



LIMITED

A/CN.9/WG.V/WP.05
02 September 1991

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ
ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Рабочая группа по законодательству
о несостоятельности
Двадцать вторая сессия
Вена, 6-71 декабря 1991 года

ВОЗМОЖНАЯ БУДУЩАЯ РАБОТА В ОБЛАСТИ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА
О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

Записка Секретариата

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
ВВЕДЕНИЕ	1-7	3
I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ СПРАВОЧНОГО ХАРАКТЕРА	8-11	4
II. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ, ПРОВОДИМАЯ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ	21-32	5
A. Азиатский банк развития (АБР)	31-41	6
B. Международная ассоциация адвокатов (МАА)	51	6
C. Международный валютный фонд (МВФ)	61-81	7
D. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)	91	7
E. Рабочая группа по международным финансовым кризисам (Г22)	02-12	7
F. Всемирный банк	22-32	8
III. КЛЮЧЕВЫЕ ЦЕЛИ	42-13	8
A. Максимальное повышение стоимости активов	52	8
B. Обеспечение сбалансированности между ликвидацией и реабилитацией	62	8
C. Справедливый режим	72	9

СОДЕРЖАНИЕ

	<u>Пункты</u>	<u>Страница</u>
D. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования случаев несостоятельности	82	9
E. Предотвращение преждевременного расчленения активов должника кредиторами	92	9
F. Обеспечение процедуры, которая была бы предсказуемой и прозрачной и которая включала бы стимулы к сбору и распространению информации	03	9
G. Создание рамок для трансграничной несостоятельности	13	9
IV. ОПРЕДЕЛЕНИЕ КЛЮЧЕВЫХ ХАРАКТЕРНЫХ ЧЕРТ	23-061	9
A. Применение законодательства: физические лица и предприятия	43-63	01
B. Взаимосвязь между ликвидацией и реабилитацией	73-64	11
C. Ликвидационные процедуры	74-301	31
1. Условия открытия ликвидационного производства	84-25	31
2. Последствия открытия производства	35-26	41
3. Производство	36-001	61
4. Освобождение от обязательств	101-201	52
5. Иностранные кредиторы	301	62
D. Реабилитация	401-341	62
1. Основные черты	401	62
2. Требования в связи с возбуждением производства	501-011	62
3. Последствия открытия производства	111-611	82
4. Процедуры	711-341	92
E. Участие кредиторов	441-741	53
F. Ликвидаторы и управляющие	841-351	53
G. Суд	451-651	63
H. Неофициальные процедуры несостоятельности	751-061	73
V. ФОРМА ВОЗМОЖНОЙ БУДУЩЕЙ РАБОТЫ	161-861	83
A. Типовой закон или типовые положения	261-661	83
B. Законодательные принципы или рекомендации	761-861	93

ВВЕДЕНИЕ

1. На своей тридцать второй сессии (1991 год) Комиссия рассмотрела предложение Австралии (A/CN.9/264/Add.1) о возможной будущей работе в области законодательства о несостоятельности¹/. В этом предложении речь шла о разразившихся в последнее время региональных и глобальных финансовых кризисах и о работе, проделанной на международных форумах в целях преодоления этих кризисов. В докладах этих форумов подчеркивалась необходимость укрепления международной финансовой системы в трех областях: транспарентность, подотчетность и управление международными финансовыми кризисами с помощью внутренних правовых систем. В соответствии с этими докладами важным средством предупреждения или ограничения последствий финансовых кризисов и содействия быстрой и упорядоченной финансовой реструктуризации в случае чрезмерной задолженности являются устойчивый режим несостоятельности и режим регулирования взаимоотношений между должниками и кредиторами. В представленном Комиссии предложении содержалась рекомендация о том, что Комиссия, ввиду универсальности ее членства, ее предшествующей успешной работы в области трансграничной несостоятельности и установившихся рабочих связей с международными организациями, обладающими специальным опытом и заинтересованностью в разработке законодательства о несостоятельности, является надлежащим форумом, в повестку дня которого может быть вынесен вопрос о разработке законодательства о несостоятельности. В этом предложении содержался настоятельный призыв к Комиссии рассмотреть вопрос о передаче одной из рабочих групп вопроса о разработке типового закона о несостоятельности юридических лиц с целью поощрения и содействия установлению эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

2. Комиссия выразила свою признательность за это предложение. Она отметила, что разработкой стандартов и принципов режимов несостоятельности занимались и другие международные организации, такие, как Международный валютный фонд, Всемирный банк и Международная ассоциация адвокатов. Она отметила, что общая цель этих организаций, несмотря на существующие различия в сфере охвата и методов работы, обусловленные их соответствующими мандатами и членским составом, состоит в том, чтобы модернизировать существующую практику и законодательство о несостоятельности. Инициативы, предпринятые в этих организациях, служат доказательством необходимости оказания содействия государствам в переоценке их законодательства и практики в области несостоятельности. Однако эти различные инициативы также нуждаются в соответствующих случаях в укреплении координации, с тем чтобы избежать неэффективного дублирования в работе и добиться согласованных результатов²/.

3. В Комиссии прозвучало признание важности для всех государств иметь прочные режимы несостоятельности. Было высказано мнение о том, что принятый в той или иной стране режим несостоятельности в настоящее время является "первостепенным" фактором международных кредитных рейтингов этой страны. Вместе с тем была высказана обеспокоенность по поводу трудностей, связанных с работой в области законодательства о несостоятельности на международном уровне, к которым относятся сложные и потенциально несогласующиеся социально-политические предпочтения. Ввиду этих трудностей было высказано опасение, что работа может закончиться неудачей. Было заявлено, что подготовить универсально приемлемый типовой закон, по всей вероятности, не удастся и что любая работа нуждается в гибком подходе, который мог бы открыть для государств возможности для выбора вариантов и принципиальных подходов. Несмотря на то, что в Комиссии прозвучали голоса в поддержку такого гибкого подхода, в целом было признано, что Комиссия не может принять окончательного решения о том, чтобы учредить рабочую группу для подготовки типового закона или иного текста, не изучив предварительно работу, уже проделанную другими организациями, и не проведя рассмотрения соответствующих вопросов.

4. Для содействия дальнейшему изучению этого вопроса Секретариат предложил Комиссии рассмотреть возможность проведения одной сессии рабочей группы с тем, чтобы выяснить, в какой форме должен быть подготовлен соответствующий конечный документ (например, в виде типового закона, типовых положений, свода принципов или другого текста) с учетом проделанных усилий в этой связи, и определить те вопросы, которые надлежит включить в этот конечный документ. В ответ прозвучали противоречивые мнения. Согласно одной точке зрения, Секретариат должен проделать более значительную подготовительную работу и представить Комиссии на ее тридцать третьей сессии соответствующие материалы, чтобы она могла принять решение о том, следует ли приступить к основной работе по подготовке унифицированного закона или другого текста рекомендательного характера. Согласно другой точке зрения, этому вопросу можно было бы посвятить одну сессию рабочей группы, с тем чтобы она могла изучить эти различные вопросы и представить Комиссии на ее тридцать третьей сессии в 2002 году доклад о возможности проведения работы в

¹/"Возможная будущая работа в области законодательства о несостоятельности: предложение Австралии", A/CN.9/264/Add.1.

²/Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят четвертая сессия, Дополнение No. 71 (A/45/71), пункты 183-583.

области несостоятельности. К тому времени Комиссия будет располагать достаточным объемом информации для того, чтобы принять окончательное решение по этому вопросу. Было подчеркнуто, что подготовительная работа к сессии рабочей группы потребует координации с другими международными организациями, уже проводящими работу в области законодательства о несостоятельности, поскольку результаты их работы будут служить важными элементами подготовки рекомендации для Комиссии о том, какой полезный вклад она может внести в этой области. Было отмечено, что важность и безотлагательность работы над законодательством о несостоятельности были подчеркнуты рядом международных организаций и что существует широкое согласие в отношении того, что подготовка и принятие эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц требует дальнейшей работы.

5. В Комиссии возобладало мнение о том, что необходимо созвать сессию рабочей группы для изучения этого вопроса и подготовки предложения относительно возможности проведения дальнейшей работы, которое Комиссия могла бы рассмотреть на своей тридцать третьей сессии. Впоследствии после рассмотрения Комиссией вопроса о ее будущей работе в области арбитража было принято решение о том, что Рабочая группа по законодательству о несостоятельности проведет сессию для изучения этого вопроса в Вене 6-71 декабря 1991 года.

6. Цель настоящей записки заключается в составлении перечня вопросов, которые могут быть охвачены документом, разработкой которого займется Комиссия, а также перечня возможных подходов. Эта записка отнюдь не является исчерпывающей, и, как предполагается, в ходе обсуждения будут подняты и не упомянутые в ней вопросы.

7. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть настоящую записку по отдельным изложенным в ней темам с тем, чтобы, во-первых, решить вопрос о том, является ли желательной и практически осуществимой будущая работа в области несостоятельности и - в случае положительного ответа на этот вопрос, какие темы могут быть рассмотрены в ходе такой будущей работы. При изучении этих тем Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о состоянии проводимых в настоящее время обсуждений, а также о том, отражают ли изложенные в настоящей записке решения надлежащий подход к соответствующим проблемам. Далее Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть ту форму, в которой может быть уместно проводить работу по рассмотрению соответствующих принципиальных соображений и потенциальных вариантов для решения проблем, указанных в настоящей записке (например, в форме подготовки типового закона, типовых положений, свода принципов или иного текста). Такой подход может оказать Рабочей группе помощь в определении рабочей предпосылки относительно формы любого возможного текста. Такая рабочая предпосылка может послужить руководством для проведения в последующем любых обсуждений в рамках Рабочей группы и позволит придавать избранной форме более конкретные очертания по мере прогресса в работе.

I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ СПРАВОЧНОГО ХАРАКТЕРА

8. При подготовке настоящей записки и отборе включенных в нее вопросов Секретариат исходил из ранее предпринимавшихся усилий и подготовленных докладов. В главе II настоящей записки содержится краткий вводный обзор работы, проводимой в настоящее время международными организациями в области законодательства о несостоятельности. В главе III схематично излагаются ключевые принципы или цели, определенные в качестве важных с точки зрения создания эффективного режима несостоятельности, а в главе IV несколько более подробно обсуждаются основные черты режима несостоятельности. Эти две части основываются на ключевых принципах и чертах эффективных режимов несостоятельности, содержащихся в докладе Рабочей группы Г22 по международным финансовым кризисам^{3/} и на докладах Международного валютного фонда (МВФ)^{4/} и Азиатского банка развития (АБР)^{5/}. В главе IV также содержатся рекомендации и предложения, сделанные в этих докладах. В главе V настоящей записки излагается краткая справочная информация по различным видам текстов, которые могут лечь в основу будущей работы. В ней рассматриваются некоторые соображения, связанные с проведением работы в различных формах, включая потенциальные возможности каждого вида текста с точки зрения содействия цели подготовки согласованных рамок для эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

^{3/} Report of the G22 Working Group on International Financial Crises, October 1991 ("the G22 Report").

^{4/} International Monetary Fund, Legal Department Report, Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues, May 1991 ("the IMF Report").

^{5/} Asian Development Bank, Regional Technical Assistance Project, TA No: 5975-REG, Insolvency Law Reform: Preliminary Comparative Report, 1991 ("the ADB Report"); also Special Report: Insolvency Law Reform in the Asian and Pacific Region, Law and Development at the Asian Development Bank, 1991 ed., ("the ADB Special Report").

9. До перехода к рассмотрению соответствующих вопросов было бы, возможно, полезно разъяснить возможное толкование ряда базовых терминов, использованных в настоящей записке. В большинстве правовых систем содержатся нормы по различным видам процедур, которые могут быть возбуждены в случае, когда должник не способен уплатить свои долги, и для указания на подобные процедуры используются общие термины, такие как "производство по делу о несостоятельности". Можно выделить два вида производств по делам о несостоятельности, в связи с которыми не всегда используется унифицированная терминология.

01. При одном виде производства (для указания на который в настоящей записке используется термин "ликвидация") публичный орган, обычно суд, действующий через должностное лицо, назначенное для этой цели (в настоящей записке используется термин "ликвидатор"), принимает в свое ведение активы несостоятельного должника с целью преобразования неденежных активов в денежную форму, пропорционального распределения поступлений между кредиторами и ликвидации должника в качестве коммерческой единицы. В некоторых государствах такой вид производства является единственным. Для обозначения таких процедур используются такие термины, как банкротство, ликвидация, bankruptcy, winding-up, faillite, quiebra, Konkursverfahren.

11. В рамках другого вида производства (в настоящей записке используется термин "реабилитация") цель заключается не в ликвидации неплатежеспособного должника, а в предоставлении ему возможности преодолеть финансовые трудности и возобновить нормальные коммерческие операции. Такое производство обычно производится под надзором публичного органа, например суда, действующего через должностное лицо, назначенное для этой цели (в настоящей записке используется термин "управляющий"). Такие процедуры обычно направлены на достижение соглашения между должником и его кредиторами относительно реорганизации обязательств, которая должна позволить должнику реорганизовать свою деятельность в целях восстановления своей финансовой жизнеспособности. Режимы несостоятельности могут предусматривать как ликвидацию, так и реабилитацию, а также переход от одного вида производства к другому при определенных обстоятельствах. В число других терминов, используемых для обозначения процедур банкротства этого вида, входят санация, реорганизация, мировое соглашение, rescue, reorganization, arrangement, composition, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, Vergleichsverfahren.

II. ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ, ПРОВОДИМАЯ В НАСТОЯЩЕЕ ВРЕМЯ МЕЖДУНАРОДНЫМИ ОРГАНИЗАЦИЯМИ

21. Унификация правового регулирования не является основной задачей международных организаций, о работе которых рассуждается в этой части. Их заинтересованность в законодательстве и практике по вопросам несостоятельности вытекает из их работы в рамках международной финансовой системы и все расширяющегося признания того, что эффективные режимы несостоятельности играют важную роль в укреплении национальных экономических и финансовых систем в целях предотвращения финансовых кризисов, а в случаях, когда такие кризисы происходят, они являются важнейшим механизмом для реагирования на подобное финансовое положение. Эти организации подчеркивали значимость хорошо разработанных режимов несостоятельности на национальном уровне.

А. Азиатский банк развития (АБР)

31. В качестве части своей деятельности в области законодательства и развития АБР осуществляет региональный проект по оказанию технической помощи в связи с реформой законодательства о несостоятельности (RETA), целью которого является создание регионального форума для правительственных чиновников и других лиц, заинтересованных в вопросах реформы законодательства о несостоятельности и внешнего управления, с тем чтобы они могли обсудить общие проблемы в области реформы законодательства о несостоятельности и внешнего управления и изучить наилучшие виды региональной и международной практики. В контексте проекта RETA в 11 странах и территориях Азии были изучены взаимосвязи между корпоративной задолженностью, погашением задолженности и несостоятельностью юридических лиц. В подготовленном в результате этого исследования в предварительном сопоставительном докладе предпринимается попытка выявить, проследить и оценить существующие в этих одиннадцати странах и территориях сходства и различия в том, что касается таких взаимосвязей, определить ключевые области для обсуждения и критической оценки и предложить ключевые компоненты "модели наилучшей практики", которые могут быть использованы в регионе для эффективного решения проблем несостоятельности юридических лиц и погашения задолженности. Этот доклад исходит из предположения о том, что базовые компоненты должны быть определены с учетом хорошо сформировавшихся и признанных политических и принципиальных подходов, которые прослеживаются в режимах несостоятельности юридических лиц и в соответствующей практике многих более развитых стран. Хотя в докладе отмечается (1.6, стр. 8), что в процедурах и практике применения этих политических и принципиальных подходов в различных странах существуют значительные различия, в нем тем не менее подчеркивается, что в рамках этих режимов в достаточной степени наблюдается базовая общность подхода. В нем высказывается предположение о том, что, таким образом, имеется практическая возможность разработки базовых

принципиальных рамок коммерчески приемлемого режима несостоятельности, который, как предполагается, будет в достаточной мере приспособлен к применению в условиях рыночной экономики.

41. Доклад основывается на обширном обследовании ряда аспектов экономики 11 стран и территорий, включая формы и структуры коммерческих организаций (при уделении основного внимания крупным и средним предприятиям); банковскую систему и доступность различных форм финансирования для таких предприятий, в том числе вопросы обеспеченного финансирования и принудительного взыскания; необеспеченное финансирование и принудительное взыскание; подходы к финансовым трудностям и несостоятельности; неофициальные процедуры; правовые режимы несостоятельности; иностранные и транснациональные аспекты законодательства о несостоятельности; взаимосвязь между кредиторами и заемщиками; и общая оценка различных процедур, связанных с этими вопросами (стр. 6-7). Были обследованы как формальные, так и существенные аспекты этих вопросов и процедур, а также нематериальные или социально-политические аспекты, которые могут оказать воздействие на вопросы формы и существа.

В. Международная ассоциация адвокатов (МАА)

51. Комитет J Международной ассоциации адвокатов занимается вопросами несостоятельности и прав кредиторов. Недавно начал осуществляться проект по подготовке типового кодекса о банкротстве, который направлен на унификацию материально-правового законодательства о банкротстве путем подготовки проектов положений по ключевым компонентам законодательства о банкротстве для тех правовых систем, которые рассматривают вопрос о проведении реформы своих режимов несостоятельности. Первый проект, касающийся ликвидационного производства, был завершен в сентябре 1991 года. В нем рассматриваются такие вопросы, как критерии несостоятельности, полномочия конкурсного управляющего, недействительность сделок, совершенных в период перед банкротством, и порядок очередности требований и контрактов кредиторов. В настоящее время осуществляется подготовка нового проекта этого типового закона.

С. Международный валютный фонд (МВФ)

61. В мае 1991 года Юридический департамент МВФ завершил подготовку внутреннего доклада, озаглавленного "Упорядоченные и эффективные процедуры несостоятельности: ключевые вопросы" ("Orderly and Effective Insolvency Procedures: Key Issues"). В этом докладе обсуждаются ключевые принципиальные подходы, которые требуется рассмотреть странам при работе над режимом несостоятельности. На основе сравнительного исследования законодательства о несостоятельности отдельных стран в докладе проводится обсуждение вопросов, имеющих универсальное значение, и оцениваются преимущества и недостатки возможных решений. Хотя в нем отдается определенное предпочтение некоторым из наиболее важных принципиальных подходов, попытки предложить какие-либо стандарты в нем не предпринимается.

71. В докладе четко указывается, что подходы, принятые по этим вопросам, различаются по ряду аспектов, что объясняется не только различными правовыми традициями, но также и различными избранными принципиальными решениями. Хотя некоторые из этих решений могут быть названы как основывающиеся на подходе, "отвечающем интересам кредиторов" или "отвечающем интересам должников", в этом докладе (стр. 2) высказывается предупреждение о том, что "та степень, в которой нормы, устанавливаемые законодательством о несостоятельности, рассматриваются как относящиеся к той или другой категории, имеет в конечном итоге меньшее значение, чем та степень, в которой эти нормы эффективно применяются на практике сильной институциональной структурой".

81. В докладе указывается, что в нем не рассматривается ряд других вопросов: применение законодательства о несостоятельности в отношении физических лиц; юридические механизмы, регулирующие проблемы ликвидности, с которыми сталкиваются общенациональные или местные органы управления; несостоятельность финансовых учреждений; комплексная взаимосвязь между управлением юридическими лицами и несостоятельностью; законодательство об обеспеченных сделках; общие характерные черты независимых и компетентных судебных и внесудебных процедур реабилитации.

Д. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР)

91. Начиная с 1991 года Группа ОЭСР по приватизации и реформе предприятий занималась разработкой норм и принципов для правительств стран с переходной и новой рыночной экономикой в области юридических реформ при уделении первоочередного внимания законодательству по вопросам приватизации, несостоятельности и деятельности акционерных обществ. В центре внимания работы в области несостоятельности стояли страны с переходной экономикой, и в ее рамках рассматривались взаимосвязи между процедурами несостоятельности и структурной перестройкой предприятий, проводились сравнительные обзоры различных юридических и программных рамок несостоятельности и изучались программные последствия использования процедур несостоятельности или аналогичных процедур в связи с приватизацией государственных активов. В контексте своей специальной программы для Азии и в сотрудничестве с Всемирным банком и АБР ОЭСР приняла на себя обязательство установить диалог по вопросам структуры и функционирования систем несостоятельности, по которым приняли бы участие эксперты и должностные лица из стран-членов, лица, ответственные за выработку политики и эксперты из стран, создающих рыночную экономику. В ноябре 1991 года будет проведено совещание для обсуждения ряда докладов, обзора прогресса в реформе режимов несостоятельности в странах Азии, рассмотрения нынешних усилий по созданию рамок для производства по международным делам о несостоятельности и выработки рекомендаций в отношении будущей работы.

Е. Рабочая группа по международным финансовым кризисам (Г22)

102. В докладе Рабочей группы, завершеном в октябре 1991 года, определяется ряд принципиальных подходов и институциональных новшеств, которые могут способствовать предотвращению международных финансовых кризисов и облегчить упорядоченное урегулирование кризисов, которые могут возникнуть в будущем. В частности, в нем предлагаются для рассмотрения принципиальные подходы, которые могут оказать помощь в деле сокращения частотности возникновения и ограничения масштабов финансовых кризисов, улучшения координации в действиях кредиторов и содействия упорядоченному, конструктивному и справедливому урегулированию возникающих международных финансовых кризисов. В докладе поддерживаются восемь ключевых принципов и характерных черт режимов несостоятельности, которые были сформулированы в консультациях с Международной федерацией консультантов по вопросам неплатежеспособности (ИНСОА Интернэшнл).

12. Никаких конкретных рекомендаций относительно средств обеспечения принятия режимов несостоятельности, отвечающих поддержанным принципам и характерным чертам, в докладе не содержится. Рабочая группа исходила, скорее, из того, что процедуры усиленного международного контроля, вопрос о которых рассматривается на ряде форумов, будут способствовать обзору национальных режимов несостоятельности, а техническая помощь со стороны Международного

валютного фонда и Всемирного банка, вместе с пристальным вниманием со стороны рынков капитала будут способствовать поощрению внесения изменений. Тем не менее Рабочая группа призвала соответствующие форумы рассмотреть вопрос о разработке дополнительных средств и стимулов для содействия принятию эффективных режимов.

F. Всемирный банк

22. В качестве части более широких усилий по повышению будущей стабильности международной финансовой системы Всемирный банк возглавил инициативу по выявлению принципов и руководящих положений для создания прочных режимов несостоятельности и для укрепления соответствующих прав в отношениях между должниками и кредиторами. Эта инициатива должна быть осуществлена в сотрудничестве с рядом международных организаций (включая МВФ, АБР, ЮНСИТРАЛ, ОЭСР, Международную финансовую корпорацию, Африканский банк развития, Европейский банк реконструкции и развития, Межамериканский банк развития, Международную ассоциацию адвокатов и ИНСОЛ), которые представят рекомендации Банку и специальной группе экспертов.

32. Специальная группа подготовит проект принципов и руководящих положений на основе серии рабочих документов и результатов работы симпозиума по несостоятельности (Вашингтон, 31-41 сентября 1991 года). В рабочих документах будет изучен ряд вопросов, включая юридические рамки несостоятельности, институциональные рамки, экономические аспекты несостоятельности, рамки регулирования, вопросы, вызывающие обеспокоенность у коммерческого и финансового секторов, реабилитация и другие альтернативы несостоятельности, ситуации системных кризисов, несостоятельность государственных предприятий, несостоятельность банков и режимы отношений должников и кредиторов.

III. КЛЮЧЕВЫЕ ЦЕЛИ

42. Хотя в различных докладах, упомянутых в настоящей записке, имеются различия в подходе к режимам несостоятельности, отмечается также и широкое единство в том, что касается ключевых целей, имеющих важное значение для эффективности таких режимов^{6/}.

A. Максимальное повышение стоимости активов

52. Законодательство о несостоятельности в качестве альтернативы ликвидации должно предусматривать возможность реабилитации должника, при которой кредиторы не будут принуждаться к согласию на получение меньших сумм, чем это было бы при ликвидации, а ценность активов должника для кредиторов может быть максимально повышена путем создания условий для продолжения его деятельности.

B. Обеспечение сбалансированности между ликвидацией и реабилитацией

62. Режим реабилитации должен обеспечивать баланс между преимуществами краткосрочного взыскания задолженности путем ликвидации (чему часто отдают предпочтение обеспеченные кредиторы) и сохранением должника в качестве жизнеспособного предприятия с помощью реабилитации (чему часто отдают предпочтение необеспеченные кредиторы).

C. Справедливый режим

72. Режим несостоятельности должен обеспечивать справедливое отношение к кредиторам, находящимся в аналогичном положении, включая как иностранных, так и внутренних кредиторов. Справедливый режим строится на признании того, что отношение к кредиторам не обязательно должно быть равным, а должно отражать условия различных сделок, заключенных ими с должником. Режим несостоятельности должен предусматривать решение проблем мошенничества и умышленного преференциального подхода, которые могут возникать в случаях тяжелого финансового положения.

D. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования случаев несостоятельности

82. Случаи несостоятельности должны регулироваться быстро и эффективно таким образом, который позволит избежать ненадлежащего срыва в деловых операциях должника. Для содействия достижению этих целей в законодательстве, будет, возможно, необходимо установить предельные сроки для завершения урегулирования определенных вопросов и завершения процедур в целом, возложить ответственность за производство на субъекта, осуществляющего управление активами

^{6/}Проводимое обсуждение основывается на принципах, изложенных в докладе Г22, страницы 44-54 английского текста.

должника, и возможно создать специальные суды или административные органы по рассмотрению соответствующих дел для надзора за таким производством.

Е. Предотвращение преждевременного расчленения активов должника кредиторами

92. Производство должно осуществляться упорядоченно, и кредиторам должно быть запрещено преждевременно расчленять активы должника, что может быть достигнуто с помощью вынесения приказа о моратории. Это позволит должным образом изучить положение должника и будет способствовать как максимальному повышению стоимости активов, так и справедливому режиму для кредиторов.

Ф. Обеспечение процедуры, которая была бы предсказуемой и прозрачной и которая включала бы стимулы к сбору и распространению информации

03. В законодательстве должны быть четко определены и единообразно применяться соответствующие правила распределения риска для обеспечения доверия к производству, а также предоставления всем участникам возможности принять соответствующие меры для управления риском. Прозрачность тесно связана с целью предсказуемости и требует, чтобы участникам производства предоставлялась информация, достаточная для того, чтобы дать им возможность осуществить свои права в соответствии с законодательством о несостоятельности. Кроме того, если законодательство предусматривает свободу усмотрения, оно также должно содержать достаточные руководящие указания относительно порядка осуществления такой свободы усмотрения.

Г. Создание рамок для трансграничной несостоятельности

13. В целях содействия координации между различными правовыми системами законодательство о несостоятельности должно включать нормы о трансграничной несостоятельности и признании иностранных производств.

IV. ОПРЕДЕЛЕНИЕ КЛЮЧЕВЫХ ХАРАКТЕРНЫХ ЧЕРТ

23. В докладах АБР и МВФ рассматривается ряд общих проблем, которые должны регулироваться режимом несостоятельности. С точки зрения правовой основы, которая требуется для оказания поддержки производству, в этих докладах указывается, что режим несостоятельности должен давать ответы на ряд вопросов:

1. категории должников, на которые распространяется действие законодательства;
2. взаимосвязь между ликвидационным производством и реабилитационными процедурами;
3. момент, когда может быть открыто производство по делу о несостоятельности;
4. пределы, в которых должник должен быть устранен от руководства после открытия производства;
5. класс кредиторов, иски которых приостановлены или не могут возбуждаться;
6. пределы, в которых конкурсные или арбитражные управляющие должны обладать полномочиями на вмешательство в осуществление договоров, заключенных должником до открытия производства, или на аннулирование таких договоров;
7. ограничения, налагаемые на разработку планов реорганизации, и требования для утверждения и осуществления таких планов; и
8. при ликвидации - очередность кредиторов для целей распределения.

33. С точки зрения институциональных рамок ключевые вопросы включают следующие:

1. пределы, в которых производство должно проходить под надзором судов или специальных административных органов;

2. свобода усмотрения, которой судьи и назначенные должностные лица должны обладать при осуществлении своих обязанностей; и
3. пределы, в которых судьи и назначенные должностные лица должны обладать полномочиями на принятие решений по экономическим и коммерческим вопросам, даже несмотря на возражения кредиторов.

А. Применение законодательства: физические лица и предприятия

43. Важным вопросом, предопределяющим дальнейшие решения, является вопрос о том, на какие предприятия - в качестве должников - может быть распространено действие общего законодательства о несостоятельности. В той мере, в которой какое-либо предприятие исключается из производства, на него не будет распространяться ни защита, предусматриваемая производством, ни устанавливаемая им дисциплина. Общий режим несостоятельности может применяться ко всем формам юридических лиц как находящимся в частной, так и в государственной собственности, особенно на те государственные предприятия, которые участвуют в рыночной конкуренции и на которые в иных отношениях распространяются те же коммерческие и экономические процедуры, что и на частные юридические лица. Помимо общего законодательства о несостоятельности может возникнуть необходимость в установлении специальных режимов для физических лиц и предприятий с высокой степенью регулирования, таких как финансовые и страховые учреждения и компании, предоставляющие услуги общего пользования.

53. В докладе АБР (2.4, стр. 41) в предварительном порядке высказывается предположение о том, что один и тот же законодательный режим несостоятельности должен распространяться на все юридические лица, как частные, так и государственные (за исключением банковских корпораций).

63. В докладе МВФ (стр. 71) делается вывод о том, что, хотя следует по возможности избегать исключения каких-либо предприятий из любых режимов несостоятельности, следует признать, что страны, возможно, пожелают установить - за пределами сферы действия общего законодательства о несостоятельности - специальные режимы для физических лиц или предприятий с высокой степенью регулирования, например финансовых учреждений. Однако правительственная собственность на предприятия не должна сама по себе являться основой для исключения предприятия из сферы применения общего законодательства о несостоятельности.

В. Взаимосвязь между ликвидацией и реабилитацией

73. Когда должник не в состоянии выполнить свои обязательства по наступлении срока их погашения, обычно будет наблюдаться коллизия ряда требований на активы, наилучший способ разрешения которой будет в ряде случаев представлять собой ликвидация, даже если кредиторы получат лишь часть стоимостного объема своих требований. В других случаях ликвидация может не являться наилучшим образом действий и может быть произведена реорганизация долгов и операций должника с тем, чтобы сохранить предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы и обеспечить, чтобы кредиторы получили оплату в полном объеме или, по крайней мере, в не меньшем объеме, чем это было бы в случае ликвидации. Ключевым вопросом применительно к структуре и оценке законодательства о несостоятельности является то, каким образом может быть достигнута сбалансированность между разнообразными социальными, политическими и экономическими интересами и содействием участию в системе.

83. В докладе МВФ высказывается предположение о том, что необходимость в процедурах ликвидации может быть рассмотрена с различных точек зрения: во-первых, с точки зрения урегулирования межкредиторских проблем и, во-вторых, с точки зрения дисциплинирующей силы, которая является одним из основных элементов устойчивых отношений между должниками и кредиторами. Что касается первого вопроса, то в докладе (стр. 01) указывается следующее:

"в рамках упорядоченного и эффективного ликвидационного производства межкредиторские проблемы решаются путем возбуждения коллективной процедуры, которая направлена на обеспечение справедливого режима для кредиторов и максимальное повышение стоимости активов, которые будут распределены среди кредиторов. [...] это обычно достигается путем установления моратория на способность кредиторов обеспечить принудительное исполнение своих прав в отношении должника и назначения независимого ликвидатора, обязанности которого заключаются в первую очередь в максимальном повышении стоимости активов должника до распределения их среди кредиторов".

93. Что касается функционирования отношений между должниками и кредиторами, то в докладе МВФ указывается, что упорядоченный и предсказуемый механизм по принудительному исполнению прав кредиторов, который характерен для ликвидационного производства, может рассматриваться в качестве важного фактора при принятии кредиторами решений о предоставлении ссуд. С более широкой точки зрения ликвидационное производство может рассматриваться в качестве "содействующего интересам всех участников экономической жизни, поскольку оно служит облегчению предоставления кредита и содействия развитию финансовых рынков" (стр. 11).

04. Что касается реабилитации, что в докладе АБР (2.2(b), стр. 21) рассматривается экономическая теория (которая является более современной, чем теория, используемая для обоснования ликвидационного производства), согласно которой утверждается, что не все предприятия, не справившиеся с рыночной конкуренцией, должны ликвидироваться в обязательном порядке. Компании, у которой существуют разумные перспективы выживания, должна быть предоставлена такая возможность, особенно когда может быть доказано, что поддержание функционирования такого предприятия будет более ценным.

14. В отличие от ликвидации реабилитация предоставляет в распоряжение должника время решить проблемы ликвидности и реорганизовать свои операции и отношения с кредиторами, а в распоряжение заинтересованных сторон - время определить, каким образом может быть в максимальной степени повышена стоимость активов должника для удовлетворения всех требований. Степень использования официальных реабилитационных процедур для достижения этих целей различается, так же как и направленность процедур и то, каким образом сбалансированы различные интересы. В центре внимания некоторых режимов стоят, например, вопросы сохранения предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы и сохранения существующей структуры собственности, в то время как в рамках других режимов внимание в первую очередь уделяется истцам.

24. В докладе МВФ (стр. 11-21) отмечается, что официальные процедуры реорганизации могут обеспечить механизм реабилитации предприятий, отвечающий интересам всех участников экономической жизни, по ряду причин. Во-первых, поскольку внесудебная реабилитация требует единогласия кредиторов, использование официальных процедур реабилитации может оказать помощь в проведении реструктуризации, когда такие процедуры дают должнику и большинству кредиторов возможность навязать соответствующий план несогласному большинству кредиторов, особенно если имеются кредиторы, которые проводили тактику "зажимания" в ходе внесудебных переговоров. Во-вторых, в докладе указывается на тот факт, что современная экономика значительно сократила ту степень, в которой стоимость предприятия может быть максимально повышена в процессе ликвидации. В тех случаях, когда техническое ноу-хау и добрая воля являются более важными, чем материальные активы, сохранение людских ресурсов и поддержание деловых отношений являются важнейшими элементами стоимости, которые не могут быть реализованы посредством ликвидации. В-третьих, вероятность достижения долгосрочных экономических выгод более высока в случае реабилитационных процедур, поскольку они поощряют должников к реорганизации еще до того момента, когда их финансовые трудности достигнут острого

характера. И наконец, существуют социальные и политические соображения, в интересах которых применяются реабилитационные процедуры, которые защищают, например, рабочих и служащих предприятия, попавшего в трудное положение.

34. Аналитики указывают на особую важность реабилитации в странах с переходной экономикой, в которых широкомасштабная ликвидация неплатежеспособных предприятий, особенно крупных государственных предприятий, может вызвать структурные и социальные проблемы таких масштабов, которые могут негативно сказаться на социальной ткани страны и подорвать ее политическую жизнеспособность^{7/}.

44. Хотя процедуры ликвидации и реабилитации часто рассматриваются в качестве двух отдельных видов производства, между ними существует много общего и они являются в большой мере взаимосвязанными, и в момент открытия производства часто трудно утверждать, следует ли проводить ликвидацию или реорганизацию должника. Один из путей решения этого вопроса состоит в том, чтобы режим несостоятельности предусматривал оба вида производства, а сбалансированность между ними определялась на основе соображений политики. В некоторых случаях, например, законодательство может предусматривать реорганизацию соответствующей компании, а открытие ликвидационного производства может допускаться в тех случаях, когда реабилитация не привела к успеху. Другой подход может заключаться в том, чтобы предусмотреть "единое" производство, при котором все дела о несостоятельности в начале будут проводиться по одним и тем же правилам, а разделение производства на ликвидацию или реабилитацию будет осуществляться только после принятия решения о том, возможно ли проведение реабилитации.

54. В докладе АБР (2.5, стр. 41) указывается, что порядок, при котором оба вида производства могут возбуждаться в рамках единой процедуры, дает ряд преимуществ с точки зрения затрат и эффективности. Так, в нем приводится пример корпорации, которая после того, как она обратилась за возбуждением официальных процедур реабилитации, которые не привели к успеху, может быть ликвидирована в автоматическом порядке без необходимости в открытии новых ликвидационных процедур. В докладе высказывается предположение, что режим несостоятельности должен предусматривать возможность возбуждения как ликвидационного, так и реабилитационного производства в рамках единой процедуры. В докладе МВФ (стр. 41) высказывается предположение, что единый подход позволяет добиться процессуальной простоты, что может представлять собой преимущество в тех случаях, когда возможности институциональной инфраструктуры ограничены. В то же время, поскольку этот подход отражает недавнюю тенденцию, которая еще не воспринята в законодательстве о несостоятельности многих стран, в этом докладе в дальнейшем рассматривается предусматривающая два различных вида производства модель, которая по-прежнему господствует в законодательстве.

64. В настоящей записке официальные процедуры ликвидации и реабилитации рассматриваются по отдельности, а также выявляются и обсуждаются ключевые положения, присущие каждому виду производства.

^{7/}См., например, Dr. Manfred Balz, and Henry M. Schiffman, "Insolvency Law Reform for Economies in Transition -A Comparative Law Perspective" Part 1, ("Balz and Schiffmann Pt. 1"), Butterworths Journal of International Banking and Financial Law, Vol. 11, № 1 (January 1991), p. 91.

С. Ликвидационные процедуры

74. В специальном докладе АБР (стр. 11) общая структура ликвидационного производства определяется следующим образом:

1. заявление соответствующего предприятия или кредиторов в суд или другой компетентный орган;
2. приказ или решение о ликвидации предприятия;
3. назначение независимого лица для проведения ликвидации и управления этим производством;
4. прекращение коммерческой деятельности предприятия;
5. прекращение полномочий директоров и трудовых отношений рабочих и служащих;
6. продажа активов предприятия;
7. рассмотрение требований кредиторов;
8. распределение имеющихся средств между кредиторами (в соответствии с тем или иным порядком очередности); и
9. ликвидация предприятия.

1. Условия открытия ликвидационного производства

84. Хотя в законодательстве различных стран о несостоятельности упоминаются различные критерии для возбуждения производства, в большинстве случаев используется критерий ликвидности или потока наличности и требуется общее прекращение платежей по обязательствам в срок их исполнения. Как это указывается в докладе МВФ (стр. 81), использование этого стандарта в отличие от критерия, требующего наличия более тяжелого финансового положения, такого как неплатежеспособность, преследует цель создания возможности для возбуждения производства на достаточно ранней стадии наступления тяжелого финансового положения должника, с тем чтобы избежать "гонки" между кредиторами за завладение активами, что приведет к расчленению должника в ущерб сообществу кредиторов. Проблемы, связанные с таким "упреждающим" подходом, такие как возбуждение процедур ликвидации предприятия, которое находится в тяжелом финансовом положении, но является, тем не менее, финансово жизнеспособным, могут быть решены за счет установления порядка, предусматривающего, что должник может преобразовать ликвидационное производство в реабилитационное.

94. Что касается доступа к соответствующим процедурам, то в докладе АБР (2.6, стр. 51) подчеркивается необходимость в том, чтобы он был удобным, недорогостоящим и оперативным. Ограниченный доступ может оказывать сдерживающее воздействие как на должников, так и на кредиторов, а задержка может привести к ущербу с точки зрения распыления активов и возможности реабилитации. Законодательство о несостоятельности в целом предусматривает, что ликвидационное производство может быть возбуждено на основании заявления либо кредитора, либо должника. Хотя требование "общего прекращения платежей" часто применяется к обоим случаям, на практике суды будут, возможно, менее настоятельно требовать представления доказательств неплатежеспособности в случае заявления должника, поскольку такое заявление будет, как правило, последней мерой в случаях, когда должник не способен уплатить свои долги^{8/}. В случае кредиторов, хотя они и будут, по всей вероятности, иметь возможность доказать, что должник не заплатил по их требованию, предоставить доказательства общего прекращения платежей будет, возможно, не так просто. Как это отмечается в докладе АБР (2.6, стр. 51), "хотя и должно предусматриваться требование минимальных доказательств, имеется также практическая необходимость того, чтобы кредитор имел возможность представить доказательства в относительно простой форме, которые будут являться основанием для презумпции неплатежеспособности со стороны компании-должника". В законодательстве о несостоятельности различных стран этот вопрос регулируется с помощью различных подходов, включая требования о том, чтобы ходатайство подавалось несколькими кредиторами, или требование о том, чтобы должник представил суду информацию, позволяющую вынести определение об общем прекращении платежей. В докладе АБР высказывается мнение о том, что единственным требованием должно быть требование представления ясных доказательств неисполнения компанией-должником своих платежных обязательств по наступлении сроков погашения задолженности.

05. В связи с возбуждением производства по делу о несостоятельности по инициативе должника возникает вопрос о возможном наложении на должника обязательства обращаться с заявлением о возбуждении производства на определенной стадии финансовых трудностей. Несомненно, установление обязательства принимать заблаговременные меры может быть связано с рядом преимуществ. В случае реабилитации шансы успеха в результате принятия мер на раннем этапе возрастают, а в случае ликвидации интересы кредиторов будут защищены в результате недопущения дальнейшего распыления активов должника. В то же время в докладе МВФ (стр. 02) высказывается мнение о том, что подобные положения могут привести к тому, что руководство предприятия будет не готово добиваться внесудебного соглашения о реструктуризации, поскольку задержка в возбуждении официальных процедур может привести к личной ответственности. Решение о том, чтобы не

^{8/}Balz and Schiffmann, Pt 1, p. 32.

устанавливать санкций, заставляющих должника обращаться за возбуждением производства, может потребовать установления стимулов, поощряющих должников к таким действиям.

15. В связи с вопросом об открытии производства в докладе АБР (2.6, стр. 51) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"Доступ к процедурам, предусмотренным в соответствии с законодательным режимом несостоятельности, должен представлять собой быструю, удобную и недорогостоящую процедуру как для компаний-должников, так и для кредиторов, содержащую, однако, достаточные гарантии для защиты от злоупотребления этими процедурами. Должны представляться доказательства несостоятельности или финансовых трудностей компании-должника".

25. В докладе МВФ (стр. 02) содержится следующий вывод:

"В тех случаях, когда законодательство предусматривает отдельные процедуры ликвидации и реабилитации, оно должно допускать возбуждение ликвидационного производства на основе заявления, подаваемого либо одним из кредиторов, либо должником. Если заявление подается кредитором, то целесообразно, чтобы основным критерием для возбуждения производства являлась демонстрация общего прекращения платежей со стороны должника. Для определения того, носит ли прекращение платежей действительно общий характер, могут быть использованы различные критерии. Что касается заявлений, подаваемых должниками, то необходим важный принципиальный выбор в вопросе о том, следует ли установить в законодательстве специальные санкции для руководства предприятием за невозбуждение производства по наступлении общего прекращения платежей. Если будет принято решение о том, что подобных санкций устанавливать не следует, то целесообразно, в качестве альтернативы, предусмотреть в законодательстве надлежащие стимулы в рамках реабилитационного производства, с тем чтобы поощрять должников к использованию таких процедур на достаточно раннем этапе. В обстоятельствах, когда возможности судебных властей ограничены, может быть целесообразным предусмотреть требование о том, чтобы суд выносил решение относительно возбуждения производства в течение оговоренного срока после подачи заявления".

2. Последствия открытия производства

35. Вопросы, которые будут рассмотрены в данном разделе, связаны с определением того, что представляют собой активы конкурсной массы, и с защитой этих активов, как в отношении должника, так и в отношении кредиторов.

a) Активы конкурсной массы

45. Активы конкурсной массы будут обычно включать имущество должника на дату открытия производства по делу о несостоятельности и активы, приобретенные ликвидатором после этой даты.

55. Имущество, относящееся к первой категории, будет обычно включать как материальные, так и нематериальные активы, собственником которых является должник, независимо от того, находятся ли они в его владении в момент открытия производства. Активы, не включаемые в конкурсную массу, будут состоять из активов, собственником которых является какая-либо третья сторона, но которые находятся во владении должника в момент открытия производства, и, в некоторых случаях, те активы, которые используются должником, но которые предоставлены ему на основе арендного соглашения, по которому юридический титул собственности на них сохраняет арендодатель. Как это указывается в докладе МВФ (стр. 22), активы, входящие в последнюю категорию, могут потребовать особого внимания для определения того, является ли их аренда действительной и не предоставлены ли они фактически в рамках кредитного соглашения. В подобном случае на арендодателя будут распространяться те же ограничения, что и на обеспеченного кредитора.

65. Имущество, относящееся ко второй категории, будет включать активы, приобретенные ликвидатором в ходе продолжения эксплуатации предприятия должника до ликвидации и приобретенные в результате осуществления полномочий на расторжение ранее заключенных контрактов.

b) Защита конкурсной массы

75. Одна из основных целей производства по делам о несостоятельности заключается в сохранении стоимости конкурсной массы. Это охватывает ее защиту от действий как должника, так и кредиторов в период между подачей и удовлетворением заявления, а также после открытия производства.

85. Что касается первого периода, то может потребоваться принятие мер для обеспечения того, чтобы должник не вывел активы за рамки предприятия или не скрыл их от кредиторов и чтобы кредиторы не предпринимали никаких юридических действий, которые предупредили бы наложение моратория на меры в отношении должника, который будет введен после удовлетворения заявления. Временные меры защиты, которые могут быть приняты в отношении таких действий либо судом, либо по просьбе одного из кредиторов, могут включать назначение предварительного ликвидатора, запрещение распоряжения активами и приостановление приведения в исполнение обеспеченных требований к должнику. Поскольку эти меры защиты носят временный характер, суд может потребовать доказательств необходимости в подобных мерах до вынесения приказа об объявлении запрета, особенно в случаях, когда ходатайство о временных мерах поступает от кредитора, обратившегося с заявлением об открытии производства.

95. После открытия ликвидационного производства, защита конкурсной массы может потребовать лишения должника контроля над предприятием и передачи его назначенному ликвидатору. Могут существовать ситуации, когда предприятие должника должно быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, что оправдывает разрешение должнику сохранить определенный контроль над предприятием, даже несмотря на то, что ликвидатор обладает полным контролем в силу своего назначения и будет нести ответственность за любые противоправные действия должника в течение этого периода. Такой шаг обычно потребует консультаций с кредиторами.

106. Защита конкурсной массы от кредиторов в течение производства может потребовать введения моратория на способность кредиторов обращаться за приведением в исполнение их юридических прав. Может потребоваться введение такого моратория незамедлительно, с тем чтобы максимально сохранить конкурсную массу и обеспечить справедливое и упорядоченное управление. Условия моратория потребуются установить с учетом сбалансированности заинтересованности ликвидатора в получении надлежащего срока для максимального повышения стоимости активов и, если это уместно, продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы и той степени, в которой законодательство о несостоятельности может вмешиваться в общепринятую коммерческую практику и процедуры, особенно в том, что касается обеспеченных кредиторов. В докладе МВФ (стр. 42) указывается, что необходимость введения моратория на способность необеспеченных кредиторов обращаться за наложением ареста на активы в качестве средства взыскания по их договорным требованиям и запрета всем кредиторам возбуждать юридическое разбирательство для возвращения задолженности, накопившейся до возбуждения производства, практически не вызывает споров. В то же время вопрос о распространении такой практики на обеспеченных кредиторов вызывает ряд проблем (см. пункты 56-96 ниже).

16. В докладе АБР (2.7, стр. 71) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"Если компания-должник обратилась за проведением ликвидации или если установлено, что ликвидация компании-должника является единственно возможным решением, полномочия действующего руководства компании должны быть прекращены и должен быть назначен независимый управляющий для выполнения этих функций и проведения ликвидации. Во-вторых, мораторий на действия и разбирательства в отношении имущества компании-должника или приостановление таких действий и разбирательств должны быть ограничены только необеспеченными кредиторами".

26. В докладе МВФ (стр. 42) содержится следующий вывод:

"После открытия ликвидационного производства все активы, в которых должник имеет право собственности по состоянию на дату открытия производства, должны передаваться независимому ликвидатору, назначенному судом. От должника требуется представление информации обо всех активах и сомнительных сделках.

В ходе производства все активы, над которыми ликвидатор осуществляет контроль, должны защищаться "мораторием" на способность необеспеченных кредиторов привести в исполнение средства правовой защиты в отношении активов конкурсной массы. Хотя масштабы моратория могут различаться в зависимости от конкретной страны, он должен, как минимум, запрещать необеспеченным кредиторам: i) обращаться за наложением ареста на активы, продавать их или вступать во владение ими в качестве средства взыскания по своим требованиям или ii) возбуждать юридические процедуры, направленные на взыскание задолженности, возникшей до открытия ликвидационного производства.

[...] в течение ограниченного срока мораторий должен распространяться на обеспеченных кредиторов [...].

После подачи заявления о возбуждении производства целесообразно уполномочить суд выносить решения о временных мерах для защиты активов должника до вынесения судом решения об открытии производства. В набор мер, которые обычно должны предусматриваться, следует включить полное или частичное лишение должника

контроля над активами, назначение временного управляющего и введение моратория на способность кредиторов обращаться за наложением ареста на активы".

3. Производство

Общие вопросы

36. Основное требование к эффективности производства по делу о несостоятельности заключается в том, что оно должно проводиться своевременным, предсказуемым и справедливым образом и предусматривать надлежащие процедуры для выявления и сбора активов конкурсной массы, выявления и проверки обязательств соответствующего предприятия, продажи активов и распределения поступлений. С этими различными этапами ликвидационного производства связан целый ряд вопросов.

a) Проверка требований

46. Проверка требований кредиторов требует оценки законности и суммы требований, а также определения категории требования для целей распределения. Бремя доказывания требования лежит, как правило, на кредиторе, и в целях предотвращения задержек, возможно, целесообразно установить предельные сроки для проверки требований. В тех случаях, когда режим допускает оспаривание требований кредиторов, будь то ликвидатором, или другой заинтересованной стороной, в законодательство может быть включено положение о механизмах избежания споров, таких как рассмотрение кредиторами окончательного списка требований или какая-либо иная форма разрешения споров^{9/}.

b) Обремененные активы и обеспеченные кредиторы

56. При применении любой меры, такой как мораторий, в отношении к способности кредиторов взыскать свое обеспечение должны учитываться как основная цель производства по делу о несостоятельности, так и цель обеспечения безопасности кредиторов и доступности кредита, а также базовый принцип необходимости выполнения договорных обязательств. С точки зрения достижения цели обеспечения, заключающейся в защите интересов кредиторов в случае невозвращения долга должником, задержки или препятствия реализации кредитором своих обеспечительных прав допускаться не должны. В то же время, как это указывается в докладе МВФ (стр. 52), все более широкое признание получает мнение о том, что разрешение обеспеченным кредитором свободно выделять свое обеспечение из других активов конкурсной массы может нанести ущерб основной цели производства по делам о несостоятельности, в первую очередь реабилитационному производству, но также и ликвидации. Невозможность ограничить действия обеспеченных кредиторов может отрицательно сказаться на максимальном повышении стоимости конкурсной массы до распределения, особенно в тех случаях, когда одним из возможных вариантов является продажа предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В этом случае взыскание обеспечения в индивидуальном порядке может противоречить интересам всех обеспеченных кредиторов в целом, поскольку стоимость требований может быть выше в том случае, когда предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы, чем в том случае, когда оно ликвидируется.

66. В докладе АБР (2.7(с), стр. 71) ставится вопрос о той степени, в которой законодательство о несостоятельности может вторгаться или вмешиваться в действия признанных коммерческих обычаев и процедур. В докладе высказывалось предположение о том, что для обеспечения справедливого и упорядоченного управления активами потребуются мораторий в той или иной форме и высказывается поддержка использованию "автоматического" моратория, который вступает в действие в момент подачи заявления. В тех случаях, когда действительно преследуется цель реабилитации должника, масштабы моратория должны быть весьма широкими и всеобъемлющими на том основании, что реорганизация не приведет к успеху, если не будут сохранены основные активы и составные части компании-должника и если не будут поддерживаться деловые операции. В то же время, поскольку для случаев ликвидации такое обоснование не подходит, мораторий должен вводиться только в отношении необеспеченных кредиторов.

76. В докладе МВФ (стр. 52) высказывается мнение о важности того, чтобы любой мораторий на способность обеспеченных кредиторов в принудительном порядке реализовывать свои права сопровождался мерами, направленными на защиту интересов этих кредиторов при ликвидационном производстве. Один из подходов может заключаться в автоматическом введении моратория, но на ограниченный срок, с тем чтобы позволить ликвидатору приступить к осуществлению задачи выявления и оценки активов, причем любое продление будет допускаться только при условии, что ликвидатор докажет необходимость в таком продлении. Другая мера по защите интересов обеспеченных кредиторов связана с сохранением или поддержанием экономической стоимости обеспеченного требования в течение срока моратория.

^{9/} Доклад МВФ (см. сноску 4), стр. 73.

86. В докладе МВФ (стр. 72) описываются два пути защиты стоимости обеспеченного требования. Первый подход состоит в защите стоимости самого обеспечения, когда предусматривается компенсация за сокращение стоимости, которая может принимать форму предоставления обеспечения-замены, периодических выплат наличными в суммах, соответствующих суммам обеспечения обеспечения, выплат процентов в течение срока действия моратория в той мере, в которой требование кредитора является излишне обеспеченным (стоимость обеспечения превышает стоимость обеспеченного требования), предоставления кредитору взамен эквивалентного обеспечения или уплаты полной суммы обеспеченного требования в случае, если ликвидатор пожелает продать обремененные активы. Второй подход состоит в том, чтобы сохранить стоимость обеспеченной части требования путем стоимостной оценки актива при открытии производства и со ссылкой на эту оценку, определения стоимости обеспеченной части требования кредитора. Такая стоимость является фиксированной, и при распределении средств после ликвидации обеспеченному кредитору предоставляется преимущественное право на суммы в размере этой стоимости. В течение производства этот кредитор будет также получать договорную процентную ставку на обеспеченную часть требования в качестве компенсации за задержку в реализации актива.

96. В докладе МВФ (стр. 72-82) содержится следующий вывод:

"Как общий принцип законодательство о несостоятельности должно быть сбалансированным с точки зрения предупреждения такого положения, при котором действия обеспеченных кредиторов подорвут цель максимального повышения стоимости активов конкурсной массы, с одной стороны, и защитой интересов таких кредиторов в том, чтобы стоимость их обеспечения - и, как следствие этого, доступность кредита в целом - не была снижена, с другой стороны. Для реализации этого принципа в законодательстве о несостоятельности обычно должно предусматриваться следующее:

а) на короткий - и оговоренный - срок после открытия производства (например, 03 или 06 дней) общий мораторий на взыскания со стороны кредиторов должен распространяться также и на обеспеченных кредиторов, что запретит им реализовывать свои договорные права на обеспечение в принудительном порядке в течение срока производства, при ограничениях, описанных ниже. Мораторий обычно должен продлеваться за пределы этого срока только судом по представлению ликвидатора, который должен доказать, что такое продление является необходимым для максимального повышения стоимости активов конкурсной массы в интересах кредиторов в целом (например, с учетом возможности продажи предприятия или подразделений предприятия в качестве функционирующих хозяйственных единиц). Будет, возможно, целесообразно предусмотреть в законодательстве ограничение на срок продления;

б) будут, возможно, уместны исключения из этого моратория в отношении тех активов, которые в целом не являются необходимыми для продажи предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы (например, обеспечение наличными);

в) в течение срока моратория должен действовать механизм, обеспечивающий надлежащую защиту интересов обеспеченного кредитора. В тех случаях, когда такая защита обеспечивается путем сохранения стоимости имеющегося у кредитора обеспечения, эти меры должны включать, например, компенсацию за обесценение обеспечения и, если обеспечение должно быть использовано или продано ликвидатором, предоставление обеспечения-замены. Страны могут в качестве альтернативы защитить интересы обеспеченного кредитора, установив фиксированную стоимость обеспечения в момент открытия производства и предоставив обеспеченному кредитору требование первой очереди на эту стоимость плюс преимущественное требование на регулярные платежи процентов по неисполнению договора.

В тех случаях, когда ликвидатор не способен предоставить обеспеченному кредитору такого рода защиту, как она описывается выше, мораторий в отношении обеспеченного кредитора должен быть снят".

с) Полномочия на расторжение

07. Поскольку производство по делам о несостоятельности может быть открыто через длительное время после того, как должнику стало впервые известно о неизбежности такого результата, то, как это указывается в докладе МВФ (стр. 82), могут существовать значительные возможности для того, чтобы попытаться укрыть активы от кредиторов, принять на себя искусственные обязательства или безвозмездно предоставить средства родственникам и друзьям. Результатом таких действий с точки зрения возможного разбирательства по делу о несостоятельности будет нанесение общего ущерба необеспеченным кредиторам, которые не имеют отношения к таким действиям и которые не защищены обеспечением, а также подрыв цели справедливого обращения со всеми кредиторами. Цель полномочий по расторжению заключается,

таким образом, в том, чтобы восстановить равноправие кредиторов и признать ничтожными несправедливые сделки или односторонние юридические акты, которые могут нанести ущерб будущей конкурсной массе и кредиторам^{10/}.

17. Вопрос о полномочиях на расторжение требует сбалансированного подхода с точки зрения значения жестких полномочий для максимального повышения стоимости конкурсной массы в интересах всех кредиторов, с одной стороны, и возможным подрывом принципа договорной предсказуемости - с другой. В докладе АБР (2.31, стр. 22) высказывается мнение о том, что "в центре дискуссии по вопросу о полномочиях на расторжение стоит не столько принцип, лежащий в основе соответствующих положений, сколько степень эффективности таких положений на практике и вопрос о нескольких произвольных нормах, которые необходимы для определения, например, сроков и характера собственно сделок. Критические замечания о том, что на практике функционирование и принудительная реализация таких положений во многих случаях неэффективны, являются в определенной мере обоснованными".

27. Несмотря на возможные критические замечания, существует, как представляется, общее согласие с тем, что полномочия по расторжению играют важную роль не только в силу того, что они оказывают воздействие на максимальное повышение стоимости конкурсной массы в интересах кредиторов, но также и в силу того, что они способствуют утверждению правил справедливого коммерческого поведения и являются частью надлежащих стандартов управления предприятиями^{11/}.

37. К числу проблем, которые должны быть рассмотрены, относятся вопросы о том, следует ли предусмотреть возможность расторжения как в случае ликвидационного, так и реабилитационного производства, какие акты должны подлежать расторжению и какие критерии должны использоваться, включая вопрос о том, следует ли предусмотреть автоматическое признание ничтожными или автоматическую возможность расторжения некоторых сделок.

47. В некоторых правовых системах нормы расторжения применяются только в случае ликвидационного, но не реабилитационного производства. По мнению некоторых аналитиков, такой порядок препятствует использованию всего потенциала реабилитации и неблагоприятным образом влияет на выбор между ликвидацией и реабилитацией^{12/}.

57. Нормы о расторжении могут сочетать как объективные, так и субъективные элементы. Объективные критерии связаны в первую очередь с моментом совершения сделки по отношению к моменту возбуждения производства по делу о несостоятельности и с видом соответствующих сделок. Субъективные критерии основываются на намерении и осознании в каждом конкретном случае. Хотя применение норм, строящихся на объективных критериях, может не вызывать каких-либо трудностей, оно может также привести к принятию произвольных решений в случае, когда, например, может быть расторгнута законная сделка, совершенная в пределах указанного срока, в то время как мошенническая сделка, совершенная за пределами этого срока, может быть защищена. С другой стороны, субъективные критерии могут вызывать споры, и они должны использоваться только в тех случаях, когда это действительно необходимо. Требуется обеспечить сбалансированность между этими двумя подходами.

67. В докладе МВФ (стр. 92) указывается, что к сделкам и передачам во "внутреннем кругу" следует применять более жесткие нормы, чем в случае рыночных сторон, с которыми не имеется устоявшихся отношений, на том основании, что преференциальное отношение к представителям "внутреннего круга" является более вероятным и что такие представители также могут раньше узнать о финансовых трудностях, переживаемых должником. Категории представителей "внутреннего круга" будут включать лиц, находившихся или находящихся в тесных корпоративных или семейных связях с должником.

77. В докладе МВФ (стр. 92-03) определяются четыре категории сделок, на которые в большинстве случаев обычно распространяются положения о расторжении. Это, в первую очередь, совершенные сделки и передачи, в связи с которыми имеются доказательства фактического намерения должника совершить обманные действия в отношении кредиторов путем вывода активов за пределы их досягаемости, когда другой стороне сделки известно о таком намерении. Подобные сделки будут представлять собой фактическое мошенничество, поскольку намерение совершить обманные действия будет присутствовать у обеих сторон. В законодательстве многих стран о несостоятельности срок, в течение которого такие

^{10/}См., например, Dr. Manfred Balz and Henry M. Schiffman, "Insolvency Law Reform for Economies in Transition - A Comparative Law Perspective" Part 2 ("Balz and Schiffmann Pt 2"), *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Vol. 11, No. 2 (February 6991), p. 66.

^{11/}Доклад АБР (см. примечание 5), 2.31, стр. 22.

^{12/}См. Balz and Schiffmann, Pt 2, p. 66.

сделки и передачи могут быть расторгнуты, не ограничиваясь. Во-вторых, речь идет о сделках и передачах, совершенных с третьей стороной за неадекватное вознаграждение. Намерение совершить обманные действия может презюмироваться в тех случаях, когда сделка является несбалансированной и, как представляется, выходит за рамки обычных операций. В некоторых законах оговаривается максимальный ретроактивный срок, рассчитываемый с момента возбуждения производства, а согласно другим законам также требуется, чтобы в момент совершения сделки или передачи факт несостоятельности или неизбежной несостоятельности был уже установлен. В-третьих, речь идет о "добровольных" сделках с кредиторами и совершенных им передачах. Такие операции связаны с проблемой преференциального отношения, когда преимущества могут быть предоставлены отдельному кредитору, не имеющему права на такие преимущества. К этой категории может относиться, например, досрочная уплата долга или предоставление обеспечения ранее необеспеченному кредитору. В законодательстве некоторых стран оговаривается максимальный ретроактивный срок, рассчитываемый с даты возбуждения производства, в то время как согласно законодательству других стран также требуется, чтобы в момент совершения сделки или передачи факт несостоятельности или неизбежной несостоятельности был уже установлен. И наконец, имеется категория обычных сделок с кредиторами и совершенных им передач. Эта категория относится к сделкам, которые во всех отношениях являются нормальными за тем исключением, что они совершаются в течение весьма ограниченного срока до возбуждения дела о несостоятельности, что позволяет предположить возможность преференциального отношения. Этот срок обычно ограничивается 03-09 днями, причем согласно некоторым законам также требуется, чтобы кредитору было известно или должно было быть известно о несостоятельности должника. Некоторые исключения делаются для тех случаев, когда сделки являются частью обычных деловых операций, например применительно к уплате за товары, которые регулярно поставляются и оплачиваются.

87. Хотя согласно законодательству о несостоятельности некоторые сделки и передачи могут автоматически признаваться ничтожными, в других случаях расторжение может быть в надлежащем порядке произведено только на основании решения ликвидатора. В подобных случаях свобода усмотрения должна ограничиваться обязательством в отношении максимального повышения стоимости конкурсной массы с учетом затрат и задержек, связанных с возвращением переданных средств.

97. В докладе АБР (2.31, стр. 22) в предварительном порядке высказывается предположение о том, что в режим несостоятельности должны быть включены надлежащие положения, касающиеся расторжения сделок, которые приводят к ущербу кредиторам или противоречат принципу равного режима для кредиторов одной и той же очереди.

08. В докладе МВФ (стр. 13) содержится следующий вывод:

"Ликвидационное производство должно предусматривать механизм, который позволяет ликвидатору возвращать активы, переданные должником до возбуждения производства, в тех случаях, когда такие передачи наносят ущерб кредиторам в целом. В положении о расторжении должен оговариваться вид сделок и передач, которые следует охватить, а также максимальный "подозрительный срок" до возбуждения производства, совершенные в пределах которого сделки и передачи будут подлежать расторжению. Применительно к сделкам и передачам, совершенным в пределах "внутреннего круга", обычно должны применяться более жесткие правила. Как минимум, целесообразно включить следующие виды сделок и передач:

- a) сделки и передачи, в связи с которыми имеются доказательства фактического намерения должника совершить обманные действия в отношении кредиторов путем вывода активов за пределы их досягаемости, когда другой стороне сделки известно о таком намерении. Необходимости в установлении в законодательстве о несостоятельности какого-либо максимального срока не имеется;
- b) сделки и передачи, совершенные за неадекватное вознаграждение, включая дары, которые имели место в период, когда должник являлся несостоятельным или непосредственно перед этим, причем следует оговорить максимальный срок;
- c) "добровольные" сделки и передачи кредиторам, когда, например, должник осуществляет досрочные платежи по задолженности или предоставляет обеспечительный интерес в имеющемся долге. Может потребоваться доказательство фактической или неизбежной несостоятельности, причем следует оговорить максимальный срок.

Кроме того, будет, возможно, целесообразно - хотя это и не является необходимым - предоставить ликвидатору полномочия на аннулирование сделок с кредиторами и совершенных им передач, которые не являются ненадлежащими каким бы то ни было образом, но которые совершены в течение весьма краткого срока (не превышающего 09 дней, если только кредитор не относится к "внутреннему кругу"), когда имеются доказательства

того, что кредитору было известно или должно было быть известно о несостоятельности. В то же время может существовать необходимость исключения для сделок и передач, совершенных в рамках обычных деловых операций".

d) Режим контрактов

18. Общая черта законодательства о несостоятельности многих стран заключается в том, что ликвидатор может вмешаться в осуществление контрактов еще не исполненных полностью обеими сторонами, приняв по своему выбору решение либо об отказе от их исполнения, либо о продолжении их исполнения (и, возможно, об их последующей переуступке). Как и в случае правил о расторжении, основной предпосылкой таких полномочий является максимальное повышение стоимости конкурсной массы. Эта цель должна быть сбалансирована с учетом коллизии прав, социальных интересов, связанных с некоторыми видами контрактов, например с трудовыми договорами, а также последствий полномочий ликвидатора на вмешательство в условия неисполненных контрактов для предсказуемости коммерческих и финансовых отношений.

28. В отношении вопросов прекращения или продолжения различных видов контрактов могут быть приняты различные подходы. Некоторые контракты могут прекращаться по усмотрению ликвидатора, в то время как другие договоры могут прекращаться автоматически в момент открытия производства, причем какого-либо права ликвидатора на их продолжение может не предусматриваться^{13/}. Ликвидатор по своему усмотрению, будь то с согласия контрагента или без него, может, с учетом некоторых исключений, продолжить исполнение контрактов. Независимо от того, примет ли ликвидатор решение о продолжении осуществления или прекращении контракта, законодательство о несостоятельности должно содержать требование о том, чтобы в целях создания определенности для контрагента уведомление подавалось в течение оговоренного срока после возбуждения производства.

38. Обоснование возможности расторжения контрактов, которые еще не исполнены полностью, состоит в первую очередь в том, чтобы "освободить активы от обременительных - хотя и по сути своей справедливых - контрактов, которые должник мог заключить в критический период, предшествующий несостоятельности, или которые более не имеют смысла для предприятия-банкрота, а также обеспечить равенство кредиторов в отношении стороны, которая лишь частично исполнила свои обязательства и предоставила должнику кредит в обмен на его встречное обязательство"^{14/}. В тех случаях, когда контракт прекращается, контрагент освобождается от исполнения оставшейся части контракта и получает статус необеспеченного кредитора на сумму убытков, причиненных прекращением.

48. При рассмотрении проблемы продолжения исполнения в первую очередь должен быть изучен вопрос о том, предоставляет ли соответствующий контракт право на прекращение в связи с неисполнением в случаях, когда возбуждены процедуры несостоятельности. В тех случаях, когда подобная оговорка имеется, контракт будет, как правило, прекращаться, если только ликвидатор не обратится с предложением о продолжении исполнения и контрагент не согласится с этим предложением, или же ликвидатор не решит продолжить исполнение контракта, несмотря на возражения контрагента. Имеются случаи, когда продолжение исполнения будет являться более выгодным, чем прекращение. Одним из примеров может быть аренда помещений предприятия-должника в случаях, когда это предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Продолжение может быть также выгодным для контрагента, поскольку платежам по контракту может быть предоставлен приоритет как платежам за услуги, предоставленные после открытия производства. В случае продолжения, как это указывается в докладе МВФ (стр. 23), интересы контрагента могут быть защищены, если будет предусмотрено, что расходы по исполнению и любые убытки, причиненные каким-либо нарушением со стороны ликвидатора, будут рассматриваться в качестве административных или приоритетных затрат. Поскольку это может быть связано с риском для других кредиторов, ликвидатор в целом будет стремиться к продолжению исполнения контрактов только в тех случаях, когда это является выгодным для конкурсной массы.

58. В докладе МВФ (стр. 43) определяются две общие категории исключений применительно к полномочиям на продолжение исполнения контрактов. В первую категорию входят случаи, когда ликвидатор имеет полномочия на признание положений о прекращении недействительными, причем могут быть предусмотрены конкретные исключения для определенных видов контрактов. Здесь речь идет о краткосрочных финансовых контрактах, таких как свопы и фьючерсные соглашения. Ко второй категории относятся случаи, когда независимо от того, допускается ли законодательством признание положения о прекращении недействительным, исполнение контракта не может быть продолжено, поскольку он предусматривает исполнение должником или личные услуги.

^{13/}Balz and Schiffman, Pt 2, p. 76.

^{14/}Ibid.

68. Контракты, исполнение которых было продолжено, могут быть впоследствии переуступлены по их стоимости. В законодательстве о несостоятельности некоторых стран для этого требуется согласие контрагента и всех сторон, в то время как в других странах предусматривается, что производство по делу о несостоятельности влечет за собой ничтожность всех оговорок о запрещении уступки, и ликвидатор имеет право переуступить контракт в интересах конкурсной массы. В докладе МВФ (стр. 33) отмечается:

"Хотя способность ликвидатора принимать решения о продолжении исполнения и переуступке контрактов в нарушение договорных условий может принести существенную пользу с точки зрения конкурсной массы и, таким образом, с точки зрения бенефициаров поступлений при распределении после ликвидации, такая способность, очевидно, подрывает договорные права контрагента по контракту. Более того, переуступка ставит вопросы ущерба стороне переуступаемого соглашения, не являющейся должником, особенно в тех случаях, когда она практически не может повлиять на выбор цессионария".

78. Как это указывалось выше, некоторые категории контрактов связаны с социальными интересами, которые согласно законодательству о несостоятельности могут потребовать специального режима. К одной особой категории относятся трудовые договоры, в связи с которыми способность ликвидатора прекратить их действие может ограничиваться теми соображениями, что ликвидация может быть использована в качестве средства непосредственного устранения защиты, предоставляемой по таким договорам рабочим и служащим. Так может обстоять дело в случае, когда предприятие должно быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы и расторжение обременительных договоров о найме может быть выгодным с точки зрения цены и продажи. В другую категорию могут входить арендные соглашения, по которым арендатором является должник.

88. В докладе МВФ (стр. 43) содержится следующий вывод:

"Ликвидационные процедуры должны предоставлять ликвидатору полномочия на расторжение или продолжение исполнения контрактов, которые еще не были полностью исполнены обеими сторонами. Определение масштабов таких полномочий требует принятия важных принципиальных решений: более широкие полномочия на прекращение или продолжение, хотя они и служат цели максимального повышения стоимости активов конкурсной массы, также обуславливают более значительное вмешательство в договорные отношения. Кроме того, эти полномочия, возможно, требуется ограничить применительно к некоторым видам контрактов.

a) Прекращение - Ликвидатор должен обладать полномочиями на прекращение неисполненных контрактов. По прекращении контрагент становится необеспеченным кредитором, обладающим требованием, равным сумме убытков, причиненных прекращением. Следует признать, что страны могут принять решение об ограничении таких полномочий в отношении особых контрактов, таких как трудовые договоры или соглашения об аренде, в которых арендодателем является должник), причем это ограничение будет действовать при ликвидационном производстве, когда предполагается продать предприятие (или хозяйственное подразделение предприятия) в качестве функционирующей хозяйственной единицы.

b) Продолжение исполнения и переуступка - Ликвидатор должен, как правило, обладать полномочиями на принятие решения о продолжении исполнения контракта (включая уступку исполнения) в обстоятельствах, когда такое прекращение не запрещено условиями контракта. Если подобное решение принимается, контрагенту должен быть предоставлен приоритет на платежи (в качестве административных расходов) за любое исполнение, осуществленное после открытия ликвидационного производства. Если страна решает предоставить ликвидатору полномочия на продолжение исполнения или переуступку контракта в нарушение его условий, следует предусмотреть требование о том, чтобы ликвидатор доказывал, что контракт может быть должным образом исполнен ликвидатором или цессионарием. Как правило, применительно к полномочиям на продолжение исполнения потребуются предусмотреть исключения в отношении особых контрактов, таких как финансовые контракты и контракты на личные услуги".

c) Зачет

98. В контексте производства по делам о несостоятельности признание права на зачет позволит кредитору, который также является должником по отношению к конкурсной массе, осуществить свое право после возбуждения производства. В результате этого, в зависимости от сумм требования кредитора и требования конкурсной массы в отношении кредитора, кредитор может получить платеж полностью. Хотя может показаться, что это предоставляет преимущество кредитору, который также является должником по отношению к конкурсной массе, в результате чего может возникнуть вопрос о справедливости режима по отношению к кредиторам, можно также привести довод о том, что отказ кредитору в платеже при одновременном требовании платежа со стороны этого кредитора будет несправедливым. В докладе МВФ (стр. 53)

отмечается, кроме того, что, поскольку во многих случаях контрагентами являются банки, право на зачет особенно благоприятно для банковской системы и, таким образом, потенциально, является общевыгодным для экономики. Банки, предоставившие судные средства предприятию, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, могут также хранить депозиты должника. Право на зачет, возникающее после открытия производства, позволит банкам зачесть свои неоплаченные требования в счет этих депозитов, даже в тех случаях, когда срок погашения этих требований еще не наступил и они не подлежат оплате.

09. В докладе МВФ (стр. 53) также указывается на взаимосвязь между правом на зачет и другими положениями законодательства о несостоятельности. Это право, например, может быть обусловлено положениями о расторжении в той мере, в которой требование, имеющееся у должника, было приобретено кредитором в течение "подозрительного" периода. Оно может быть также ограничено правом ликвидатора на признание содержащихся в контракте оговорок о прекращении недействительными, если только в отношении права на признание оговорок недействительными не установлено прямых ограничений с тем, чтобы позволить кредитору прекратить контракт и зачесть взаимные денежные требования.

19. В докладе МВФ (стр. 63) содержится следующий вывод:

"Возникшее до открытия производства право на зачет, предусматриваемое общим законодательством, должно быть защищено в ходе ликвидационного производства, и, в целом, должны предусматриваться возможности его осуществления как со стороны кредиторов, так и со стороны конкурсной массы. Кроме того, законодательство должно также допускать зачет, право на который возникает после открытия производства, если взаимные требования возникают по одной и той же сделке. Кроме того, страны могут также пожелать рассмотреть вопрос о том, чтобы разрешить осуществление прав на зачет, возникающих согласно общему законодательству после открытия производства по делу о несостоятельности, особенно в отношении взаимных финансовых обязательств".

f) Распоряжение активами

29. Порядок продажи ликвидатором должен быть направлен на максимальное повышение стоимости конкурсной массы и строиться на основе справедливой и прозрачной процедуры. Это может потребовать, что, например, в случае, когда продажа проводится частным образом, она осуществлялась под надзором, если это уместно, суда или чтобы запрашивалось согласие кредиторов с тем, чтобы избежать мошеннического сговора.

39. В докладе МВФ (стр. 83) содержится следующий вывод:

"Процедура ликвидации активов должна быть своевременной и эффективной и должна предусматривать такую продажу, которая позволит максимально повысить стоимость ликвидируемых активов. С этой целью законодательство должно обычно пропускать как организацию публичных аукционов, так и частные продажи при соблюдении требования о том, что в последнем случае продажа должна либо проводиться под надзором суда, либо утверждаться кредиторами, или при обоих этих условиях. Кредиторы должны достаточным образом уведомляться о любых продажах".

g) Порядок очередности

49. Установление порядка очередности для распределения поступлений от конкурсной массы имеет важное значение не только с точки зрения облегчения предоставления кредита, особенно обеспеченного кредита, но также и с точки зрения обеспечения упорядоченного и эффективного проведения производства. Это охватывает принятие положения об оплате труда ликвидаторов и обеспечение возможности достичь целей ликвидационного производства. Соответственно, в законодательство о несостоятельности может потребоваться включить нормы, которые будут предусматривать не только распределение средств среди кредиторов на основе порядка очередности их требований (будь то обеспеченных, необеспеченных, административных или иных), но и регулировать оплату труда ликвидаторов и других административных расходов.

59. Согласно такой системе обеспеченные кредиторы будут обладать требованием первой очереди в отношении поступлений от продажи обеспечения в объеме стоимости обеспеченного требования или в отношении общих поступлений с учетом стоимости обеспечения, в зависимости от того, какой метод использован для защиты обеспеченного кредитора (см. пункт 86 выше). В тех случаях, когда обеспеченное требование превышает стоимость обеспечения или стоимость обеспеченного требования в момент открытия производства, необеспеченной части требования будет предоставляться для целей распределения статус необеспеченного требования.

69. Применительно к распределению средств среди необеспеченных кредиторов первая очередь будет обычно признаваться за административными расходами, охватывающими судебные издержки и гонорары ликвидатора, платежи, на которые согласился или которые продолжает ликвидатор, и затраты, связанные со сбором и распределением активов конкурсной массы, а также управлением ими и их оценкой. Обоснование такой первоочередности частично состоит в необходимости привлечь к работе по ликвидации квалифицированных специалистов для обеспечения упорядоченного и эффективного производства по делам о несостоятельности. В тех случаях, когда в ликвидации участвуют обеспеченные кредиторы, законодательство о несостоятельности, как правило, предусматривает, что обеспеченные требования имеют приоритет по отношению к административным требованиям. Некоторые законы предусматривают, однако, что расходы, связанные с сохранением и продажей обеспечения, вычитаются из стоимости обеспечения и обеспеченных требований до платежа обеспеченным кредиторам, в то время как согласно другому подходу предполагается возможная целесообразность вычета этих расходов из административных затрат конкурсной массы. В ряде стран в ту же очередь, что и административные расходы, включаются требования по компенсации работникам, возникшие до открытия производства.

79. Режимы несостоятельности существенно различаются в вопросе о том, каким образом регулируется распределение оставшихся средств после погашения обеспеченных и административных требований. В законодательстве ряда стран определяются различные виды преимущественных прав, которые обеспечивают повышение в очереди определенных категорий необеспеченных кредиторов. Может существовать целый ряд социальных и политических причин, оправдывающих существование преимущественных прав, например необходимость в защите менее влиятельной в экономическом отношении категории кредиторов или тот факт, что некоторые категории кредиторов, например лица, заявляющие требования из деликта, не предоставляли кредита добровольно на рыночных условиях, а были вынуждены "предоставить кредит" должником или в силу закона. В докладе АБР (2.21, стр. 12) указывается, что многие режимы несостоятельности предусматривают, что такие долги, как задолженность по налогообложению и долги, причитающиеся работникам, должны быть полностью уплачены, перед предоставлением возмещения другим кредиторам. В то же время преимущественные права могут потенциально сократить общую действенность и эффективность производства и представляют собой исключение из цели обеспечения равенства кредиторов. Указывается, что в ряде случаев именно существование преимущественных прав вызывает широкое отсутствие заинтересованности в производстве со стороны обычных кредиторов и банков. По этим причинам в докладе АБР отмечается, что современный подход состоит в том, что следует пытаться в максимально возможной степени ограничить приоритетные требования.

89. После оплаты требований привилегированных категорий кредиторов оставшаяся часть активов будет распределяться между необеспеченными кредиторами на пропорциональной основе. При таком распределении будет необходимо учесть субординированные требования. В некоторых правовых системах такие требования, как штрафы и неустойки, пособия, кредиты акционерам и нарушения после подачи заявления о возбуждении производства проценты по общим необеспеченным требованиям, рассматриваются в качестве субординированных, в то время как в других правовых системах они исключаются или рассматриваются как требования, не принимаемые к удовлетворению.

99. В докладе АБР (2.21, стр. 12) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"Режим законодательства о несостоятельности должен, насколько это возможно, сохранять принцип равного отношения ко всем кредиторам. Соответственно, законодательство о несостоятельности должно ограничивать минимально возможным числом количество приоритетных требований".

001. В докладе МВФ (стр. 14) содержится следующий вывод:

"Правила, устанавливающие порядок очередности для категорий кредиторов при распределении поступлений от продажи активов конкурсной массы, должны надлежащим образом учитывать договорные условия, предусматривающие обеспечение или субординацию. Таким образом, в качестве общего правила, если активы конкурсной массы обременены, поступления от продажи таких активов должны в первую очередь распределяться между обеспеченными кредиторами в объеме стоимости их обеспеченного требования плюс любая компенсация, которая возникает из моратория на действия кредиторов и которая еще не была выплачена в ходе производства. Правила, устанавливающие порядок очередности, должны быть также разработаны таким образом, чтобы содействовать эффективному функционированию процедур несостоятельности. Соответственно, административные расходы (включая оплату услуг специалистов, в том числе ликвидатора, и требования кредиторов, возникшие после подачи заявления о возбуждении производства) должны являться первоочередными по отношению к необеспеченным требованиям. Включение других предусмотренных законом преимущественных прав, хотя они и могут быть сочтены необходимыми по социальным или политическим причинам, должно в максимально возможной степени ограничиваться, поскольку такие права, как правило, подрывают эффективность и действенность производства по делам о несостоятельности".

4. Освобождение от обязательств

101. В тех случаях, когда какие-либо требования остаются непогашенными после завершения распределения, в связи с рядом предприятий возникает вопрос о том, должен ли должник считаться освобожденным от долгов по этим требованиям или же они будут по-прежнему рассматриваться в качестве непогашенных. Этот вопрос уместен в случае физических лиц, партнерских ассоциаций и предприятий с неограниченной ответственностью, когда личная ответственность по непогашенным требованиям может сохраняться. В докладе МВФ (стр. 24) определяются два подхода к этому вопросу. В рамках первого подхода подчеркивается значимость отношений между должником и кредитором и предусматривается сохранение ответственности должника после ликвидации, что служит укреплению дисциплины в финансовом поведении должника и поощряет кредиторов к предоставлению финансирования. Должник будет по-прежнему нести ответственность по непогашенным требованиям с учетом устанавливаемых законом ограничений. Второй подход, исходящий из преимуществ "нового начала", позволяет честному должнику, не замешанному в мошенничестве, получить полное освобождение от обязательств сразу же после ликвидации.

201. В докладе МВФ (стр. 24) содержится следующая рекомендация:

"Освобождение должников-физических лиц от обязательств после ликвидации их предприятия может представлять собой надлежащее средство, с помощью которого они смогут вновь начать операции. Однако такой возможности не следует предоставлять лицам, которые были замешаны в мошенничестве или которые не раскрыли существенную информацию в ходе производства".

5. Иностранные кредиторы

301. В докладе МВФ подчеркивается необходимость того, чтобы режимы несостоятельности предусматривали такой же порядок для иностранных кредиторов, что и для кредиторов внутренних. Кроме того, и в докладе АБР (2.51, стр. 32) и в докладе МВФ (стр. 86) подчеркивается необходимость того, чтобы в законодательстве различных стран о несостоятельности были приняты общие рамки для сотрудничества в делах о несостоятельности, подпадающих под действие нескольких юрисдикций, и приводится пример Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

D. Реабилитация

1. Основные черты

401. В докладе АБР (2.2(b), стр. 21) указывается, что, несмотря на тот факт, что процедуры реабилитации не являются столь же универсальными, как и ликвидационное производство, и не могут, таким образом, обладать такой же общей структурой, можно установить ряд ключевых или основных элементов:

- a) добровольное ходатайство предприятия о соответствующих процедурах, которые могут предусматривать - или не предусматривать - судебное производство или судебный контроль или надзор;
- b) автоматический и императивный мораторий на действия или процедуры в отношении имущества предприятия, затрагивающий всех кредиторов и устанавливаемый на ограниченный срок, или приостановление таких действий и процедур;
- c) продолжение деловых операций предприятия под управлением либо существующего руководства, либо независимого управляющего, либо при сочетании этих двух подходов;
- d) подготовка плана, содержащего предложения относительно подхода к кредиторам, акционерам и самому предприятию;
- e) рассмотрение согласия кредиторов на этот план и проведение соответствующего голосования;
- f) возможная судебная санкция на осуществление согласованного плана; и
- g) выполнение плана.

Эти вопросы рассматриваются в нижеследующих разделах.

2. Требования в связи с возбуждением производства

501. Одна из целей режима реабилитации состоит в создании такой процедуры, которая будет поощрять должников к принятию действий по своевременному решению своих финансовых трудностей. Соответственно, такие же критерии для возбуждения процедур, что и в случае ликвидации (общее прекращение платежей) применяться не должны, по крайней мере в случае процедур, возбуждаемых по ходатайству должника. Законодательство некоторых стран не предусматривает применения какого-либо материального критерия для возбуждения производства, в то время как в других законах используется такой критерий, как перспективная неликвидность. В докладах как АБР (2.5, стр. 51), так и МВФ (стр. 54) отмечается, однако, возможная необходимость в установлении гарантий для обеспечения того, чтобы реабилитационные процедуры не стали предметом злоупотребления либо в качестве защитной тактики или тактики затяжек со стороны предприятия, у которого не имеется реальных перспектив реорганизации, либо в качестве предоставления должнику, не испытывающему финансовых трудностей, возможности предложить план реабилитации, который будет связан с ликвидацией обременительных обязательств, например перед работниками.

601. Поскольку вероятность того, что кредитор будет в состоянии узнать о грозящей неликвидности должника мала, общее прекращение платежей является разумным критерием для применения в связи с процедурами реабилитации, возбуждаемыми по инициативе кредитора.

701. По вопросу об открытии производства в докладе МВФ (стр. 64) сделан следующий вывод:

"Законодательство должно допускать возможность возбуждения процедур реабилитации по инициативе должника или по инициативе кредитора. В качестве средства поощрения должника к заблаговременному возбуждению процедур реабилитации, что увеличивает шансы на проведение успешной реорганизации, критерии для открытия производства не должны требовать того, чтобы было продемонстрировано общее прекращение платежей. В то же время доказательство такого прекращения должно, как правило, требоваться в случае ходатайства, заявляемого кредитором. Законодательство должно также предусматривать возможность открытия процедур реабилитации посредством соответствующего преобразования ликвидационного производства".

801. Как это уже отмечалось выше (пункт 501), может существовать необходимость в защитительных положениях, направленных на недопущение злоупотребления реабилитационными процедурами со стороны должника. В докладе АБР (2.5, стр. 51) высказывается предположение о том, что этот вопрос может быть урегулирован с помощью требования о проведении заблаговременной оценки существования каких-либо реальных перспектив реабилитации. Если такая оценка является для должника неудовлетворительной, соответствующие процедуры могут быть автоматически преобразованы в ликвидационное производство. Полномочия на вынесение рекомендаций или ходатайства о таком преобразовании могут быть возложены на управляющего (не имеющего отношения к руководству предприятием, т.е. на сторону, которая, по всей вероятности, будет лучше всего знакома с коммерческими операциями должника) или на комитет кредиторов, или же такие полномочия могут быть предоставлены суду. Необходимости прибегать к судебному контролю можно избежать, если будут установлены конкретные сроки или если полномочия кредиторов будут расширены.

901. В докладе АБР (2.5, стр. 51; 2.21, стр. 12) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"Режим несостоятельности должен предусматривать в качестве части процесса санации проведение независимого расследования и подготовку заключения о состоянии дел и финансовом положении компании. Следует также предусмотреть независимую оценку любых предложений о санации соответствующей компании. Если и эта или любая последующая оценка является неудовлетворительной для компании, то соответствующие процедуры должны автоматически преобразовываться в ликвидационное производство".

011. В докладе МВФ (стр. 05) содержится следующий вывод:

"В качестве средства предупреждения злоупотребления реабилитационными процедурами со стороны должника чрезвычайно важную роль играют положения, позволяющие преобразовывать реабилитационные процедуры в ликвидационное производство. Такие положения должны предусматривать механизм, позволяющий суду незамедлительно преобразовывать такие процедуры по своей собственной инициативе или по рекомендации управляющего или кредиторов, когда становится ясно, что реорганизация практически невозможна или когда имеются доказательства недобросовестных действий должника. В целях укрепления такого механизма преобразования странам следует также рассмотреть вопрос о том, чтобы оговорить в законодательстве порядок, при котором реабилитационные процедуры ни при каких обстоятельствах не могут проводиться в превышение конкретно указанного срока. Такой предельный срок может иметь особое значение в странах, судебная система которых обладает ограниченными возможностями".

3. Последствия открытия производства

111. Хотя в связи с возбуждением реабилитационных процедур возникают такие же вопросы, что и в случае ликвидации, в том, что касается моратория на способность кредиторов в принудительном порядке воспользоваться теми средствами правовой защиты, которые они имеют в отношении должника, а также в том, что касается контроля должника над активами предприятия, в случае реабилитационных процедур применяются другие подходы.

а) Мораторий

211. Причина ограничения способности кредиторов в принудительном порядке использовать средства своей защиты в рамках ликвидационного производства состоит в том, что это позволяет избежать преждевременного расчленения предприятия-должника и дает ликвидатору возможность максимально повысить стоимость конкурсной массы. В случае реабилитации это является еще более важным, поскольку необходимо обеспечить сохранение предприятия-должника для проведения возможной реорганизации и предусмотреть стимулы, поощряющие должников к принятию как можно более заблаговременных мер по реабилитации. Как и при ликвидационном производстве, встает вопрос о том, должен ли мораторий распространяться также и на обеспеченных кредиторов, и - в случае положительного ответа на этот вопрос - о сроке этого моратория. Как и в случае ликвидации, когда мораторий распространяется на обеспеченных кредиторов, могут потребоваться меры для обеспечения сохранения и защиты обеспечения, такие как разрешение кредитору ходатайствовать об освобождении от моратория или установление предельных сроков на продолжительность реабилитационных процедур.

б) Контроль над предприятием должника

311. При ликвидационном производстве должник, как правило, лишается контроля над предприятием и активы передаются в распоряжение ликвидатора, однако в случае реабилитационных процедур по вопросу о том, в какой мере такой порядок является необходимым, согласие отсутствует. Как это указывается в докладе МВФ (стр. 74), "если реабилитационные процедуры будут полностью отражать ликвидационное производство в том, что касается степени контроля над предприятием, предоставляемой должнику, то такой подход, несомненно, подорвет любые стимулы, которые имеются у должника применительно к добровольному обращению к реорганизационным процедурам". Та степень, в которой должнику допускается сохранить контроль, должна оцениваться с точки зрения долгосрочных выгод для предприятия (поскольку должник является стороной, которая, по всей вероятности, наилучшим образом знакома с деловыми операциями) и любых негативных последствий, таких как доверие со стороны кредиторов. Один из подходов состоит в том, чтобы позволить должнику сохранить полный контроль над предприятием без назначения независимого управляющего. Как это отмечалось выше в связи с возбуждением реабилитационных процедур (пункт 501), может, однако, возникнуть необходимость в гарантиях для обеспечения того, что должник не прибегнет к реабилитации просто с целью оттянуть неизбежное и создать возможность для распыления активов предприятия, что снизит шансы успешной реорганизации и нанесет ущерб интересам - и доверию - кредиторов.

411. Иногда решение этого вопроса может зависеть от того, является ли реабилитация добровольной или принудительной. Один из подходов состоит в заключении договоренности о распределении полномочий между должником и управляющим, в силу которой последний будет осуществлять надзор за деятельностью должника и утверждать важные сделки. С тем чтобы обеспечить возможность для независимых сторон оценить ограничения, налагаемые на должника, а также их уверенность в порядке функционирования реорганизационных процедур, распределение полномочий между должником и управляющим будет, возможно, необходимо четко оговорить и не устанавливать широкую свободу усмотрения управляющего по этим вопросам.

511. В докладе АБР (2.7, стр. 71) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"В случае попытки реально спасти предприятие [...] можно предложить сохранить действующее руководство, но, однако, возложить общие надзорные полномочия и полномочия на принятие окончательных решений на независимого управляющего. Во-вторых, мораторий на возбуждение исков и процессуальных действий в отношении имущества компании-должника или приостановление таких исков и действий должны применяться в отношении всех кредиторов (будь то обеспеченных или нет) в течение разумного срока при условии, однако, что затронутым кредиторам будет предоставлено право ходатайствовать об освобождении от моратория".

611. В докладе МВФ (стр. 84-94) содержится следующий вывод:

"Важно, чтобы реабилитационные процедуры предусматривали мораторий на способность кредиторов в принудительном порядке использовать средства правовой защиты в отношении активов должника после

возбуждения реабилитационных процедур. Объем моратория должен быть, по меньшей мере, настолько же всеобъемлющим, как и тот, который обуславливается минимальным требованием, изложенным в положении о ликвидационном производстве [...]. [...] мораторий должен также распространяться на обеспеченных кредиторов.

[...] мораторий на способность обеспеченных кредиторов реализовать свои права на обеспечение в течение всего срока производства имеет жизненно важное значение. Однако это не снижает необходимости в предоставлении таким кредиторам надлежащей защиты (включая освобождение от моратория, когда такая защита не может быть предоставлена), и в этом контексте это является еще одной причиной для установления предельных сроков на продолжительность процедур.

Общее устранение должника от руководства предприятием лишит должников стимула самим заблаговременно обращаться к реабилитационным процедурам и может подорвать шансы на успешное проведение реорганизации. С другой стороны, порядок, при котором должнику разрешается сохранить полный контроль над предприятием, создает целый ряд рисков, включая риск того, что активы должника будут распылены в ущерб кредиторам. По вышеизложенным причинам было бы предпочтительно предусмотреть в законодательстве такой механизм, при котором должник будет по-прежнему руководить предприятием на повседневной основе, однако под пристальным надзором независимого управляющего, назначенного судом. Суд, однако, должен обладать правом полностью лишить должника руководства предприятием в обстоятельствах, когда имеются доказательства грубых нарушений в руководстве или недобросовестного присвоения активов".

4. Процедуры

а) Подготовка и содержание плана реабилитации

711. В некоторых правовых системах подготовку плана реабилитации предприятия-должника осуществляет действующее руководство должника, а в других такой план готовится независимым управляющим в сотрудничестве с действующим руководством или собственниками.

811. Предоставление должнику права на подготовку такого плана исходит из цели содействия использованию реабилитационных процедур должниками, испытывающими финансовые трудности, и, как это отмечается в докладе МВФ (стр. 15), из цели воспользоваться знаниями должника относительно деловых операций и тех шагов, которые могут потребоваться для обеспечения жизнеспособности предприятия, что увеличивает шансы успешного проведения реорганизации. В то же время для обеспечения того, чтобы подготовленный должником план был приемлемым для кредиторов, может потребоваться предусмотреть определенную степень надзора над подготовкой плана со стороны управляющего или проведение им оценки такого плана. Один из подходов, направленных на максимальное использование преимуществ участия должника в подготовке плана, мог бы состоять в том, чтобы предусмотреть первоначальный срок, в течение которого должник будет обладать исключительным правом внести предложение о таком плане. Если должник не делает этого, то такое право может быть предоставлено либо кредиторам, либо управляющему (или им вместе). В то же время следует избегать создания таких ситуаций, когда различные стороны могут предложить несколько планов, поскольку это может излишне усложнить процедуры и создаст потенциальные задержки в процессе переговоров. Порядок регламентации этого варианта может зависеть от вопроса о том, будет ли требоваться утверждение плана кредиторами и может ли такое решение об утверждении или неутверждении быть отменено судом.

911. Возможность высказать свои мнения относительно плана может быть также предоставлена третьим сторонам, таким как правительственные учреждения и профсоюзы.

021. В докладе МВФ (стр. 05) содержится следующий вывод:

"В качестве средства поощрения должников к использованию реабилитационных процедур в законодательстве следует, как правило, предоставить должнику возможность подготовить план. Резервировать эту возможность исключительно за должником не следует. Управляющему и/или кредиторам следует также предоставить возможность подготовить план, возможно, после истечения первоначального "зарезервированного" срока. Для целей повышения действенности и эффективности процесса переговоров было бы предпочтительно ограничить в законодательстве право различных сторон предлагать одновременно свои соответствующие планы".

121. В связи с рассмотрением вопроса о содержании плана в докладе МВФ (стр. 25) указывается, что "практически во всех странах действует законодательство, требующее в той или иной мере, чтобы в реабилитационном плане достаточным и ясным образом раскрывалась информация для всех сторон относительно как финансового состояния компании, так и преобразования юридических прав предлагаемого автором плана". Вопрос о содержании плана - помимо закрепления

общего принципа - тесно связан с процессом утверждения и последствий утверждения, а также имеет отношение к действию других законодательных актов. В той мере, например, в которой законодательство об акционерных обществах запрещает определенные операции, такие как преобразование задолженности в акционерный капитал, план реабилитации, включающий подобные операции, не может быть утвержден, если только соответствующий запрет не снят. Еще более значительные проблемы может вызывать применение других законодательных норм, например, норм, связанных с иностранными инвестициями. В докладе МВФ (стр. 35) приводится пример ограничений на прямые иностранные инвестиции, которые могут повлиять на шансы успешной реорганизации в тех случаях, когда некоторые кредиторы не являются резидентами. Аналогично, финансовые трудности должника могут дать иностранным инвесторам возможность приобрести контрольный пакет, что в ряде обстоятельств по политическим соображениям может являться нежелательным. Такие же соображения возникают в случаях, когда к процедурам реабилитации могут быть применимы трудовое законодательство или нормы о частичном отходе от обязательств перед рабочей силой.

221. В докладе МВФ (стр. 35) содержится следующий вывод:

"Что касается допустимого содержания плана, то законодательство о несостоятельности должно, как правило, устанавливать только ограничения, необходимые для защиты кредиторов, которые могут быть связаны условиями плана, нарушающими их права без их согласия".

b) Утверждение плана

321. В докладе АБР (2.11, стр. 02) отмечается, что, хотя режим несостоятельности представляет собой коллективное производство, в его рамках не может предоставляться равноправие различным конкурирующим интересам и его применение не может также зависеть от необходимости единогласия различных заинтересованных групп. Соответственно, порядок, в котором в рамках режима несостоятельности регулируется вопрос об утверждении и последствиях реабилитационного плана, потребует сбалансированности между той степенью, в которой соответствующие процедуры связаны с нарушением прав кредиторов без их согласия, и теми средствами, с помощью которых может быть обеспечена реализация плана, несмотря на возражения меньшинства кредиторов.

421. В той мере, в которой законодательство предусматривает защиту обеспеченных кредиторов и обеспечивает, чтобы утвержденный план не наносил ущерба осуществлению их прав, необходимости в проведении голосования обеспеченных кредиторов по плану может не возникнуть. Такой подход, однако, может сократить шансы на успех проведения реорганизационных процедур, особенно в тех случаях, когда активы, предоставленные в качестве обеспечения, могут играть центральную роль для успеха плана. Как это указывается в докладе МВФ (стр. 35-45), если только обеспеченный кредитор не связан условиями плана или если план не предусматривает полного удовлетворения требования обеспеченного кредитора, то осуществление прав этого кредитора может привести к невозможности осуществления плана.

521. Одно из решений этой проблемы состоит в том, чтобы позволить обеспеченным кредиторам и кредиторам, обладающим преимущественными правами, провести раздельное голосование по плану, если этот план в ином случае может неблагоприятно сказаться на стоимости их требований и серьезно подорвать их право на принудительное взыскание обеспечения. Когда большинство в каждой из этих категорий проголосует в поддержку плана, то его условиями могут быть связаны все обеспеченные кредиторы и кредиторы, обладающие преимущественными правами. Мера, которая может быть применена для защиты несогласных с планом обеспеченных кредиторов или кредиторов, обладающих преимущественными правами, состоит в том, чтобы предусмотреть получение такими кредиторами по меньшей мере таких же сумм, как и те, которые были бы получены в результате ликвидации. Для некоторых обеспеченных кредиторов и кредиторов, обладающих преимущественными правами, включая работников должника, поддержка плана может означать оценку краткосрочного сокращения стоимости их требований с точки зрения будущего предприятия и его долгосрочных перспектив.

621. Для решения вопросов о голосовании обычных необеспеченных кредиторов может быть использовано несколько механизмов. Первый шаг состоит в определении минимального уровня поддержки обычных необеспеченных кредиторов, который будет требоваться для связывания этой категории кредиторов, а также средств, с помощью которых может быть достигнут этот пороговый уровень. Независимо от того, какой уровень "большинства" требуется для поддержки плана, средства для определения большинства могут включать указания на то, должны ли фактически поданные голоса (в отличие от потенциального количества кредиторов, имеющих право на участие в голосовании) соответствовать показателю более чем в 05 процентов от стоимости долга, большинству от общего числа кредиторов или сочетанию этих двух показателей. Хотя объединение требований может затруднить определение поддержки, необходимой для утверждения, могут существовать обстоятельства, когда использование этой системы обеспечит справедливый и равный результат в отношениях между кредиторами. В докладе МВФ (стр. 45) приведен один пример, когда более половины стоимости долга приходится на одного кредитора; комбинированное правило позволит предотвратить такую ситуацию, при которой этот кредитор навязывает свою поддержку плана всем другим кредиторам.

721. В некоторых правовых системах обычные необеспеченные кредиторы подразделяются на категории. Такое подразделение может быть оправданным на том основании, что необеспеченные кредиторы могут обладать различными экономическими интересами и различными целями с точки зрения их ожиданий от реабилитационного плана. Некоторые кредиторы могут быть более заинтересованы в долгосрочных перспективах предприятия и проявить готовность на сохранение связей, в то время как другие кредиторы будут более заинтересованы в непосредственном получении платежей наличными и никаких дальнейших операций с этим предприятием осуществлять не будут. Еще одно обоснование для создания категорий связано с утверждением плана и тех средств, с помощью которых поддержка, выраженная одной категорией, может быть использована для навязывания плана другим категориям.

821. В тех случаях, когда утверждение плана должно быть проведено голосованием различных категорий кредиторов, могут потребоваться нормы, позволяющие навязать план тому меньшинству кредиторов, которые возражают против него (положение о "принудительном согласии"), но в то же время обеспечивают защиту интересов этих кредиторов и уважение преимущественных интересов. В различных законах, защищающих права этих кредиторов, которым навязывается план, также предусматривается применение нормы, предусматривающей, что категория несогласных кредиторов не может быть принуждена к согласию на меньшую сумму, чем полная стоимость их требований, если кредиторы меньшей очереди получают какие-либо средства ("правило абсолютного приоритета"). В докладе МВФ (стр. 65) указывается, что создание категорий кредиторов и применение подобных норм усложняют законодательство и его применение судом и управляющим. Это усложнение может быть оправдано в тех случаях, когда институциональные структуры достаточно развиты для решения возникающих вопросов, поскольку такой порядок может повысить шансы успешного проведения реорганизационных процедур. В других случаях, поскольку разработка сложной системы категорий и голосования кредиторов требует осуществления дискреционных прав при принятии решений о механизмах классификации и голосовании, бремя, накладываемое на институциональные структуры, может на практике подорвать процесс реабилитации.

921. В тех случаях, когда план может затрагивать корпоративную форму, структуру капитала или состав предприятия-должника, законодательство некоторых стран предусматривает необходимость согласия акционеров. Если план предлагается руководством предприятия, согласие акционеров может быть уже дано заранее, особенно если этого требуют правила или законы, регулирующие деятельность предприятия. В докладе МВФ (стр. 65) высказывается мнение о том, что это особенно верно для тех случаев, когда план предусматривает перевод задолженности в капитал либо путем передачи имеющихся акций, либо посредством выпуска новых.

031. В докладе АБР (2.11, стр. 12) обращается внимание на необходимость обеспечения того, чтобы при любой системе голосования манипуляции с полномочиями на голосование не допускалось и чтобы полномочия на голосование лиц, связанных с компанией ("внутренний круг"), не вступали в коллизию и не наносили ущерба интересам действительных кредитов.

131. Суды могут обладать рядом полномочий в отношении утверждения и осуществления плана. Во многих странах судам предоставлено право в принудительном порядке обеспечивать его осуществление в отношении кредиторов, которые могли не дать своего согласия в процессе утверждения; суды могут также обладать полномочиями отвергнуть план, невзирая на то, что он был утвержден требуемым большинством кредиторов, на том основании, что он недостаточно защищает интересы кредиторов, не согласных с ним, или что имеются доказательства мошенничества в процессе утверждения, или что реализация плана не является возможной. В докладе МВФ (стр. 65) отмечается, что реализация плана может быть невозможной, поскольку, например, он не создает обязательств для обеспеченных кредиторов и не предусматривает полного удовлетворения обеспеченных требований таких кредиторов. В этом случае осуществление такими обеспеченными кредиторами их прав сделает выполнение плана невозможным.

231. В докладе МВФ (стр. 75) содержится следующий вывод:

- "а) Важно, чтобы в законодательстве предусматривались средства, с помощью которых план может быть навязан меньшинству не согласных с ним кредиторов, а также одновременно предусматривался механизм, служащий для защиты интересов таких кредиторов в той мере, в которой их интересам наносится ущерб. Как минимум, не согласный кредитор не должен быть связан планом, если он не предусматривает получение им по меньшей мере такой же стоимости, какую он бы получил в случае ликвидации.
- б) В качестве средства повышения шансов успешного проведения реабилитационных процедур может быть рассмотрен вопрос о предоставлении обеспеченным кредиторам и кредиторам, обладающим преимущественными правами, права провести голосование по плану - но только в качестве отдельных категорий - и о предоставлении суду полномочий подразделить необеспеченных кредиторов, обладающих различными экономическими интересами, на различные категории. Кроме того, может быть также рассмотрен вопрос о предоставлении суду полномочий использовать поддержку одной категории для

признания плана обязательным для других категорий. Если используется такой подход, то для обеспечения справедливого режима для несогласных категорий кредиторов с точки зрения порядка очередности, применимого при ликвидационном производстве, должны применяться такие нормы, как правило абсолютного приоритета. Применение подобного подхода обычно потребует осуществления дискреционных прав со стороны институциональной инфраструктуры. Соответственно, в обстоятельствах, когда возможности институциональной инфраструктуры ограничены, создание категорий и установления полномочий по принудительному навязыванию плана могут подорвать доверие к законодательству, и в силу этого вопрос о включении подобных положений требует тщательного изучения.

- c) Если требуется большинство кредиторов утвердило план и он также поддержан управляющим, то рекомендуется, чтобы законодательство наделяло только суды полномочиями на отклонение плана при ограниченных обстоятельствах, таких как случаи, когда отношение к кредиторам, не согласным с планом, является несправедливым или когда имеются доказательства мошенничества в процессе голосования".

331. В докладе АБР (2.11, стр. 12) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"В законодательстве о несостоятельности следует должным образом предусмотреть участие кредиторов в процедурах ликвидации или санации предприятия. В частности:

- a) в законодательстве о несостоятельности должны быть четко определены права кредиторов на голосование и описываться минимальные требования к утверждению плана санации предприятия;
- b) должны быть предусмотрены положения о голосовании категорий кредиторов, в особенности обеспеченных кредиторов, если предложение о санации предприятия предусматривает наложение обязательств на такие категории;
- c) в законодательстве следует также предусмотреть защиту от манипуляций системой голосования и, в частности, следует обеспечить, чтобы суд или другой разбирающий дело орган был уполномочен отменять результаты голосования, когда они были получены за счет использования голосов представителей "внутреннего круга" или лиц, связанных с компанией, ее акционерами или директорами;
- d) последствия голосования требуемым большинством какой-либо категории должны иметь обязательную силу для всех кредиторов этой категории".

c) Полномочия на расторжение

431. Вопросы, связанные с преимуществами и недостатками полномочий на расторжение, о которых говорилось в связи с ликвидационным производством (пункты 07-08 выше), в равной мере применимы и к реорганизационным процедурам. Один из вопросов, который не возникает применительно к ликвидации, связан с расторжением сделок, заключенных до возбуждения процедур, в случаях, когда должник сохраняет контроль над предприятием во время реорганизации. В подобной ситуации должник может с неготовностью идти на расторжение сделки по ряду причин, особенно в тех случаях, когда имеет место кредитование в отношениях между связанными между собой предприятиями, или же применительно к должнику может существовать коллизия интересов. В этой ситуации кредиторам, возможно, требуются полномочия на обращение с ходатайством о расторжении сделки. В докладе МВФ приводится довод о том, что это является одной из причин необходимости назначения управляющего, особенно в тех случаях, когда существует опасность возникновения подобного положения.

531. В докладе МВФ (стр. 95) содержится следующий вывод:

"Наличие положений о расторжении является важнейшим компонентом реабилитационных процедур. Применение таких процедур может быть более эффективным в тех обстоятельствах, когда назначается независимый управляющий".

631. Предложение, содержащееся в докладе АБР, изложено в пункте 97 выше.

d) Режим в отношении контрактов

731. Вопросы, связанные с режимом в отношении контрактов, которые возникают в контексте ликвидации, особенно в тех случаях, когда предприятие продается в качестве функционирующей хозяйственной единицы, могут также возникнуть

и при реабилитации. В докладе МВФ (стр. 95) указывается на особые трудности в случаях, когда законодательство о несостоятельности не предусматривает признания недействительности оговорок о прекращении контрактов в случае возбуждения реабилитационных процедур. Это особенно важно для ситуации, когда соответствующий контракт имеет жизненно важное значение для реорганизации предприятия, например когда речь идет об арендном соглашении.

831. В докладе МВФ (стр. 95) содержится следующий вывод:

"Принципиальное решение относительно объема полномочий на вмешательство в условия контрактов приобретает особое значение в контексте реабилитационных процедур. Широкие полномочия на продолжение исполнения или прекращение контрактов существенно повысят возможность реорганизации, однако в некоторых странах может возникать обеспокоенность в связи с тем, что агрессивное применение таких полномочий может подорвать предсказуемость. Как и в случае ликвидации, если управляющему предоставлены полномочия на признание недействительными положений о прекращении и/или если законодательство не предусматривает зачета самостоятельных денежных требований, то важно предусмотреть исключения из этих правил, с тем чтобы позволить проводить взаимный зачет по финансовым договорам".

е) Финансирование после возбуждения процедур

931. Хотя вопрос об обеспечении текущего финансирования может возникнуть в рамках ликвидации, когда должно проводиться управление предприятием в течение непродолжительного срока до его продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы, этот вопрос приобретает важнейшее значение в тех случаях, когда имеются реальные перспективы реабилитации предприятия. В режимах несостоятельности эта потребность удовлетворяется путем предоставления управляющему права на получение финансирования будь то на обеспеченной или на необеспеченной основе, причем в ряде случаев это право предоставляется при условии согласия кредиторов или судов. В тех случаях, когда создание обеспечения в необремененном имуществе или обеспечительного интереса второй очереди в обремененном имуществе недостаточно для получения необходимых кредитов, законодательство о несостоятельности некоторых стран позволяет управляющему предоставить "суперприоритет" (приоритет по отношению ко всем кредиторам) или "административный суперприоритет" (приоритет по отношению к другим административным кредиторам).

041. В докладе АБР (2.7, стр. 71) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"[...] законодательство должно как допускать, так и предусматривать "суперприоритет" (первоочередность по отношению ко всем кредиторам) для обеспечения финансирования насущных повседневных и срочных коммерческих потребностей компании-должника".

141. В докладе МВФ (стр. 06) содержится следующий вывод:

"С учетом значения нового финансирования для предприятия в процессе реабилитации важно, чтобы законодательство предоставляло управляющему надлежащие полномочия для получения такого финансирования. Такие полномочия будут, как правило, включать право предоставить кредитору, выдавшему ссудные средства после подачи ходатайства о возбуждении производства, административный приоритет или обеспечительный интерес в необремененных активах. Если это необходимо, может быть также рассмотрен вопрос о предоставлении кредитору приоритета по отношению к другим административным кредиторам. В отличие от этого допускать предоставление приоритета по отношению к обеспеченным кредиторам не рекомендуется, поскольку такой подход связан с опасностью нанесения огромного ущерба значимости обеспечения".

ф) Заранее согласованная и заранее оговоренная реабилитация

241. Эти методы позволяют проводить переговоры и голосование по плану до возбуждения реабилитационных процедур, причем судебное утверждение запрашивается сразу же после возбуждения. В качестве альтернативного варианта переговоры по плану могут проходить до возбуждения процедур, а официальное голосование - после. В докладе МВФ (стр. 16) отмечается ряд преимуществ таких процедур. Они сочетают преимущества и выгоды неофициального процесса с возможностью навязать план несогласным с ним кредиторам, что представляет собой важное преимущество официальных процедур реорганизации. Такой подход дает должнику уверенность в отношении контроля над предприятием, а также сводит к минимуму помехи для деловых операций. В тех случаях, когда возможности институциональной инфраструктуры ограничены, сокращение продолжительности официальной части процедур также сыграет полезную роль. Здесь, однако, следует отметить один момент, заключающийся в том, что должник не будет пользоваться защитой от действий кредиторов в ходе переговоров с этими кредиторами.

341. В докладе МВФ (стр. 16) содержится следующий вывод:

"В качестве одного из средств повышения эффективности реабилитационных процедур законодательство должно предусматривать утверждение судом реабилитационных планов, которые уже были одобрены в ходе голосования (или, по меньшей мере, были согласованы) до возбуждения реабилитационных процедур".

Е. Участие кредиторов

441. И в докладе АБР (2.11, стр. 02-12), и в докладе МВФ (стр. 26) подчеркивается важность активного участия кредиторов в процессе принятия решений в ряде ключевых областей урегулирования дел о несостоятельности. Хотя их участие в ликвидационном производстве будет в целом более ограниченным, чем в случае реорганизации, при ликвидационном производстве кредиторы могут тем не менее обладать правами на смещение ликвидатора, утверждение временного продолжения деловых операций ликвидатором и утверждение частной продажи активов конкурсной массы. Такое участие предполагает, что кредиторов необходимо на постоянной основе информировать о ходе ликвидации.

541. Что касается реабилитационных процедур, то кредиторы будут, как правило, обладать полномочиями смещать управляющего, предлагать и утверждать план реабилитации и ходатайствовать перед судом или рекомендовать суду принять определенные меры, такие как преобразование реорганизационных процедур в ликвидационное производство. В целях содействия участию кредиторов в производстве может быть создан комитет кредиторов, представляющий интересы различных категорий кредиторов и действующий от их имени. Хотя такой комитет будет выполнять лишь консультативные функции, он может облегчить процесс принятия решений путем вынесения рекомендаций по ключевым вопросам для принятия решений как судом, так и кредиторами. Он может представлять собой форум, на котором могут быть урегулированы разногласия между кредиторами, и послужить средством предоставления им информации.

641. В докладе АБР (стр. 12) в предварительном порядке высказывается предположение о том, что в законодательство о несостоятельности должно быть включено надлежащее положение об участии кредиторов в ликвидационном производстве или процедурах санации предприятия.

741. В докладе МВФ (стр. 36) содержится следующий вывод:

"Законодательство должно предоставлять кредиторам возможность играть активную роль в производстве по делу о несостоятельности. С этой целью оно должно разрешать создание комитета кредиторов, затраты на функционирование которого должны рассматриваться в качестве административных расходов".

Ф. Ликвидаторы и управляющие

841. В докладе МВФ (стр. 36-56) определяется ряд вопросов, которые связаны с квалификацией, назначением, снятием, вознаграждением и ответственностью ликвидаторов и управляющих и которые потребуются рассмотреть в законодательстве о несостоятельности. В качестве должностных лиц, назначенных в судебном порядке, и ликвидатор, и управляющий обязаны обеспечивать, чтобы законодательство применялось эффективно и беспристрастно, и они должны взаимодействовать с судами по ряду вопросов, которые, по всей вероятности, возникнут в ходе производства.

941. Учитывая потенциальную сложность как ликвидационного производства, так и реорганизационных процедур, лица, назначаемые на эти должности, должны обладать надлежащим опытом в коммерческих и финансовых вопросах, а также знанием вопросов права. В той мере, в которой для содействия любому из этих производств потребуются специализированные консультации, они могут быть получены путем привлечения специалистов. Необходимо рассмотреть вопрос о порядке назначения должностных лиц - например, из списка специалистов, отвечающих предъявляемым требованиям, - а также вопрос о том, следует ли осуществлять назначение в судебном порядке.

051. Что касается вопроса о смещении, то любое из этих должностных лиц может быть смещено на основе решения, принятого большинством необеспеченных кредиторов или судом либо по его собственной инициативе, либо по ходатайству любой заинтересованной стороны. В случае смещения кредиторами необходимо, по всей вероятности, рассмотреть вопрос о том, будут ли требоваться какие-либо основания для принятия решения о смещении и, если никаких оснований требоваться не будет, следует ли установить какие-либо предельные сроки для смещения без обоснования.

151. Независимо от основы, выбранной для выплаты вознаграждения ликвидаторам и управляющим, споры с кредиторами можно будет предотвратить, если будет принят прозрачный метод, который будет разъяснен всем кредиторам в начале производства и который позволит избежать применение судами своих исключительных дискреционных полномочий.

251. Ответственность ликвидатора или администратора представляет собой еще один вопрос, который требует рассмотрения. В тех случаях, когда они назначаются судами, на этих должностных лицах будет лежать обязанность - перед всеми заинтересованными сторонами - проявлять осмотрительность и они будут нести ответственность за нарушение этой обязанности. При принятии решения о том, какой стандарт осмотрительности следует применить к ликвидаторам и управляющим, необходимо учитывать потенциальную сложность возлагаемых на них обязанностей, необходимость в привлечении профессионалов, обладающих достаточной квалификацией, и средства возможного снижения такой ответственности, например, путем обращения за одобрением кредиторов до принятия каких-либо ключевых решений.

351. В докладе МВФ (стр. 56) содержатся следующие выводы по этим вопросам:

- "a) С учетом центральной роли, которую ликвидатор и управляющий играют в производстве по делам о несостоятельности, важно, чтобы они обладали надлежащими юридическими знаниями и достаточным опытом в коммерческих и финансовых вопросах. Для обеспечения того, чтобы эти должностные лица обладали надлежащей добросовестностью и опытом, страны, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о создании в той или иной форме саморегулирующейся системы лицензирования.
- b) Суд должен обладать правом назначать ликвидатора или управляющего. В законодательстве должны быть установлены условия, при которых эти должностные лица могут быть смещены либо судом, либо большинством необеспеченных кредиторов.
- c) Хотя для определения порядка выплаты вознаграждения ликвидатору или управляющему могут быть использованы самые разнообразные методы, важно, чтобы избранный метод был прозрачным и чтобы решение об использовании того или иного конкретного метода было доведено до сведения кредиторов уже в начале производства.
- d) В качестве должностных лиц, назначаемых в судебном порядке, ликвидаторы и управляющие обязаны обеспечивать эффективное и беспристрастное применение законодательства. Соответственно, на них лежит обязанность проявлять осмотрительность по отношению ко всем заинтересованным сторонам и они должны нести личную ответственность перед всеми этими сторонами за нарушение такой обязанности. Как общее правило, обязанность проявлять осмотрительность должна считаться нарушенной только в случаях небрежности".

G. Суд

451. Вопросы управления ликвидационным производством и реорганизационными процедурами, связанные с надзорной ролью суда, рассматриваются как в докладе АБР (2.8, стр. 81), так в докладе МВФ (стр. 66). В докладе АБР (2.8, стр. 81) отмечается, что законодательство о несостоятельности требует надлежащего управления и эффективного функционирования надзора в связи как с возбуждением производства, так и его упорядоченным проведением. В нем высказывается мнение, что, "как это показывает опыт большинства правовых систем, для принятия первоначальных решений по делам о несостоятельности, а затем для выполнения общих надзорных функций в целях обеспечения надлежащего порядка управления и недопущения злоупотребления системой часто требуются специальные суды и другие административные органы (или, несомненно, судьи или должностные лица, обладающие необходимым опытом)". В докладе МВФ (стр. 66) также отмечается, что законодательство о несостоятельности будет эффективным только в том случае, если судебная система обладает достаточными возможностями для его применения, и подчеркивается важность взаимосвязи между возможностями судебной системы и структурой и содержанием законодательства о несостоятельности.

551. В докладе АБР (2.8, стр. 81) в предварительном порядке высказывается следующее предположение:

"Законодательство о несостоятельности должно предусматривать непродолжительные и жесткие сроки для первоначального рассмотрения дел о несостоятельности компаний. Суд или другой орган системы по рассмотрению соответствующих дел должен обладать надлежащими ресурсами, позволяющими ему обеспечить проведение производства.

В более долгосрочном плане управление неплатежеспособной компанией, ликвидация которой проводится, может осуществляться через специализированное правительственное агентство, однако должно существовать положение, позволяющее в более сложных и запутанных делах о ликвидации возлагать управление на внешнего независимого конкурсного управляющего-специалиста. Правительственное агентство должно обладать надлежащими ресурсами, позволяющими ему эффективно выполнять его функции.

В случаях санации управление должно осуществляться независимым управляющим-специалистом.

Все дела о ликвидации или санации должны подлежать надзору со стороны соответствующего суда или органа, ответственного за рассмотрение этих дел."

651. В докладе МВФ (стр. 76) содержится следующий вывод:

- "а) В качестве одного из средств обеспечения предсказуемости в применении законодательства о несостоятельности законодательство должно предусматривать надлежащие руководящие положения в отношении порядка осуществления судами их дискреционных полномочий, особенно в тех случаях, когда решение суда связано с оценкой экономических и коммерческих вопросов.
- б) Поскольку производство по делам о несостоятельности представляет собой динамичный процесс, важно, чтобы были созданы процедуры для обеспечения оперативного проведения судебных слушаний и незамедлительного принятия после таких слушаний соответствующих решений, в том числе и в связи с рассмотрением жалоб. В течение процесса обжалования решения судов низшей инстанции должны, как правило, сохранять свою обязательную силу.
- с) С учетом необходимости в обеспечении эффективности и надлежащего осуществления дискреционных полномочий, страны, возможно, пожелают рассмотреть вопрос об учреждении специализированных судов, либо в форме судов по делам о банкротстве, либо в форме коммерческих судов. Независимо от того, будет ли создана специальная судебная система, важно, чтобы судьи обладали необходимой подготовкой и опытом в коммерческих и финансовых вопросах".

Н. Неофициальные процедуры несостоятельности

751. В ряде стран в течение последнего десятилетия были разработаны неофициальные процедуры несостоятельности, которые являются альтернативой официальному производству по делу о несостоятельности и предоставляют более широкие возможности для проявления гибкости и для принятия кредиторами заблаговременных упреждающих мер, чем это обычно возможно в рамках официальных режимов. В докладе АБР (стр. 52-72) описываются необходимые условия для неофициальных процедур, а также основные процессуальные действия и практические проблемы. В нем также отмечается (стр. 36), что, поскольку коммерческие традиции многих стран, практика которых изучалась в рамках доклада, базируются на стремлении к бесконфронтационному разрешению споров, существуют, возможно, относительно прочные основы, на которых могут быть развиты или созданы элементы, необходимые для придания структуры неофициальному, исходящему из переговоров подходу к проблемам несостоятельных должников или должников, находящихся в тяжелом финансовом положении.

851. В докладе АБР (стр. 42) указывается на ряд четко определенных начальных предпосылок, наличие которых требуется для обеспечения эффективности неофициальных процедур. К их числу относятся значительная сумма задолженности перед несколькими различными кредиторами, обычно банками или другими финансовыми учреждениями; предпочтение, отдаваемое выработке соглашения для решения финансовых трудностей должника путем переговоров; наличие относительно развитых методов рефинансирования, обеспечения и других коммерческих методов, которые могут быть использованы для реорганизации или реструктуризации задолженности; наличие санкции на обращение к законодательству о несостоятельности в случае срыва неофициального процесса; и перспективы получения более значительных выгод для всех в результате переговоров, а не использования официальных процедур.

951. Процесс неофициального урегулирования трудностей включает ряд шагов: создание форума, в рамках которого должник и кредиторы могут изучить и согласовать условия для решения финансовых трудностей должника; назначение "ведущего" банковского кредитора для организации процесса и управления им; учреждение "руководящего" комитета кредиторов; соглашение о приостановлении всех предпринимаемых друг против друга действий со стороны кредиторов и должника, которое может быть сопоставлено с мораторием на действия и процедуры в рамках официального производства; и предоставление информации о положении должника, включая его операции, текущий торговый баланс и т.д.

061. В докладе АБР (стр. 52-72) поднимается ряд вопросов, которые, возможно, потребуются разрешить при разработке неофициальных процедур. К ним относится определение стороны, которая может начать процедуры, и инструментария, который может быть использован для обеспечения хода этих процедур; масштабы, в которых к участию в процедурах должны привлекаться независимые эксперты и консультанты; средства разрешения разногласий между кредиторами, особенно в отношении коллизий преимущественных прав; решение вопросов о несогласных кредиторах и кредиторах,

которых невозможно привлечь к активному участию в процедурах, в том числе и просто по причине количества таких кредиторов; предоставление текущего финансирования предприятию-должнику и установление приоритетов для обеспечения такого финансирования.

V. ФОРМА ВОЗМОЖНОЙ БУДУЩЕЙ РАБОТЫ

161. Если Рабочая группа сочтет, что будущая работа Комиссии по всем или некоторым из вопросов, изложенных выше, является желательной и практически возможной, то Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть, исходя из картины предпринимаемых в настоящее время усилий, вопрос о надлежащей форме работы, например о подготовке типового закона, типовых положений, свода принципов или другого текста. В нижеследующих пунктах рассматриваются некоторые соображения, касающиеся работы в этих различных формах, включая связанные с каждым видом текста потенциальные возможности по содействию достижению цели создания согласованных рамок для эффективных национальных режимов несостоятельности юридических лиц.

A. Типовой закон или типовые положения

261. Типовой закон представляет собой законодательный текст, рекомендуемый государствам для принятия в качестве части их национального законодательства. Включая текст типового закона в свою законодательную систему, государство может приспособить этот текст к своим потребностям и, если это уместно, изменить или исключить некоторые из его положений. Именно эти возможности для проявления гибкости в ряде случаев могут обеспечить более широкую приемлемость типового закона по сравнению с конвенцией, касающейся того же вопроса. Тем не менее, невзирая на гибкость такого инструмента, каким является типовой закон, государствам может быть предложено (например, в резолюции Генеральной Ассамблеи) вносить как можно меньше изменений при включении типового закона в их правовые системы с тем, чтобы повысить вероятность достижения удовлетворительной степени унификации и обеспечить определенность относительно масштабов унификации.

361. Типовой закон является адекватным инструментом модернизации и унификации национального законодательства, когда ожидается, что государства пожелают - или им потребуются - внести коррективы в унифицированный текст для учета местных требований, различающихся в зависимости от системы, или когда жесткая унификация не является необходимой. Например, при унификации процессуальных норм согласно унифицированному тексту в результате различий в структурной организации судебных систем или по причине различных процессуальных традиций может потребоваться внесение разнообразных изменений, прежде чем государство сможет принять такой текст в качестве своего национального закона. Использование типового закона будет также уместно, когда цель унифицированного текста заключается, с одной стороны, в установлении современного юридического стандарта в какой-либо области, в которой национальные системы широко расходятся, недостаточно развиты или устарели, и, с другой стороны, в создании стимула для движения к унификации. Еще одно соображение, которое может быть приведено в пользу подхода, предусматривающего подготовку типового закона, касается более легкого характера переговоров по документу, содержащему обязательства, которые могут быть изменены.

461. Тексты типовых законов, подготовленные в последнее время ЮНСИТРАЛ, включали руководство по принятию, в то время как в ранее подготовленные тексты включался пояснительный комментарий. Цель руководства по принятию или пояснительного комментария состоит в том, чтобы изложить историю подготовки и привести пояснительную информацию о тексте, что может оказать помощь правительствам и законодателям в деле использования этого текста. Руководство может включать, например, информацию, которая окажет помощь государствам в рассмотрении вопроса о том, какие положения - если это вообще необходимо - типового закона потребуются, возможно, изменить для учета особых национальных условий, а также информацию, касающуюся проведенных в рамках Рабочей группы обсуждений по вопросам принципиальных подходов и соображений. Кроме того, в руководстве в целях дальнейших разъяснений и рекомендаций для государств, принимающих типовой закон, могут быть освещены вопросы, не урегулированные в тексте типового закона.

561. В рамках категории типовых законов, подготовленных ЮНСИТРАЛ, гибкость, присущую этой форме работы, иллюстрируют два текста: Типовой закон о международном торговом арбитраже и Типовой закон об электронной торговле. Типовой закон о международном торговом арбитраже, который может быть описан как процессуальный документ, представляет собой отдельный свод взаимосвязанных статей. Рекомендовано, чтобы при принятии Типового закона вносилось как можно меньше поправок или изменений. Как правило, страны, принявшие соответствующее законодательство, весьма редко допускали отходы от текста Типового закона, что позволяет предположить, что этот Типовой закон широко признается в качестве логически последовательного типового текста.

661. С другой стороны, Типовой закон об электронной торговле представляет собой текст, более концептуальный по своему характеру. Законодательные акты, направленные на принятие Типового закона или предполагающие его "введение в действие", отражают принципы текста, однако могут отходить от него не только с точки зрения редакции, но и с точки зрения комбинации принимаемых или предлагаемых для принятия положений. В качестве такового - и в той мере, в которой проведение различия между типовым законом и типовыми положениями является уместным, - Типовой закон об электронной торговле может, по всей вероятности, рассматриваться в качестве устанавливающего свод типовых принципов, которые составлены в форме законодательных положений, для содействия рассмотрению законодателями и облегчения подготовки законодательных норм. Эти принципы не обязательно образуют отдельный свод, как это имеет место в случае Типового закона о международном торговом арбитраже, но затрагивают ряд действующих правил, которые в типичном принимающем государстве могут быть по отдельности включены в различные части различных национальных законодательных актов. Соответственно, принимающее государство может и не включать этот текст целиком в отдельный законодательный акт, а включить соответствующие положения в действующие акты. Тем не менее Типовой закон об электронной торговле регулирует правовые вопросы, связанные с созданием базовой юридической основы для электронной торговли, и хотя типовые положения не преследуют цели разрешить все юридические вопросы, касающиеся электронной торговли, они содержат согласованный на международном уровне свод принципов, которым законодатели могут руководствоваться при рассмотрении и урегулировании охваченных вопросов.

В. Законодательные принципы или рекомендации

761. Составление конкретных унифицированных положений в приемлемой для включения в национальные правовые системы форме - например, в форме конвенции или типового закона - не всегда является возможным. Одна из причин может, например, заключаться в том, что в национальных правовых системах используются широко различающиеся между собой законодательные методы и подходы для решения того или иного конкретного вопроса или что государства еще не готовы к согласованию общего подхода или общего правила. Еще одна причина может состоять в том, что не все государства ощущают достаточно срочную необходимость в отыскании унифицированного решения того или иного конкретного вопроса.

861. В подобном случае будет, возможно, уместно не предпринимать попытки выработки текста в форме каких-либо типовых законодательных положений, а ограничить работу подготовкой свода принципов или законодательных рекомендаций. Цель таких принципов или законодательных рекомендаций будет состоять в том, чтобы оказать правительствам и законодательным органам помощь в проведении обзора достаточности своих законов, уложений, указов и аналогичных законодательных текстов в той или иной конкретной области. В целях содействия цели согласования и с тем, чтобы представить предложения о той или иной законодательной модели, принципы или рекомендации должны выходить за рамки простого изложения общих целей. В этих принципах или рекомендациях будет определяться ряд вопросов, часто регулируемых в национальных законах и правилах, и рассматриваться желательность разрешения этих вопросов в законодательном порядке. Текст будет содержать свод возможных законодательных решений по ряду вопросов, причем не обязательно будет приводиться единый свод типовых решений по всем рассмотренным вопросам. В зависимости от применимых принципиальных соображений может оказаться уместным включение различных вариантов. Текст будет оказывать читателю помощь в оценке различных имеющихся подходов и в выборе того из них, который является целесообразным с учетом национального контекста.
