности и назначение иностранного управляющего в деле о несостоятельности.

несостоятельности должно оговариваться разделение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности; или

с) сохранение полного контроля над предприятием (сохранение владения за должником) без назначения управляющего в деле о несостоятельности, но при обеспечении надлежащих гарантий, включая различные уровни контроля за действиями должника, и при возможности отстранения должника в оговоренных обстоятельствах⁴.

Санкции за несоблюдение

95)[74] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать санкции за невыполнение должником, будь то физическим лицом или коммерческим предприятием, оговоренных обязательств, включая положение о том, что действия, предпринятые в нарушение обязательств, являются недействительными.

В. Управляющий в деле о несостоятельности

1. Введение

231.[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 лица, выполняющего соответствующие функции, которые могут осуществляться в самом широком смысле, без проведения разграничения между функциями, которые могут осуществляться в рамках различных видов производства. Управляющий в деле о несостоятельности может быть физическим лицом или, как это имеет место в некоторых правовых системах, корпорацией или другим самостоятельным юридическим лицом. 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. В некоторых правовых системах такое назначение по своему характеру рассматривается в качестве назначения, соответствующего или в значительной степени напоминающего доверенное лицо, которое исполняет свои полномочия в публичных интересах и выполняет определенные функции в интересах кредиторов и должника. Если управляющий в деле о несостоятельности назначается судом на временной основе до открытия производства по делу о несостоятельности, то полномочия и функции такого лица, как правило, определяются судом. Если временный

⁴ Следует отметить, что такой вариант требует наличия развитой структуры судебных органов и применения средств защиты, которые позволяют отстранить должника в оговоренных обстоятельствах. Более подробные разъяснения см. пункты 204–216 аналитического комментария.

управляющий в деле о несостоятельности будет иметь такие же полномочия и функции, как и управляющий в деле о несостоятельности, назначаемый после открытия производства, то он должен обладать такими же квалификационными данными, нести такую же ответственность и получать такое же вознаграждение, как и управляющий, назначаемый после открытия производства.

232.[172] В законодательстве о несостоятельности применяются различные подходы по вопросу о взаимоотношениях между управляющим в деле о несостоятельности и судом и, в частности, по вопросу о разграничении их полномочий. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности будет, как правило, в наибольшей степени информирован о положении должника, он обычно находится в наилучшем положении для принятия обоснованных решений относительно ведения производства по делу о несостоятельности. Тем не менее это не означает, что управляющий в деле о несостоятельности может заменить собой суд, 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 суды играют в делах о несостоятельности более ограниченную роль, в отношении объема полномочий, обычно предоставляемых управляющему в деле о несостоятельности, также существуют определенные ограничения. Полномочия управляющего в деле о несостоятельности могут также определяться исходя из того, какая роль отводится в соответствии с законодательством о несостоятельности кредиторам.

2. Квалификационные требования

233.[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 (как правило, юристов, бухгалтеров или других специалистов). Если законодательство о несостоятельности предусматривает назначение в качестве управляющего в деле о несостоятельности какого-либо публичного должностного лица, рассматриваемые ниже конкретные квалификационные требования, как правило, не будут иметь отношения к такому назначению (хотя они могут применяться при найме такого должностного лица правительственным учреждением).

234.[177] Во многих странах управляющий в деле о несостоятельности должен являться физическим лицом, однако в ряде стран предусматривается, что для выполнения соответствующих функций может быть назначено также юридическое лицо при соблюдении определенных требований, например требования о том, что лица, которые будут выполнять соответствующую работу от имени данного юридического лица, будут обладать надлежащей квалификацией, а деятельность самого такого юридического лица подпадает под регулирование. С учетом сложности многих производств по делам о несостоятельности весьма желательно, чтобы управляющий был знаком с юридическими вопросами (не только в области законодательства о несостоятельности, но также в соответствующих отраслях коммерческого и торгового права) и обладал надлежащим опытом в коммерческих и финансовых делах. Если требуются дополнительные или более специальные знания в рамках какого-либо конкретного дела, то они могут быть обеспечены за счет привлечения экспертов на основе найма. В некоторых законах о

несостоятельности содержится также требование о том, чтобы лицо, назначаемое в качестве управляющего в деле о несостоятельности по какому-либо конкретному делу, обладало опытом и квалификацией, необходимыми в таком деле.

235.[177] Помимо обладания надлежащими знаниями и опытом, возможно, желательно предусмотреть, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обладал определенными личными качествами, такими как честность, беспристрастность и независимость от заинтересованных сторон. [180] Определенные прежние или текущие взаимоотношения с должником могут явиться причиной коллизии интересов. Прежнее владение должником, прежние деловые отношения с должником, отношения с кредитором должника, прежняя работа в качестве представителя должника и взаимосвязи с конкурентом должника могут явиться достаточным основанием в некоторых странах для того, чтобы воспрепятствовать назначению какого-либо лица в качестве управляющего в деле о несостоятельности. В других странах такое лицо может быть, тем не менее, назначено при условии сообщения информации о коллизии интересов. С тем чтобы способствовать прозрачности, предсказуемости и добросовестности в системе несостоятельности, в законодательстве о несостоятельности желательно указать уровень взаимоотношений, в результате которых может возникать коллизия интересов, и предусмотреть требование о том, что кандидат на должность управляющего в деле о несостоятельности обязан раскрывать обстоятельства, которые могут привести к такой коллизии интересов или утрате независимости. Право определять, существует ли в каком-либо конкретном деле коллизия интересов или основание для доказывания утраты независимости, как правило, предоставляется суду.

236. Квалификационные требования, предъявляемые к лицу, которое может быть назначено управляющим в деле о несостоятельности, могут различаться в зависимости от положений режима несостоятельности, касающихся роли управляющего в деле о несостоятельности (в том числе в зависимости от того, является ли производство ликвидационным или реорганизационным) и относительной степени надзора за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности (и за ведением производства по делу о несостоятельности) со стороны суда. Эти требования могут также различаться в зависимости от используемой процедуры назначения (см. ниже).

237.[178] Для обеспечения надлежащей квалификации управляющего в деле о несостоятельности применяются различные подходы, включая требование о наличии определенной профессиональной квалификации и сдаче экзаменов; лицензирование, если система лицензирования действует под контролем определенного правительственного учреждения или профессионального органа; специализированные курсы подготовки и сертификационные экзамены; требование в отношении определенного опыта (как правило, определенное количество лет) в соответствующих областях, например в области финансов, торговли, бухгалтерского учета или права, а также в проведении производства по делу о несостоятельности. В тех системах, которые предусматривают определенную форму лицензирования или профессиональной квалификации и членства в профессиональных ассоциациях, как правило, рассматриваются также вопросы о надзоре и дисциплинарной ответственности, и деятельность управляющего в деле о несостоятельности может регламентироваться судом, профессиональной ассоциацией, корпоративной регулирующей организацией или другим органом. Некоторые из таких систем являются относительно

сложными, и их подробное рассмотрение выходит за рамки настоящего Руководства.

238.[179] При определении квалификационных требований, соблюдение которых необходимо для назначения управляющего в деле о несостоятельности, желательно обеспечить определенный баланс между жесткими требованиями, которые позволяют назначить высококвалифицированного специалиста, но которые могут существенно ограничить круг специалистов, обладающих, как считается, надлежащей квалификацией, и увеличить расходы на производство, и требованиями, которые не являются достаточно высокими для гарантирования качества требуемых услуг. В случае нехватки специалистов надлежащей квалификации важным фактором достижения необходимого баланса могут быть функции суда, связанные с назначением и осуществлением надзора.

3. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности

239.[174] В законах о несостоятельности применяется целый ряд различных подходов по вопросу о выборе и назначении управляющего в деле о несостоятельности. В некоторых правовых системах законодательство о несостоятельности предусматривает, что по всем делам о несостоятельности или по некоторым категориям дел о несостоятельности автоматически назначается определенное конкретное публичное должностное лицо (именуемое различным образом, например, официальным распорядителем, официальным управляющим конкурсной массы, официальным цессионарием и ...). Во многих правовых системах управляющий в деле о несостоятельности выбирается и назначается судом, который осуществляет также надзор за его деятельностью. Выбор может производиться по усмотрению суда из списка специалистов, обладающих надлежащей квалификацией, а также может осуществляться путем ссылки на реестр специалистов или на основе системы ротации или же за счет использования других методов, например по рекомендации кредиторов или должника. [176] Один из возможных недостатков системы списков, хотя она и обеспечивает справедливое и беспристрастное распределение дел, заключается в том, что она может не обеспечить назначение лица, обладающего наилучшей квалификацией для ведения данного конкретного дела. Это, несомненно, может зависеть от порядка составления списка и от квалификационных требований, предъявляемых к специалистам по делам о несостоятельности для включения в этот список. Такой недостаток не может рассматриваться в качестве существенного, когда имущественная масса не содержит каких-либо активов (см. Часть вторая, глава II.B.4(f)).

240.[174] В некоторых правовых системах выбор управляющего в деле о несостоятельности осуществляется по поручению суда независимым органом или учреждением, на которое возложены функции по общему руководству деятельностью всех управляющих в делах о несостоятельности. Такой подход применяется в целом ряде стран, его преимущества могут быть связаны с тем, что он позволяет независимому органу, ведающему назначениями, выбирать управляющего из числа специалистов, обладающих надлежащим опытом и знаниями для ведения дел с учетом конкретных обстоятельств, включая характер коммерческих операций или другой деятельности должника; категории активов; рынок, на котором действует или действовал должник; специальные знания, необходимые для того, чтобы разобраться в делах должника, или с учетом

других особых обстоятельств. Использование независимого органа, ведающего назначениями, будет зависеть от существования надлежащего органа или учреждения, обладающего как ресурсами, так и инфраструктурой, необходимой для выполнения требуемых функций; в противном случае потребуется создать надлежащий орган или учреждение.

241. [174] Еще один подход позволяет кредиторам играть определенную роль в представлении кандидатур и выборе управляющего в деле о несостоятельности, который может быть назначен при условии, что данное лицо отвечает квалификационным требованиям для работы в этом качестве в данном конкретном случае. Подходы, которые предполагают привлечение независимого органа по назначению и комитета кредиторов, могут способствовать устранению подозрений в предвзятости и сокращению потребностей в надзоре со стороны судов. В соответствии с другим подходом должник может назначать управляющего в деле о несостоятельности в тех случаях, когда открывается реорганизационное производство по инициативе должника. Такой подход предусматривает возможность проведения обсуждений между должником и другими сторонами, например обеспеченными кредиторами, до открытия производства для ознакомления будущего управляющего с делами предприятия, а также позволять должнику выбрать управляющего в деле о несостоятельности, который, по его мнению, может наилучшим образом провести реорганизацию. Тем не менее в данном случае могут быть выражены сомнения в отношении независимости управляющего в деле о несостоятельности. Такую проблему можно решить, предоставив кредиторам право в соответствующих обстоятельствах заменять управляющего в деле о несостоятельности, назначенного должником.

4. Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

242. [173] В законах о несостоятельности часто оговариваются функции, которые будет выполнять управляющий в деле о несостоятельности в ходе производства, и в законодательстве о несостоятельности важно предусмотреть соответствующие полномочия управляющего в деле о несостоятельности, необходимые для выполнения этих функций. Хотя некоторые из упомянутых ниже обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности, возможно, имеют большее отношение к ликвидации, чем к реорганизации, они, как правило, могут включать следующее:

- i) незамедлительное взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу⁵, и коммерческой документации должника;
- ii) выполнение функций представителя имущественной массы;
- iii) общее управление имущественной массой;
- iv) осуществление прав в интересах имущественной массы в рамках текущего судебного, арбитражного или административного разбирательства;

⁵ Определение формулировки "имущественная масса", используемой в Руководстве, см. Часть вторая, глава III, и глоссарий, содержащийся в Части первой.

- v) принятие всех необходимых мер для защиты и сохранения активов, образующих имущественную массу, и коммерческого предприятия должника, включая предупреждение несанкционированного распоряжения такими активами и осуществление полномочий по расторжению сделок в целях возвращения активов, распоряжение которыми производилось ненадлежащим образом в ущерб интересам кредиторов;
- vi) регистрация прав имущественной массы (когда регистрация необходима для формализации прав имущественной массы в отношении добросовестных приобретателей);
- vii) назначение бухгалтеров, юристов и других специалистов, которые могут потребоваться для оказания помощи управляющему в деле о несостоятельности в выполнении его функций, и выплата им вознаграждений;
- viii) получение информации, касающейся должника, его активов, обязательств и ранее заключенных сделок (особенно сделок, заключенных в течение подозрительного периода), в том числе опрос должника и любого третьего лица, поддерживающего деловые отношения с должником;
- ix) изучение контрактов, которые еще не исполнены в полном объеме, с целью принятия решения о продолжении или отказе от продолжения исполнения;
- x) решение вопросов, касающихся работников, а также их прав и пособий, включая пенсионные права;
- xi) при ликвидации – продажа активов, образующих имущественную массу;
- xii) проверка и признание требований;
- xiii) периодическое представление суду и кредиторам подробной информации относительно хода производства. Такая информация должна включать, например, подробные данные об активах, проданных за соответствующий период, полученных ценах, расходах на продажу и такую другую информацию, которая может быть затребована судом или разумно запрошена комитетом кредиторов; поступлениях и выплатах; активах, остающихся в управлении; а также о подготовке плана реорганизации;
- xiv) участие в совещаниях кредиторов;
- xv) управление коммерческими операциями в ходе реорганизации и ликвидации, если предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы;
- xvi) при реорганизации – подготовка плана реорганизации или доклада по вопросу о том, почему реорганизация не представляется возможной (если такая функция возлагается на управляющего в деле о несостоятельности);

xvii) осуществление надзора за утверждением плана реорганизации и, если требуется, осуществление такого плана;

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

xix) представление суду или кредиторам, в зависимости от конкретных обстоятельств, окончательного доклада и финансового отчета об управлении имущественной массой;

xx) любые другие вопросы, которые могут быть переданы на рассмотрение управляющему в деле о несостоятельности кредиторами или определены судом.

243. Помимо таких конкретных обязанностей и функций законы о несостоятельности часто возлагают на управляющего в деле о несостоятельности определенные общие обязательства. Такие обязательства могут включать обязательство содействовать максимизации стоимости и обеспечивать безопасность имущественной массы, обязанность добиваться наилучшей разумно возможной цены при продаже активов, образующих имущественную массу; а также [другие?].

5. Конфиденциальность

244. На необходимость возложить на должника обязательство соблюдать конфиденциальность уже указывалось выше. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо также предусмотреть обязанность управляющего в деле о несостоятельности соблюдать конфиденциальность, поскольку значительная часть информации, которая будет получена в отношении состояния дел должника, будет иметь существенную коммерческую ценность (например, торговые тайны, информация об исследованиях и разработках, а также информация о клиентах) и не подлежит разглашению третьим сторонам, которые смогут получить в результате использования такой информации несправедливые преимущества. Соблюдение конфиденциальности может иметь особое значение, если управляющий в деле о несостоятельности обладает полномочиями принуждать к раскрытию информации и документов в ходе опроса должника. Некоторая такая информация, возможно, поступила от третьих сторон и подпадает под действие положений об обеспечении конфиденциальности и защите тайны, например положений, применимых в отношении банков. Желательно предусмотреть, чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел право использовать такую информацию только для целей производства по делу о несостоятельности, в контексте которого разрешается проводить опросы, если суд не примет иного решения. Эта проблема может возникать также в связи с предоставлением и получением информации в контексте уголовного производства против должника. Аналогичное обязательство соблюдать конфиденциальность должно возлагаться на агентов управляющего в деле о несостоятельности (см. ниже) и на другие стороны, которые могут быть определены по решению суда.

6. Вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности**а) Определение размеров вознаграждения**

245. Помимо средств на возмещение надлежащих расходов, понесенных в процессе управления имущественной массой, управляющий в деле о несостоятельности будет иметь право на получение вознаграждения за свои услуги. Такое вознаграждение должно соответствовать квалификации управляющего в деле о несостоятельности и масштабам задач, которые он обязан выполнять, а также обеспечивать баланс между риском и вознаграждением, с тем чтобы способствовать привлечению специалистов, обладающих надлежащей квалификацией. Для расчета вознаграждения используется целый ряд методов. Вознаграждение может быть установлено на основе соответствующей шкалы гонораров, разработанной правительственным учреждением или профессиональной ассоциацией; определяться общим органом кредиторов, судом или каким-либо другим административным органом или судом специальной юрисдикции в каждом конкретном случае; основываться на том, сколько времени управляющий в деле о несостоятельности (и различные категории лиц, которые, вполне вероятно, будут работать на администрацию в деле о несостоятельности – от конторских служащих до основных руководителей) надлежащим образом затратил на управление имущественной массой; или же оно может определяться в виде определенного процента от стоимости активов, образующих имущественную массу и подлежащих реализации или распределению, или в качестве сочетания этих двух сумм (рассчитываемых в конце производства, когда активы проданы и их стоимость окончательно определена). Вознаграждение может устанавливаться в виде фиксированного процента и предусматривать возможность увеличения или сокращения в зависимости от обстоятельств конкретного дела.

i) Системы, основанные на затратах времени

246. Преимущество метода, основанного на затратах времени, заключается в том, что довольно часто на начальных этапах существует довольно высокая степень неопределенности относительно того, насколько сложным и ресурсоемким окажется конкретная работа по управлению имущественной массой, по меньшей мере до проведения определенной предварительной работы. Недостаток данного метода состоит в том, что, хотя он, возможно, и будет способствовать применению весьма тщательных подходов, любая система, основанная на затратах времени, может также в некоторых случаях создавать стимулы для максимизации времени, затрачиваемого на управление имущественной массой без достижения соразмерного увеличения стоимости такой имущественной массы.

ii) Системы, основанные на комиссионных выплатах

247. Преимущество системы, основанной на комиссионных выплатах, по меньшей мере с точки зрения кредиторов, заключается в том, что по меньшей мере определенная или даже значительная часть возвращенных активов будет распределена среди таких кредиторов. В то же время с точки зрения управляющего в деле о несостоятельности такая система может не обеспечивать надлежащего метода калькуляции вознаграждения, поскольку объем работы, связанной с управлением имущественной массой, отнюдь не обязательно будет

пропорционален стоимости активов, имеющихся для распределения. Такая система может также способствовать применению подхода "максимальная прибыль при минимальных расходах" и не обеспечивать достаточных стимулов для выполнения функций, которые не связаны непосредственно с увеличением прибылей кредиторов, например для представления суду и кредиторам информации об обязательствах и оказания помощи регулирующим органам при проведении расследований дел должника и возможных случаев неправомерного поведения.

iii) Участие кредиторов

248. В некоторых странах общему органу кредиторов (или комитету кредиторов от его имени) может отводиться определенная роль в установлении и утверждении размеров вознаграждения с учетом таких факторов, как сложность дела, характер и пределы обязанностей управляющего в деле о несостоятельности и требования в отношении эффективности их исполнения, а также стоимость и характер активов, образующих имущественную массу. Участие кредиторов позволяет решить некоторые из проблем, которые рассматривались выше, поскольку кредиторы будут лучше осведомлены по соответствующим вопросам и будут иметь возможность участвовать в процессе установления и утверждения размеров вознаграждения. Размеры вознаграждения могут также периодически пересматриваться в процессе ведения производства, а любые возникающие проблемы будут рассматриваться и решаться, возможно на основе арбитражного разбирательства или с использованием других форм урегулирования споров между управляющим в деле о несостоятельности и кредиторами.

249. В законодательстве о несостоятельности весьма желательно предусмотреть такой механизм установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, который будет достаточно ясным и прозрачным для избежания споров и обеспечения необходимой определенности в отношении издержек производства по делу о несостоятельности. Независимо от метода калькуляции желательно также признать в законодательстве о несостоятельности приоритетность выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности.

b) Средства платежа

250. Выплата вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности часто является причиной жалоб со стороны необеспеченных кредиторов, поскольку основным источником имеющихся средств часто являются необеспеченные активы, в результате чего не остается каких-либо средств для распределения среди таких кредиторов. Хотя, по-видимому, не следует делать вывод о том, что расходы на управление оказались чрезмерно высокими, поскольку они превысили стоимость имеющихся необеспеченных активов, которые используются для покрытия таких расходов, случаи, когда необеспеченные кредиторы становятся свидетелями того, что большая часть или даже все имеющиеся активы используются для покрытия расходов на управление, а также мнение о несправедливости процедур, когда общий объем расходов на управление оказывается весьма значительным по сравнению со стоимостью возвращенных активов, свидетельствуют о необходимости тщательного рассмотрения этого вопроса. В отношении выплаты вознаграждения управляющему в деле о несостоятельности могут применяться различные

подходы. Так, например, если имущественная масса включает необеспеченные активы, вознаграждение может выплачиваться за счет таких активов; с суммы активов может взиматься определенный сбор для оплаты расходов на управление или продажу таких активов, если управление оказалось выгодным для кредиторов; сборы могут также взиматься с кредиторов при представлении вынужденных заявок для покрытия по меньшей мере первоначальных расходов и выполнения основных функций (см. Часть вторая, глава II.B.5).

с) Пересмотр вознаграждения

251. В зависимости от порядка установления вознаграждения управляющего в деле о несостоятельности, возможно, будет желательно предусмотреть процесс пересмотра для решения проблем, возникающих вследствие неудовлетворенности самого управляющего в деле о несостоятельности или же вследствие неудовлетворенности кредиторов. Если размеры вознаграждения устанавливаются совещанием кредиторов, суд, как правило, будет обладать полномочиями пересматривать установленную сумму по заявлению управляющего в деле о несостоятельности или определенной доли или числа кредиторов, например кредиторов, представляющих 10 процентов выпущенного акционерного капитала, или на которых приходится по меньшей мере 10 процентов или 25 процентов общего объема задолженности. Если размеры вознаграждения устанавливаются изначально судом, то управляющий в деле о несостоятельности может иметь или же не иметь права оспаривать такое решение; некоторые законы о несостоятельности предусматривают, что должник не имеет права подавать заявление о пересмотре вознаграждения. Если требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности являлся членом какой-либо профессиональной организации или же имел соответствующую лицензию, то соответствующая профессиональная организация или лицензионное учреждение также могут обладать полномочиями в отношении пересмотра гонораров, получаемых их членами, а также могут предусматривать определенные неофициальные механизмы для урегулирования споров.

7. Обязанность проявлять осмотрительность [Ответственность]

252.[181] Важное значение для ведения производства по делу о несостоятельности имеют стандарты осмотрительности, которую должен проявлять управляющий в деле о несостоятельности, и его личная ответственность. Для установления критериев осмотрительности, разумности и квалификации, которые требуются для выполнения управляющим в деле о несостоятельности его обязанностей и функций, необходимо разработать определенный стандарт, который будет учитывать все трудные обстоятельства, в которых оказывается управляющий в деле о несостоятельности при выполнении своих обязанностей, а также обеспечить сбалансированность такого стандарта по отношению к надлежащему уровню вознаграждения и желательности привлечения квалифицированных специалистов для выполнения таких функций. Довольно часто управляющий в деле о несостоятельности может нести ответственность за применение законов, не относящихся к вопросам несостоятельности.

253.[182] Для установления таких оценочных критериев в законодательстве о несостоятельности могут быть применены различные подходы, хотя принятый критерий будет зависеть от порядка назначения управляющего в деле о несостоятельности и от характера назначения (например, частный специалист в

отличие от правительственного служащего). Один из подходов может состоять в том, чтобы потребовать от управляющего в деле о несостоятельности соблюдения стандарта, который не является более жестким по сравнению со стандартом, который подлежит применению в отношении должника при ведении его обычной коммерческой деятельности в условиях платежеспособности, т.е. стандарта 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. Другое решение может основываться на том ожидании, что управляющий в деле о несостоятельности будет действовать добросовестно в надлежащих целях. Еще один подход может основываться на стандарте осмотрительности, применимом 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. Если управляющий в деле о несостоятельности является членом какой-либо профессиональной организации, может быть использован профессиональный стандарт такой организации.

254.[183] Один из способов урегулирования вопроса об ответственности за ущерб может состоять в принятии требования о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен представить гарантию в отношении покрытия ущерба активам, образующим имущественную массу, или страховое покрытие в отношении компенсации возможного ущерба в результате нарушения своих обязанностей. В ряде законов о несостоятельности требуется представление гарантий и страхового покрытия, в то время как в других требуется только страховое покрытие. В некоторых случаях объем требуемой гарантии определяется исходя из балансовой стоимости активов, а в других случаях требуемый объем гарантии и сумма страхового покрытия устанавливаются в правилах соответствующей профессиональной ассоциации или регулирующего органа. Тем не менее такие решения могут предусматриваться 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.

8. Агенты управляющего в деле о несостоятельности

255.[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 разрешение суда не требуется. В законодательстве о несостоятельности желательно установить определенные критерии в отношении найма таких специалистов с точки зрения их опыта, знаний и репутации, а также необходимости того, чтобы их услуги отвечали 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 производиться на периодической основе в ходе производства, или же она может задерживаться до его завершения. Требования, касающиеся раскрытия информации о коллизии интересов, применимые в отношении управляющего в деле о несостоятельности, могут быть также применимы в отношении специалистов, привлекаемых управляющим в деле о несостоятельности. Применимыми являются также обязательства соблюдать конфиденциальность.

256.[184] Для тех случаев, когда в результате действий агентов и представителей управляющего в деле о несостоятельности имущественной массе причиняются 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, за исключением случаев, когда он не осуществляет должного надзора в ходе выполнения своих обязанностей.

257. По вопросу об оплате услуг специалистов, привлекаемых управляющим в деле о несостоятельности, могут применяться различные подходы. В соответствии с некоторыми законами о несостоятельности управляющий в деле о несостоятельности оплачивает услуги специалистов, а затем получает возмещение за счет имущественной массы. В соответствии с другими законами такие специалисты представляют требования в отношении имущественной массы в административном порядке.

9. Отстранение управляющего в деле о несостоятельности

258.[186] Согласно некоторым законам о несостоятельности разрешается отстранять управляющего в деле о несостоятельности при определенных обстоятельствах, к которым могут относиться случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности нарушил или не исполнил свои юридические обязанности согласно законодательству о несостоятельности, когда он продемонстрировал явную некомпетентность или грубую небрежность, когда он не сообщил о коллизии интересов, когда он допустил противоправное поведение или же по менее серьезным причинам, например, когда производство требует особой или иной компетенции, которой назначенный управляющий не обладает. Согласно другим подходам предусматривается, что такое отстранение может быть осуществлено на основе решения суда, действующего по своей собственной инициативе или по ходатайству какой-либо заинтересованной стороны, или на основе решения, принятого требуемым большинством голосов необеспеченных кредиторов. В тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности действует под надзором профессионального или регулирующего органа, он может быть отстранен в результате проведения расследования или анализа его деятельности, что может повлечь за собой также отзыв лицензии или другого разрешения.

10. Замена управляющего в деле о несостоятельности

259.[186] В случае отставки или отстранения управляющего в деле о несостоятельности или наступления любого другого события, в результате которого управляющий в деле о несостоятельности оказывается неспособным

исполнять свои обязанности, например в случае смерти или серьезной болезни, нарушений или задержек в ходе производства, которые могут быть причинены неспособностью обеспечить преемственность в ходе производства, можно избежать с помощью правила, предусматривающего назначение преемника управляющего в деле о несостоятельности либо судом, либо кредиторами. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает возможность отстранения управляющего в деле о несостоятельности, возможно, необходимо 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, образующих имущественную массу (см. Часть вторая, глава III.A), а также с передачей преемнику отчетности, документации и другой информации, касающейся должника. В законодательстве о несостоятельности, возможно, необходимо будет также рассмотреть вопрос о действительности действий, предпринятых в ходе производства управляющим в деле о несостоятельности, который был заменен.

Рекомендации

Цели законодательных положений

Цели положений, касающихся управляющего в деле о несостоятельности, заключаются в следующем:

- a) определить квалификационные требования для назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности;
- b) установить механизм для назначения управляющих в делах о несостоятельности;
- c) определить полномочия и функции управляющего в деле о несостоятельности;
- d) предусмотреть вознаграждение, ответственность, отстранение и замену управляющих в деле о несостоятельности.

Содержание законодательных положений

Квалификационные требования

96)[75] В законодательстве о несостоятельности могут оговариваться квалификационные требования и личные качества, необходимые для назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности. К числу соответствующих критериев могут относиться следующие: управляющий в деле о несостоятельности должен быть независимым и беспристрастным лицом, обладать требуемыми знаниями в соответствующей области коммерческого права и опытом в коммерческих и предпринимательских вопросах.

Назначение

97)[76] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать механизм назначения управляющего в деле о несостоятельности после открытия производства. Для этого могут использоваться различные подходы, включая назначение судом или независимым органом по назначению; назначение на основе рекомендации кредиторов или комитета кредиторов; назначение должником или назначение в силу закона, когда управляющим в деле о

несостоятельности является правительственное или административное ведомство или должностное лицо.

98) Если законодательство о несостоятельности предусматривает назначение управляющего в деле о несостоятельности для управления имущественной массой, лишенной активов, законодательство о несостоятельности должно также предусматривать определенный механизм назначения и вознаграждения такого управляющего. Этот механизм может предусматривать назначение правительственного должностного лица или назначение на основе ссылки на систему реестра, а также вознаграждение со стороны государства или [...].

Коллизия интересов

99)[77] Законодательство о несостоятельности должно устанавливать требование о том, чтобы лицо, предлагаемое для назначения на должность управляющего в деле о несостоятельности, раскрывало информацию об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или утрате независимости [от других интересов]. Законодательство о несостоятельности должно также содержать требование о том, что лица, привлекаемые управляющим в деле о несостоятельности, обязаны раскрывать информацию об обстоятельствах, которые могут привести к коллизии интересов или утрате независимости [от других интересов].

Полномочия Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

100)[78] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать общее обязательство управляющего в деле о несостоятельности содействовать максимизации стоимости и обеспечению безопасности имущественной массы в деле о несостоятельности. Законодательство о несостоятельности должно ясно оговаривать конкретные полномочия обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности, включая следующие:

- a) взятие под свой контроль активов, образующих имущественную массу, и коммерческой документации должника, включая документацию, находящуюся во владении третьих сторон;
- b) общее управление имущественной массой;
- c) контроль над обобщением, продажей и распределением активов;
- d) получение информации относительно должника, его активов, обязательств, ранее совершенных сделок (особенно сделок, совершенных в течение подозрительных периодов), включая проведение опроса должника (либо под присягой, либо в рамках эквивалентной процедуры);
- e) обеспечение соблюдения должником его обязательств;
- f) оказание помощи должнику в подготовке списка кредиторов и их требований и обеспечение пересмотра и изменения этого списка по мере признания требований;
- g) осуществление полномочий по расторжению сделок;
- h) осуществление прав в интересах имущественной массы в рамках текущего судебного, арбитражного или административного

разбирательства и разбирательства, на которое распространяется мораторий и приостановление:

- i) проверка и признание требований;
- j) управление предприятием при реорганизации и при ликвидации, когда предприятие предполагается продать в качестве функционирующей хозяйственной единицы;
- k) предоставление кредиторам и судам на регулярной основе информации и отчетов о ходе производства;
- l) назначение специалистов для оказания помощи управляющему в деле о несостоятельности и выплата им вознаграждения;
- m) при реорганизации – подготовка (или оказание содействия в подготовке) плана реорганизации или доклада по вопросу о том, почему реорганизация не представляется возможной (если такая функция возлагается на управляющего в деле о несостоятельности);
- n) другие вопросы, которые могут быть определены судом или переданы управляющему в деле о несостоятельности кредиторами или комитетом кредиторов.

Ответственность

101)[79] В законодательстве о несостоятельности должны быть рассмотрены последствия невыполнения или выполнения управляющим в деле о несостоятельности его обязанностей, полномочий и функций [как это предусмотрено в рекомендациях 99 и 100], включая возможную личную ответственность за такое невыполнение или выполнение⁶. Вопросы, касающиеся ответственности управляющего в деле о несостоятельности, могут предусматривать также применение другого законодательства, помимо законодательства о несостоятельности.

Отстранение и замена

102)[80] В законодательстве о несостоятельности должны быть оговорены основания для отстранения управляющего в деле о несостоятельности и процедура такого отстранения. Такие основания могут включать следующее:

- a) некомпетентность, небрежность, невыполнение обязанностей или не проявление должной степени осмотрительности при выполнении полномочий и функций;
- b) отсутствие особой или специальной компетенции, требуемой по конкретному делу;

⁶ На двадцать шестой сессии Рабочей группы (май 2002 года) была выражена определенная поддержка более подробному изложению условий, касающихся ответственности, возникающей в связи с функциями, которые предусмотрены в рекомендациях (99) и (100). Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса и высказать конкретные предложения о том, какие элементы должны быть включены в рекомендацию (101).

c) совершение незаконных деяний или противоправное поведение;
или

d) коллизии интересов или продемонстрированное отсутствие независимости, возникающие в обстоятельствах, оправдывающих отстранение.

103)[81]] Процедура отстранения управляющего в деле о несостоятельности должна соответствовать способу назначения управляющего в деле о несостоятельности, однако может предусматривать отстранение судом по ходатайству кредиторов или комитета кредиторов, отстранения судом по его собственной инициативе, отстранение кредиторами, когда управляющий в деле о несостоятельности был назначен кредиторами и [...].

104)[82]] Для случаев смерти, отставки, неспособности выполнять свои обязанности или отстранения управляющего в деле о несостоятельности в законодательстве о несостоятельности должно предусматриваться назначение преемника.

Вознаграждение

105)[83]] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать вознаграждение управляющего в деле о несостоятельности, оговаривать механизм расчета такого вознаграждения и устанавливать приоритетный порядок выплаты такого вознаграждения.

Судебное обжалование

~~84) [Общее положение относительно обжалования решений, принятых управляющим в деле о несостоятельности, например в отношении режима контрактов, действия по расторжению сделок, признании требований и т.д.: см сноску 14]~~