

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General

27 April 2004

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций**по праву международной торговли**

Тридцать седьмая сессия

Нью-Йорк, 14–25 июня 2004 года*

**Проект руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных
органов по вопросам законодательства
о несостоятельности****Записка Секретариата****Подборка замечаний международных организаций****Содержание**

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Подборка замечаний	2
Международные организации	2
Европейская комиссия – Генеральный директорат юстиции и внутренних дел	2
Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР)	4
Международная организация труда (МОТ)	6
Юридический департамент Международного валютного фонда (МВФ)	9

* Пересмотренные сроки проведения.



I. Введение

1. В рамках подготовки к тридцать седьмой сессии Комиссии всем правительствам и заинтересованным международным организациям для представления замечаний был разослан текст проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, как он был утвержден в принципе Комиссией на ее тридцать шестой сессии в 2003 году и Рабочей группой в сентябре 2003 года. Ниже воспроизводятся полученные к 26 марта 2004 года замечания, которые непосредственно касаются содержания проекта руководства.

II. Подборка замечаний

Международные организации

Европейская комиссия

Генеральный директорат юстиции и внутренних дел

[Подлинный текст на английском языке]

Во-первых, в проекте руководства говорится, что оно будет использоваться в качестве справочного документа при подготовке законов, но что, однако, в нем не предлагается единого набора решений. Вместо этого в рекомендациях, которые приводятся в конце каждого раздела, предпринимаются определенные попытки достичь сбалансированности между различными целями законодательства в области несостоятельности: например, между такими аспектами, как универсальное и территориальное производство, ликвидация и реорганизация, режимы, благоприятные для кредиторов и должников, обеспеченные и обыкновенные требования. Как результат, использование подобного подхода свидетельствует, как представляется, против какой-либо необходимости в унификации, например, с помощью обязывающего международного документа. В тех случаях, когда в рекомендациях рассматриваются конкретные материально-правовые вопросы законодательства о несостоятельности, подобные законодательные руководящие положения будут, вполне возможно, представлять собой прагматическое решение с учетом трудности отыскания общего подхода по аспектам, которые по-разному регулируются в национальных правовых системах. В то же время, когда в отношении трансграничных дел о несостоятельности могут применяться юрисдикционные и коллизионные нормы, имеется необходимость в обеспечении их соответствия в различных странах.

В силу этого в проект руководства включены ссылки на действующие документы в области частного международного права, такие как Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Правила ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности. В частности, в проекте руководства также упоминаются определения центра основных интересов должника и предприятия для целей открытия производства. В то же время отмечается определенное несоответствие между пунктом 99 – "особенно в случае, если стороны являются иностранцами, в законодательстве следует четко указать, какие суды обладают юрисдикцией для выполнения тех или иных

конкретных функций" – и сноской 8 – "Настоящая рекомендация предназначена для указания минимальных и неисчерпывающих оснований для открытия производства по делу о несостоятельности. В некоторых правовых системах используются другие основания, например наличие активов". Мы не видим особого смысла в продолжении использования критерия активов. Мы не хотим сказать, что для этого не может быть оснований, – однако, если таковые имеются, их следует указать в рекомендации. Если таких оснований не имеется или если они являются недостаточно аргументированными – см. пункт 98, в котором говорится, что "применение критерия наличия активов может породить проблему множественной юрисдикции, включая возможность открытия нескольких производств и проблему координации и сотрудничества," – то становится неясным, какой порядок рекомендуется.

Во-вторых, в связи с рекомендацией 18 на странице 82, пунктом 583 на странице 267 и рекомендацией 158 на странице 278, касающимися формальных процедур для представления иностранных требований, было бы целесообразно упомянуть о конкретных положениях статей 40–42 Правил ЕС № 1346/2000, касающихся оповещения кредиторов.

На странице 85 в пункте 161, который начинается со слов "в законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается, что обеспечительное право не затрагивается производством по делу о несостоятельности и что обеспеченные кредиторы могут предпринимать действия для реализации своих юридических и договорных прав", следовало бы дополнительно указать, что подобный принцип в трансграничном контексте предусматривается статьей 5 Правил ЕС № 1346/2000.

На странице 87 в пункте 166 было бы полезно сделать ссылку на примененное в Правилах решение, которое исходит из принципа универсального характера производства при сохранении возможности открытия вспомогательного производства, последствия которого ограничиваются территорией соответствующего государства-участника. Предусматривается автоматическое признание иностранных решений и устанавливаются специальные правила для координации работы лиц, осуществляющих ликвидацию.

В пунктах 324 и 325, а также в рекомендации 74 "Обеспечительные интересы" на странице 165 было бы полезно сослаться на статью 8 Гаагской конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг, принятой 13 декабря 2002 года.

Что касается рассмотрения вопроса о приоритетных требованиях, то в пункте 632 на странице 285 указывается, что этот вопрос может иметь особое значение в транснациональных делах. Помимо ссылки на Типовой закон ЮНСИТРАЛ можно вкратце описать сбалансированный подход, который используется Европейским союзом в статье 4.2(i) Правил № 1346/2000 (определение очередности требований на основании законодательства государства, в котором открывается производство (основное или вспомогательное)).

Что касается важнейшего вопроса о несостоятельности корпоративных групп, то в разделе С на страницах 290–293 предпочтение отдается расширительному подходу к несостоятельности, охватывающему группы

компаний, при том, что внимание обращается на недостатки такого подхода. В Европейском союзе используется как подход "групп компаний" (основывающийся на экономическом критерии), так и подход "регистрации" (основывающийся на правовой системе головной конторы). В общем и целом в новых Правилах не предусматривается "консолидированного" режима групп компаний. В то же время имеются некоторые противоречивые прецеденты решений национальных судов, которые свидетельствуют о трудности применения общего критерия на практике.

Европейский банк реконструкции и развития¹

[Подлинный текст на английском языке]

Общие замечания

Представляя изложенные ниже замечания, ЕБРР отмечает важность вопросов несостоятельности для переходных экономик стран Восточной Европы и Центральной Азии, а также что в качестве части своей работы, осуществляемой в этой области, ЕБРР в этом году проведет свой Новый юридический индикационный обзор (НЮИО) в области несостоятельности. НЮИО будет связан с оценкой практической эффективности законодательных режимов несостоятельности в странах, охватываемых деятельностью ЕБРР, с целью оказания им помощи в определении основных сильных и слабых сторон законодательных режимов несостоятельности в этих государствах. ЕБРР также отмечает взаимодополняющий характер работы ЕБРР и ЮНСИТРАЛ, при том, что в центре внимания Банка стоят экономические выгоды, которые могут быть получены от введения в действие эффективных, экономичных и прозрачных законодательных режимов несостоятельности. На основе проведенного изучения проекта руководства ЕБРР высказал мнение, что проект способствует достижению этих целей и содержит четкие программные рекомендации, которые способны принести пользу странам с развитой или развивающейся экономикой, относящимся к системе как гражданского, так и общего права.

Конкретные замечания

В пункте 126 отмечается отсутствие единого мнения в вопросе о том, может ли реорганизационное производство возбуждаться по инициативе как кредитора, так и должника. По нашему мнению, способность кредитора обратиться за открытием такого производства имеет важнейшее значение. Это объясняется не только тем, что администрация фирмы-должника может уйти в отставку, но также и тем очевидным желанием осуществить определенный контроль над процедурами несостоятельности, которое, по всей вероятности, будут испытывать кредиторы. Как это указывается в проекте руководства, согласно законодательству большинства стран кредиторам предоставляется возможность ходатайствовать об открытии ликвидационного производства. Если кредиторам также предоставляется возможность ходатайствовать и о возбуждении процедур реструктуризации или, другими словами, если они способны осуществить реструктуризацию при сохранении "управления" процессом, то, по нашему мнению, кредиторы, по всей вероятности, с большей

¹ В представленных замечаниях отмечается, что они не рассматривались администрацией ЕБРР.

готовностью поддержат реорганизацию. Это особенно верно для тех режимов, при которых сторона, обращающаяся за открытием производства, с наибольшей вероятностью будет иметь право выбрать управляющего в деле о несостоятельности. Вероятность поддержки кредиторами реорганизации возрастает, если они способны обеспечить присутствие у руля "своего" управляющего в деле о несостоятельности.

В пункте 142 говорится об уведомлении, которое должно осуществляться по подаче заявления об открытии производства. В руководстве высказывается мнение о том, что, при определенных обстоятельствах, от должника может не требоваться направления кредиторам уведомления о подаче заявления об открытии производства. Хотя могут возникнуть обстоятельства, при которых такой порядок будет уместным, этот подход необходимо сбалансировать с той обеспокоенностью, которая возникает в связи с некоторыми режимами несостоятельности, позволяющими ставить вопрос о затратах на работу управляющего в деле о несостоятельности впереди вопроса об интересах обеспеченных кредиторов. Мы считаем, что в тех случаях, когда подобные положения содержатся в законодательстве, у обеспеченных кредиторов должно иметься право на получение уведомления о подаче заявления об открытии производства и что, если такое уведомление не предоставляется, затраты на привлечение управляющего в деле о несостоятельности не могут считаться приоритетными по отношению к интересам таких кредиторов. Если положения об уведомлении не подходят для того или иного конкретного правового режима, то мы предлагаем включить положение, требующее, чтобы постановления судов об открытии производства по делу о несостоятельности направлялись всем обеспеченным кредиторам управляющим в деле о несостоятельности в течение разумного срока, а также предлагаем, чтобы всем таким обеспеченным кредиторам прямо разрешалось ходатайствовать об изменении тех положений таких постановлений, которые относятся к затратам.

Пункт 143 касается вопроса об уведомлениях, которые должны направляться кредиторами должнику в случае открытия производства, однако в нем ничего не говорится о том, какое уведомление, если таковое вообще требуется, должно быть направлено кредиторами другим кредиторам. Не совсем ясно, является ли это умолчание намеренным. По причинам, разъясненным в предыдущем пункте, и если только соблюдение такого порядка становится нецелесообразным в результате исключительных связанных со временем обстоятельств, уведомление должно направляться всем известным обеспеченным кредиторам другими кредиторами, которые ходатайствуют об открытии производства по делу о несостоятельности.

В пункте 324 высказывается мнение о том, что заключенная кредиторами сделка под обеспечение, которое предоставляется не в обмен на "вновь выделяемые заемные средства", может подлежать расторжению согласно законодательству о несостоятельности. Презумпция состоит в том, что в тех случаях, когда выделяются "новые средства", сделка не будет подлежать расторжению. Мы предлагаем Рабочей группе более подробно обсудить этот вопрос с тем, чтобы четко указать, что соответствующую сделку может защищать не только факт предоставления "новых средств", но и, скорее, предоставление любого нового удовлетворения согласно нормам соответствующей правовой системы. Это различие имеет важное значение в

контексте, например, использования механизмов, позволяющих кредитору не начинать преследование неисправного заемщика в обмен на обещание исправить ситуацию. Когда кредитор соглашается отказаться от принудительной реализации своих прав по соответствующему кредитному соглашению, такой отказ согласно многим правовым системам будет считаться действительным удовлетворением и должен, таким образом, защищать любое новое обеспечение, предоставленное в обмен на такой отказ. Как результат этого, хотя кредитор может и не выделять новых наличных средств, за новое обеспечение будет предоставлено действительное удовлетворение.

В пункте 402 высказывается мнение о том, что в законодательстве о несостоятельности следует оговорить степень взаимосвязи между должником и управляющим в деле о несостоятельности, которая может вызывать коллизию интересов. Мы совершенно и полностью поддерживаем эту позицию, поскольку подобные положения способствуют усилению прозрачности процедур несостоятельности. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности намного более настоятельных рекомендаций и рекомендовать прямой запрет для случаев некоторых видов связей. Например, когда управляющий в деле о несостоятельности (часто являющийся профессиональным бухгалтером) в прошлом проводил аудит фирмы-должника, его назначение на должность управляющего в деле о несостоятельности может быть некорректным. Такие непосредственные связи могут потенциально вызывать многочисленные коллизии, как это, например, имело место в известном случае с фирмой "Энрон", когда предыдущие отношения этой компании с ее аудитором на практике ускорили наступление несостоятельности должника. В подобной ситуации независимый управляющий в деле о несостоятельности может нести ответственность за возбуждение преследования против виновных лиц от имени кредиторов и, совершенно очевидно, возникнет коллизия интересов в том случае, если в число виновных сторон войдет его собственная компания.

Международная организация труда (МОТ)

[Подлинный текст на английском языке]

Международное бюро труда с интересом следит за работой Рабочей группы V ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности и хотело бы представить следующие замечания по документам A/CN.9/WG.V/WP.70 (часть I) и A/CN.9/WG.V/WP.70 (часть II) с целью содействия окончательной доработке и принятию руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности.

Что касается ключевых целей эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, как они перечислены в первой части руководства для законодательных органов, МОТ не может согласиться с формулировкой ключевой цели 8 в пункте 21 (стр. 16) проекта текста, которая гласит, что "в максимально возможной степени такие приоритеты должны основываться на коммерческих сделках и не отражать социальные и политические интересы, которые сопряжены с вероятностью искажения итогов несостоятельности", причем, соответственно, высказывается мнение о том, что "следует избегать предоставления приоритета требованиям, которые не

основываются на коммерческих сделках". По мнению МОТ, подобное изложение цели установления четких правил для определения очередности приоритетных требований мотивировано идеологически. Наблюдается явный уклон в защиту установления приоритета сторон, предоставляющих денежные ссуды, или институциональных кредиторов, что в первую очередь наносит ущерб рабочим и служащим, труд которых в то же время жизненно необходим для кредитоспособности любого предприятия.

Кредиторы денежных средств взимают проценты по ссудам, которые они предоставляют должникам, причем эти проценты включают и покрытие фактора риска. Риск невозврата ссуды представляет собой обычный коммерческий риск для сторон, кредитующих денежные средства. Так, кредиторы денежных средств взимают различные процентные ставки в зависимости от различного уровня риска, который представляет для них каждый соответствующий клиент. Если, несмотря на такой риск, они соглашаются на соответствующую коммерческую операцию, от них должно ожидать также и принятие на себя убытков в случае неплатежеспособности клиента. В отличие от этого базовый принцип трудового законодательства состоит в том, что на трудящихся не должна возлагаться доля коммерческого риска нанимателя. Использованный в проекте руководства для законодательных органов подход позволяет сделать простой вывод о том, что коммерческий риск кредиторов, ссужающих денежные средства, и их контрагентов перекладывается на плечи трудящихся. Несмотря на то мнение, которого, возможно, придерживаются разработчики руководства, факт состоит в том, что большинство стран мира приняли решение о признании привилегий за требованиями трудящихся в случае неплатежеспособности их нанимателя. Поскольку в настоящее время участниками Конвенции МОТ об охране заработной платы 1949 года (№ 95), статья 11 которой требует от участников предоставления трудящимся режима привилегированных кредиторов в случае судебной ликвидации или банкротства, являются в настоящее время 95 стран, МОТ считает, что эти страны могут согласиться с предложенным ЮНСИТРАЛ подходом только в том случае, если они откажутся от связывающих их международных обязательств.

Относительно второй части руководства для законодательных органов, которая касается ключевых положений эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, МОТ возражает против занятой в пункте 629 позиции, заключающейся в том, что "в основе некоторых приоритетов лежат социальные задачи, которые могли бы быть решены более продуктивно в рамках другого законодательства, такого как законодательство о социальном обеспечении, а не путем разработки законодательства о несостоятельности, ориентированного на достижение социальных целей, которые лишь косвенно связаны с вопросами задолженности и несостоятельности", поскольку "установление в законодательстве о несостоятельности того или иного приоритета может в лучшем случае обеспечить неполное и неадекватное решение социальных проблем, снижая при этом эффективность самого процесса по делу о несостоятельности". Опасность состоит в том, что в интересах содействия сохранению жизнеспособности неплатежеспособных предприятий и облегчения процедур несостоятельности для обеспеченных кредиторов и действующих в этой области профессионалов в руководстве не только практически не уделяется внимания социальным параметрам несостоятельности и ликвидации, но и прямо высказывается мнение

о том, что любые соображения, связанные с социальной защитой трудящихся в случае неплатежеспособности нанимателя, должны быть оставлены за пределами сферы действия законодательства в области несостоятельности. МОТ испытывает серьезные сомнения относительно обоснованности отраженной в проекте руководства точки зрения, состоящей в том, что в законодательстве о несостоятельности не следует предпринимать попыток учесть социальные соображения. Руководство в его нынешней редакции создает вызывающее беспокойство впечатление о том, будто бы реальное намерение состоит в демонтаже системы привилегированной защиты требований трудящихся, несмотря на ее практически универсальное применение, с тем чтобы лучше защитить интересы институциональных кредиторов. Это впечатление подкрепляется еще и тем, что в руководстве, как представляется, не предлагается каких-либо эффективных и простых альтернатив для этой системы привилегий, поскольку гарантирующие заработную плату механизмы, которые вкратце упоминаются в руководстве, несомненно представляют собой "механизмы для богатых стран" и их весьма трудно создать и применять в странах развивающегося мира.

Кроме того, МОТ считает что в пунктах 633 и 634 (стр. 286) плохо отражена международная практика государств, в которой почти повсеместно признается необходимость предоставления специальной защиты требованиям лиц, работающих по найму, и подобным требованиям предоставляется более высокая приоритетная очередь по сравнению с большинством других привилегированных требований. Показательным является то, что в проекте текста не упоминаются те правовые системы, в которых за требованиями трудящихся признается "суперпривилегированная" очередь выше всех других требований, включая обеспеченные требования (в этой связи определение термина "суперприоритет" во вводной части руководства является неверным и должно быть переформулировано). МОТ имела возможность представить альтернативные формулировки этих двух пунктов, в которых более правдиво описывается состояние законодательства и практики в большинстве стран, однако ни одна из предложенных формулировок не была, как представляется, сохранена. МОТ хотела бы вновь сослаться на Генеральный обзор применения Конвенции об охране заработной платы от 1949 года (№ 95), который был проведен в 2003 году Комитетом экспертов МОТ по применению конвенций и рекомендаций и в пунктах 298–353 которого содержится подробный анализ национального законодательства по вопросам защиты требований трудящихся, связанных с их работой. [Препровождается экземпляр с комментариями.]

Кроме того, рекомендация 174 (стр. 290) в ее нынешней редакции предполагает, как представляется, что требования трудящихся должны быть сгруппированы вместе со всеми другими привилегированными требованиями в единую категорию привилегированных требований и что они могут быть удовлетворены на пропорциональной основе (и не в полном объеме) в случае нехватки активов. Эта точка зрения отражает практику в ограниченном числе стран, придерживающихся традиции общего права, однако отнюдь не является широко признанной. Так, в огромном большинстве стран требования трудящихся образуют отдельную категорию привилегированных требований, за которой признается более высокая очередность, чем за требованиями государства и системы социального обеспечения. Эта господствующая точка зрения выражена, в том числе, в статье 8 (1) Конвенции МОТ о защите требований трудящихся в

случае неплатежеспособности предпринимателя от 1992 года (№ 173), согласно которой от государств-участников требуется предоставление требованиям трудящихся более высокой привилегированной очереди по отношению к большинству других привилегированных требований и, в частности, требований государства и системы социального обеспечения.

В целом МОТ считает, что работа, проводимая в настоящее время Рабочей группой V ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности, чрезвычайно тесно связана с ее собственной Повесткой дня в области создания достойных условий труда и даже в некоторых отношениях непосредственно затрагивает программные цели и приоритеты Организации. МОТ намеревается пристально следить за обсуждениями в Рабочей группе для обеспечения того, чтобы базовым концепциям и принципам существующих документов МОТ в области законодательства о банкротстве/несостоятельности не было необдуманно нанесено ущерба. Как это указал Комитет экспертов МОТ в пункте 105 (стр. 298 англ. текста) вышеупомянутого Генерального обзора, "процесс повышения эффективности законодательства о несостоятельности ни в коем случае не должен привести к социальной "нечувствительности" такого законодательства. Определение заработной платы и других прав трудящихся в качестве преференциальной задолженности является краеугольным камнем трудового законодательства практически в каждом государстве, и Комитет будет настойчиво предостерегать против любых попыток поставить под сомнение этот принцип, если при этом не будет предлагаться его замена столь же действенным эффективным механизмом, таким как фонд гарантирования заработной платы или страховая схема, предусматривающая отдельный источник средств для обеспечения оплаты требований трудящихся".

Юридический департамент Международного валютного фонда

[Подлинный текст на английском языке]

1. Общий обзор

У Юридического департамента МВФ по-прежнему остаются некоторые замечания по ключевым аспектам проводимого в руководстве обсуждения вопросов реорганизации, а также по другим разделам руководства. В данной записке сначала рассматриваются вопросы реорганизации, а затем приводятся замечания по другим главам в том порядке, в котором они содержатся в руководстве.

2. Реорганизационное производство

Как это уже отмечалось в ранее представленных замечаниях, нашу обеспокоенность вызывают в первую очередь положения, касающиеся голосования кредиторов по планам реорганизации и утверждения этих планов. Следует подчеркнуть, что цель этих замечаний состоит не в том, чтобы изменить принципиальную направленность руководства, а, скорее, рассмотреть способы, с помощью которых руководству может быть придан более конкретный и аналитический характер в том, что касается принципиальных выборов в этой важнейшей области.

Во-первых, в комментарии и рекомендациях необходимо прямо указать, что, если план реорганизации может затронуть права обеспеченных или других

приоритетных кредиторов, то эти кредиторы во всех случаях должны голосовать по отдельным от необеспеченных кредиторов категориям и отдельно друг от друга. Руководство, в его нынешней редакции, не исключает применения плана к приоритетным кредиторам, однако в нем не указывается прямо, что такие кредиторы должны во всех случаях голосовать по отдельным категориям. Поэтому руководство может быть прочтено, как допускающее механизмы, при которых обеспеченные и другие приоритетные кредиторы могут быть принуждены к голосованию вместе с необеспеченными кредиторами. Это в свою очередь может вызвать значительное размывание прав приоритетных кредиторов – а может, даже, и лишить их таких прав, – а также повлечь за собой соответствующие последствия, в том числе, для доступности, стоимости и других условий кредита в правовых системах, где будут предусматриваться такие механизмы. Для снятия этой обеспокоенности в рекомендации 130 и 133, а также в третье предложение пункта 15 комментария могут быть добавлены формулировки, касающиеся необходимости предусмотреть такой порядок, при котором обеспеченные и приоритетные кредиторы будут во всех случаях голосовать по отдельным категориям².

Во-вторых, в руководстве необходимо разъяснить и обсудить на более систематической основе минимальные защитные меры, которые законодательство должно предоставлять в распоряжение несогласных кредиторов, на которых распространено действие плана реструктуризации (включая как меньшинство членов категории, одобряющей план, так и членов несогласной категории, которым план "навязывается"). В комментарии мимоходом упоминаются различные виды защитных мер (правило минимальной стоимости при ликвидации, правило абсолютного приоритета и т.д.), однако на систематической основе обсуждения этого вопроса не проводится и не разъясняются минимальные защитные меры, которые должны быть приняты в отношении несогласных кредиторов с тем, чтобы план был приемлемым. Напротив, проводимое обсуждение является, на наш взгляд, сжатым и отрывочным³.

² Пункт 515 может быть пересмотрен следующим образом (добавления подчеркнуты):

"Принятие подхода, позволяющего обеспеченным и приоритетным кредиторам голосовать как отдельной категории, обеспечивает минимальную гарантию надлежащей защиты таких кредиторов и является признанием того, что соответствующие права и интересы обеспеченных и приоритетных кредиторов отличаются от соответствующих прав необеспеченных кредиторов".

³ Например, в первом предложении пункта 508 указывается только, что "может возникнуть необходимость" в обеспечении защиты несогласных кредиторов, а в пункте 532 говорится лишь о том, что в законодательство, содержащее положения о навязывании плана, включаются, "как правило", условия, направленные на обеспечение защиты кредиторов (причем не проводится никакого обсуждения, разъясняющего вопрос о том, какие положения уместны в конкретных обстоятельствах). Аналогично, в рекомендации 134 отмечается всего лишь, что в законодательстве должен определяться "режим" несогласных категорий в тех случаях, когда утверждение всеми категориями не является необходимым; в рекомендации 137 предусматриваются широкие возможности для продолжения использования обремененных активов против желания обеспеченного кредитора без обсуждения каких-либо конкретных мер защиты; и в рекомендации 138 не разъясняется содержание "справедливого и равноправного" режима кредиторов для целей утверждения плана (не говоря уже о том, что толкование этого термина в праве Соединенных Штатов Америки известно, по всей вероятности, отнюдь не многим читателям за пределами этой страны).

В-третьих, хотя этот вопрос и рассмотрен в комментарии должным образом, в рекомендациях, как представляется, не упоминается о подходе, предусматривающем подразделение необеспеченных кредиторов на категории для целей голосования⁴. Как об этом говорится в комментарии, подразделение необеспеченных кредиторов, несмотря на его потенциальную сложность, может в некоторых случаях являться важнейшим средством обеспечения одобрения кредиторами плана реорганизации. Соответственно, рекомендации было бы весьма полезно пересмотреть с тем, чтобы конкретно оговорить, что в законодательстве следует также предусмотреть возможность подразделения необеспеченных кредиторов на дальнейшие категории.

В-четвертых, помимо аспектов голосования и одобрения плана, как это рассматривалось выше, в связи с главой о реорганизации возникает отдельная обеспокоенность, касающаяся обсуждения (пункты 535 и 538) права суда отклонить план или отказать в его утверждении на основании отсутствия экономической "осуществимости". Один из примеров такой осуществимости, приведенный в этих пунктах (т.е. отсутствие механизмов для урегулирования вопроса об обеспеченных требованиях), является уместным, однако вопрос об осуществимости в целом является намного более широким и этот аспект может быть использован для отклонения плана во многих других, менее надлежащих обстоятельствах. С учетом сложности подобных экономических решений и того факта, что в конечном итоге наилучшими возможностями для их принятия обладают именно кредиторы, мы считаем, что в целом в законодательстве либо не следует наделять суды полномочиями отклонять одобренный кредиторами план на основании осуществимости, либо следует весьма узко определить обстоятельства, при которых такие полномочия могут быть реализованы. Соответствующие формулировки было бы целесообразно добавить не только в комментарий (например, в пункт 539), но также и в рекомендации.

Другие замечания по теме реорганизации:

- С тем чтобы избежать наделения судов неограниченной свободой усмотрения (и, в том числе, чрезмерных задержек, которые часто обусловлены такой свободой), в рекомендациях 123 и 125 следует разъяснить обстоятельства, при которых срок представления плана и исключительный срок могут быть продлены, или, по крайней мере, указать, что в законодательстве следует установить конкретные и ограниченные основания, на которых такое продление может быть разрешено;
- мы предложили бы снять квадратные скобки – и сохранить без изменений соответствующий текст – в рекомендациях 128 (b) (i), 128 (c) (v)–(vii) и 138 (e) и (f);
- ссылки на рекомендации 142 и 144 в рекомендациях 139 (a) и (b), соответственно, должны, по всей вероятности, являться ссылками на рекомендации 138 и 140;

⁴ В нынешнем тексте (рекомендация 130) говорится лишь, что в законодательстве следует урегулировать вопрос о том, "должны ли кредиторы голосовать по категориям согласно их соответствующим правам"; эта формулировка, как представляется, не предполагает подразделение *необеспеченных* кредиторов на дальнейшие категории.

- применительно к ускоренному реорганизационному производству заключенный в квадратные скобки текст в рекомендации 146 (b) вполне может быть исключен, поскольку подобные процедуры запроса о проведении голосования вряд ли будут хорошо разработаны на многих новых появляющихся рынках;
- неясно значение содержащегося в рекомендации 150 требования о том, что уведомление об открытии ускоренного производства должно направляться кредиторам "в индивидуальном порядке". Хотелось бы, в то же время, отметить, что упрощенные процедуры все более широко используются не только в отношении банков и других легко определимых кредиторов, но также и с целью создания возможностей для реорганизации в делах, связанных с задолженностью, принадлежащей держателям облигаций. В подобных обстоятельствах важно, чтобы упрощенное производство не требовало направления управляющим в деле о несостоятельности индивидуальных уведомлений столь широкому кругу разрозненных кредиторов, а допускало вместо этого уведомление через доверенное лицо или с помощью других механизмов, предусмотренных по условиям облигаций;
- что касается рекомендации 153, то более уместной представляется первая заключенная в квадратные скобки формулировка, поскольку она просто разрешит возврат к первоначальным правам в случае неудачи осуществления принятого в упрощенном порядке плана. Вторая заключенная в квадратные скобки формулировка, предусматривающая преобразование производства в ликвидацию после неудачи в осуществлении утвержденного принятого в упрощенном порядке плана, может ослабить готовность должников к использованию в первую очередь упрощенных процедур, что может отодвинуть этап, на котором должники займутся решением своих финансовых трудностей.

3. Глоссарий

В связи с глоссарием некоторые моменты по-прежнему вызывают у нас беспокойство, как об этом говорилось в предыдущих замечаниях по проекту руководства.

Ссылки на "суд" – В пункте 5 глоссария следует отразить нюанс, состоящий в том, что альтернатива участию суда может предусматриваться в том случае, *если такая альтернатива допускается согласно правовой системе соответствующей страны*. Суть состоит в том, что согласно многим правовым системам часто существуют конституционные ограничения в отношении той степени, в которой от обращения к судам можно полностью отказаться и заменить суды административными механизмами. Соответственно, даже в случаях использования административных ведомств у сторон в таких странах всегда сохраняется право в конечном итоге передать свой спор на урегулирование в суд.

"Защита стоимости обремененных активов" – Это определение вполне можно исключить с учетом сложности вопроса, возможности альтернативных подходов (включая защиту стоимости обеспеченного требования), которые не

рассматриваются в глоссарии, и более подробного и четкого обсуждения этой проблемы в части II руководства.

"Обеспеченный долг" – Первое заключенное в квадратные скобки определение (совокупная сумма обеспеченных требований) является более уместным, чем второе (требования обеспеченных кредиторов), хотя ни одно из этих определений не является в полной мере ясным. Суть этого вопроса, как она признается в других местах руководства (и в отличие от указанного во втором определении), состоит в том, что та степень, в которой требование является обеспеченным, должна определяться стоимостью требований обеспеченных кредиторов или стоимостью предоставленного обеспечения кредита в зависимости от того, какая из них является *наименьшей*. В силу этого в глоссарии было бы полезно разъяснить, что сумма требования обеспеченного кредитора должна считаться "обеспеченным долгом" только в пределах суммы предоставленного обеспечения, поскольку любой другой подход поставит такого кредитора в более выгодное положение чем то, которое ему полагается в результате заключенной сделки.

"Обеспечительный интерес" – Первое предложение этого определения является неточным, и его следовало бы исключить. Во-первых (и это отмечается во втором предложении), обеспечительный интерес не обязательно должен предоставляться какой-либо стороной, поскольку он также может быть создан в недобровольном порядке. Во-вторых, обеспечительный интерес сам по себе не "обязывает" должника произвести платеж или исполнить обязательство; обязательство платежа/исполнения устанавливается в *основном договоре*, а обеспечительный интерес просто предоставляет кредитору определенные права в случае неисполнения со стороны должника его обязательства платежа/исполнения.

"Мораторий на процессуальные действия" – Представляется, что в дополнение к действиям, затрагивающим права, обязанности и обязательства должника, в этом определении следует также охватить *действия против должника*.

"Необеспеченный кредитор" – В этом определении, к которому также имеют отношение замечания, приведенные выше в свете с термином "обеспеченный долг", можно было бы разъяснить, что к необеспеченным кредиторам может также относиться и кредитор, обеспеченный в иных отношениях, в той мере, в которой стоимость его требования превышает стоимость предоставленного обеспечения.

4. Институциональные основы

С учетом замечаний, приведенных выше в связи с определением термина "суд", в пункте 75 следует разъяснить, что даже в том случае, если управляющему в деле о несостоятельности или другой третьей стороне предоставляются широкие полномочия в качестве средства ограничения роли суда, согласно большинству правовых систем участие суда будет по-прежнему необходимым, *если возникают разногласия по вопросам, отнесенным к компетенции управляющего в деле о несостоятельности*. Это в свою очередь еще раз свидетельствует о необходимости укрепления потенциала судебных органов в тех правовых системах, где такой потенциал слаб. Проводимое в нынешнем тексте обсуждение может быть неверно истолковано и создать

впечатление о том, что обращения к судам можно избежать (и таким образом отложить наращивание потенциала), а это является неверным.

5. Активы, образующие имущественную массу в делах о несостоятельности

Хотя и ясно, что этот вопрос более подробно обсуждается в других местах руководства, в данном разделе (в частности, в пункте 160) может быть уточнен тот момент, что во всех случаях, когда в имущественную массу включаются обремененные активы, должна предусматриваться надлежащая защита. Например, в первом предложении пункта 160 можно было бы указать, что если обремененные активы включаются в имущественную массу, то на них *должны* (а не просто "могут") распространяться определенные меры защиты. Аналогично, в последнем предложении этого пункта следует дополнительно отразить тот момент, что в законодательстве о несостоятельности *должна прямо обеспечиваться защита имущественных прав обеспеченных кредиторов в обремененных активах*.

В комментарии (пункт 173) должным образом отмечаются различия между правовыми системами в вопросе о том, должен ли момент образования имущественной массы определяться со ссылкой на дату открытия производства, подачи заявления или какого-либо иного события. В то же время для отражения этих альтернативных возможностей необходимо пересмотреть положения данного раздела, посвященные "целям", поскольку в нынешнем тексте говорится только об активах, подлежащих включению в имущественную массу, образованную после *открытия производства*.

6. Защита и сохранение имущественной массы

В этом разделе содержится вывод о том, что исключения из действия моратория являются уместными в тех случаях, когда это необходимо для сохранения требования к должнику (например, рекомендация 35 и пункты 182 и 184). Отнюдь не выражая несогласия по существу, мы задаем вопрос о том, не может ли быть достигнут этот же результат без обращения к сложной процедуре исключений, просто за счет определения моратория, как "аннулирующего" течение срока давности по требованиям в отношении должника. В отсутствие течения срока давности права кредиторов заявить требования к должнику на момент снятия моратория должны оставаться такими же, как и в день вступления моратория в силу. Если приостановление течения срока давности уже охватывается нынешней используемой в руководстве концепцией моратория, то возникает более общий вопрос о причинах необходимости в исключении для "сохранения требования" к должнику.

При обсуждении методов защиты стоимости обеспеченной части требования в пункте 215 было бы полезно отметить, что этот подход вызывает намного меньшие сложности, чем альтернативный подход защиты стоимости обремененных активов, особенно поскольку первый подход снимает необходимость в сложных постоянных оценках стоимости, которые предполагаются вторым подходом. Так, хотя этот подход и обсуждается в руководстве весьма кратко, он вполне может оказаться наиболее уместным для большинства новых рыночных правовых систем, в которых отсутствуют

институциональные основы, необходимые для постоянных сложных расчетов стоимости обеспечения.

Другие замечания по теме сохранения имущественной массы:

- заключенную в квадратные скобки формулировку в рекомендации 38(b) следует, по всей вероятности, исключить, поскольку эта концепция еще более усложнит процесс определения, так как она ставит дополнительные вопросы, связанные с проведением оценки;
- поскольку, помимо должника, предписание обеспечительных мер может также затронуть и другие стороны, в пункте 199 следует обсудить требования к уведомлению применительно к *заинтересованным сторонам в целом* (а не только применительно к должнику);
- представляется, что непосредственно перед обсуждением, начинающимся в пункте 188, пропущен подзаголовок ("*ii*) *Ликвидация*").

7. Использование активов и распоряжение ими

В пункте 237 указывается, что любые "преимущества", которые предоставляются в отношении имущественной массы в результате продолжения использования активов, должны оплачиваться из средств имущественной массы в виде расходов по управлению ею. Вместо сосредоточения внимания на узком и субъективном понятии "преимущества" для имущественной массы, следовало бы, как представляется, рассматривать в качестве административных расходов *все* требования, причитающиеся третьей стороне за продолжение использования ее активов. Было бы полезно пересмотреть пункт 237 для включения этой концепции.

В последнем предложении пункта 220 формулировку "в частности" следовало бы, как представляется, заменить словом "например".

8. Режим контрактов

Проводимое в настоящее время обсуждение оговорок *ipso facto* сконцентрировано исключительно на оговорках о *прекращении ipso facto*. В руководстве было бы, возможно, также полезно рассмотреть применяемые в различных правовых системах подходы к аннулированию или признанию других видов оговорок *ipso facto* (например, оговорка о взимании штрафных процентов и других специальных сборов при наступлении несостоятельности или других событий, указывающих на несостоятельность).

Аналогично указанному выше в отношении использования активов и распоряжения ими, ссылку в пункте 270 на отношение как к административным расходам к "выгодам, полученным" по впоследствии расторгнутому контракту, следует пересмотреть, указав, вместо этого, что режим административных расходов будет распространяться на любые *платежи, причитающиеся* в связи с такими контрактами за период до их расторжения.

Мы полностью согласны с тем, что размер убытков, причиненных отказом от исполнения долгосрочного контракта, может ограничиваться законом (рекомендация 68). В то же время, представляется, что в комментарии этот вопрос обсуждается только в связи с краткосрочной *арендой* (пункт 285), и в

силу этого его необходимо расширить в этом отношении. Если говорить в более общем плане, то, как представляется, обсуждение убытков из отказа от исполнения (пункты 281 и 282) в целом вполне могло бы быть расширено с тем, чтобы оговорить возможность установления в законодательстве ограничения убытков в соответствующих обстоятельствах (например, не только применительно к долгосрочным контрактам, но и в случаях, когда взыскание штрафных убытков или других видов сборов, связанных с неисполнением, приведет к возникновению намного более крупного требования к должнику, чем первоначальное требование до исчисления этих сборов). Нынешнего заявления о том, что исчисление убытков может производиться в соответствии с общим применимым правом, недостаточно, поскольку представляется маловероятным, что общие нормы права будут ограничивать допустимые в иных отношениях убытки лишь для того, чтобы избежать создания преимуществ по отношению к требованиям других кредиторов в случае несостоятельности.

9. Процедура расторжения сделок

Остается неясным, почему в определении "сделок, направленных на затруднение, задержку или воспрепятствование удовлетворению требований кредиторов" (рекомендация 73 и пункт 314), включено понятие "потенциальных кредиторов", особенно с учетом того, что ключевой причиной положений о расторжении сделок является создание возможности аннулировать сделки, нарушающие принцип равного режима *фактических кредиторов*. Примечательным является то, что, как представляется, эта категория сделок, подлежащих расторжению, является единственной, которая определяется со ссылкой на иную группу, чем фактические кредиторы. Было бы полезно разъяснить в руководстве основания для этого специального правила (а также, по всей видимости, показать, что проблемы доказывания, как это отмечается в руководстве, будут, по всей вероятности, обострены в случае, если соответствующее определение будет касаться намерения в отношении "потенциального кредитора"). Если никаких особых оснований для формулировки, касающейся потенциальных кредиторов, не имеется, то ее следует, по всей видимости, исключить, с тем чтобы избежать неясности.

Категория сделок, на которую можно ссылаться в качестве возражения против расторжения (рекомендация 82), является, как представляется, неоправданно ограниченной, поскольку она не включает а) сделки, заключенные в результате добровольного урегулирования возникших проблем или даже упрощенных реорганизационных процедур; или б) сделки, заключенные согласно процедурам реорганизации (или упрощенной реорганизации), которые впоследствии не были преобразованы в ликвидацию⁵. Подобные сделки было бы полезно включить в число тех, которые представляют собой основание для возражения против расторжения (или же следует добавить разъяснение, почему их включение было бы неуместно).

⁵ В самом комментарии (пункт 329) в качестве возражения против расторжения сделки указывается на выплаты в рамках ускоренного реорганизационного производства или добровольных соглашений о реструктурировании задолженности, однако использование этого возражения по-прежнему ограничивается случаями, когда впоследствии возбуждаются ликвидационные процедуры.

И, наконец, мы предлагаем снять квадратные скобки в рекомендации 81 (и сохранить заключенное в них предложение).

10. Участники

С тем чтобы избежать создания впечатления о том, будто бы такие функции принадлежат всем управляющим в делах о несостоятельности, квадратные скобки в рекомендации 95 (с) могут быть сняты, а заключенная в них в настоящее время формулировка может быть пересмотрена следующим образом: "если для таких целей назначен управляющий в деле о несостоятельности...".

11. Режим требований кредиторов

Ключевая предпосылка данного раздела, состоящая в том, что требования, исключенные из производства по делу о несостоятельности, не могут быть взысканы юридически (см., в частности, пункт 571), не обязательно является верной. Предусматриваемый в законодательстве о несостоятельности некоторых стран порядок заключается, скорее, в том, что удовлетворение некоторых требований, которые не могут быть доказаны в рамках производства по делу о несостоятельности (например, обеспеченных требований или правительственных налоговых требований), может быть изыскано за пределами производства по делу о несостоятельности и параллельно ему. В этих обстоятельствах в обсуждении было бы весьма полезно провести разграничение между альтернативными последствиями i) погашения требований, которые исключены из производства по делу о несостоятельности, и ii) сохранения альтернативных возможностей взыскания по требованиям, которые исключены из производства по делу о несостоятельности. В силу аналогичных причин при обсуждении вопроса о неспособности представить требования должно быть прямо указано, что речь идет о последствиях непредставления требований, которые должны быть заявлены в рамках производства по делу о несостоятельности, а не о тех требованиях, которые могут или должны быть взысканы в принудительном порядке за пределами этого производства.

12. Приоритеты и распределение

Ссылка в пункте 631 на "необходимость выполнять международные обязательства" в качестве соображения, которое уместно принимать во внимание в связи с предоставлением привилегированного статуса задолженности, причитающейся с корпоративных или индивидуальных должников, вызвала у нас удивление. Было бы весьма полезно разъяснить причины этого упоминания, особенно поскольку подобная ссылка может быть в иных отношениях истолкована как относящаяся к международным обязательствам *суверенных должников* (и привести, таким образом, к неверному пониманию, состоящему в том, что в руководстве также содержатся рекомендации по вопросам суверенной неплатежеспособности).

13. Освобождение от обязательств

В комментарии рассматривается освобождение от обязательств юридических лиц в рамках реорганизационного производства, однако в рекомендациях этот вопрос не затрагивается. Эту важную проблему необходимо урегулировать в рекомендациях.