



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited

21 May 2001

Russian

Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа по законодательству о несостоятельности

Двадцать четвертая сессия

Нью-Йорк, 23 июля – 3 августа 2001 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности Доклад Генерального секретаря

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Общие замечания	1–3	3
Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности	4–200	4
Часть вторая: Ключевые положения действенного и эффективного режима несостоятельности	4–200	4
I. Взаимосвязь между ликвидационными и реорганизационными процедурами . . .	4–18	4
A. Общие замечания	4–9	4
B. Взаимосвязь между ликвидационными и реорганизационными процедурами	10–18	6
II. Возбуждение и открытие производства по делу о несостоятельности	19–54	9
1. Сфера применения	19–26	9
A. Общие замечания	19–24	9
B. Резюме – сфера применения	25–26	11
2. Критерии возбуждения и открытия производства	27–54	11
A. Общие замечания	27–50	11
B. Резюме – возбуждение и открытие производства	51–54	18
III. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности	55–134	19
1. Конкурсная масса	55–59	19
A. Общие замечания	55–59	19
B. Резюме – конкурсная масса	--	21

V.01-84138 (R) 110601 110601

0184138

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
2. Мораторий на процессуальные действия	60–87	21
А. Общие замечания	60–78	21
В. Резюме – мораторий на процессуальные действия	79–87	26
3. Режим в отношении контрактов	88–118	27
А. Общие замечания	88–112	27
В. Резюме – режим в отношении контрактов	113–118	34
4. Действия по расторжению сделок	119–134	35
А. Общие замечания: действия по расторжению сделок, заключенных до открытия производства по делу о несостоятельности	119–134	35
В. Резюме – расторжение сделок	--	41
IV. Ведение производства	135–189	41
1. Права и обязательства должника	135–142	41
А. Общие замечания	135–142	41
В. Резюме – права и обязательства должника	--	44
2. Права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности	143–148	44
А. Общие замечания	143–148	44
В. Резюме – права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности	--	46
3. Требования кредиторов	149–155	46
А. Общие замечания	149–155	46
В. Резюме – требования кредиторов	--	49
4. Комитеты кредиторов	156–166	49
А. Общие замечания	156–166	49
В. Резюме – комитеты кредиторов	--	52
5. Финансирование после открытия производства	167–168	52
А. Общие замечания	167–168	53
В. Резюме – финансирование после открытия производства	--	54
6. Планы реорганизации	169–189	54
А. Общие замечания	169–189	54
В. Резюме – планы реорганизации	--	59
V. Ликвидация и распределение	190–200	60
1. Порядок очередности при распределении	190–200	60
А. Общие замечания	190–197	60
В. Резюме – распределение	198–200	62

Общие замечания

1. В настоящей записке излагается часть вторая проекта руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, в которой содержатся ключевые положения действенного и эффективного режима несостоятельности. Материалы по каждой теме состоят из двух разделов. В первом разделе приводится аналитическое введение по вопросам, возникающим в связи с каждой ключевой темой, а также обсуждаются принципиальные вопросы и сравнительные подходы. Во втором разделе кратко рассматриваются подходы, обсуждавшиеся в первом разделе. Некоторые из рассмотренных подходов отражаются в проектах положений, включенных в часть третью (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.54/Add.2).
2. По мере возможности темы, относящиеся к ликвидационному и реорганизационному производству, рассматриваются отдельно для разграничения различных вопросов, возникающих в связи с каждой из этих процедур. Раздел, озаглавленный "Общие замечания", относится к производству по делам о несостоятельности в целом и служит введением к последующим пунктам.
3. Материалы, представленные в части второй, в значительной степени основаны на результатах работы Международного валютного фонда, Азиатского банка развития и Всемирного банка. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, какие другие подходы и примеры могут быть добавлены в разделы, посвященные каждой отдельной теме, в целях расширения сферы сравнительного анализа различных режимов несостоятельности. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, существуют ли какие-либо темы или вопросы, которые должны быть рассмотрены в руководстве в дополнение к уже обсуждаемым темам и вопросам. Некоторые дополнительные вопросы, которые, возможно, желательно включить в руководство, упоминаются в квадратных скобках (например, в разделе, озаглавленном "Режим в отношении контрактов", делается ссылка на положения о зачете требований, а также о финансовых договорах и взаимозачете, которые предстоит сформулировать). В тексте выделяются конкретные вопросы и проблемы, которые должны быть рассмотрены Рабочей группой. Разработка раздела В завершена по ряду тематических областей, с тем чтобы оказать помощь Рабочей группе в рассмотрении вопроса о том, какие подходы она, возможно, пожелает рекомендовать и каким образом эти рекомендации могут быть отражены в руководстве.

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть вторая

Ключевые положения действенного и эффективного режима несостоятельности

I. Взаимосвязь между ликвидационными и реорганизационными процедурами

A. Общие замечания

4. В тех случаях, когда должник не в состоянии оплачивать свою задолженность и обязательства по мере наступления сроков их погашения, возникает необходимость в обеспечении правового механизма для удовлетворения на коллективной основе подлежащих погашению требований в отношении всех материальных и нематериальных активов, принадлежащих должнику. В большинстве правовых систем существуют нормы, касающиеся различных видов процедур, которые могут быть возбуждены в такой ситуации и которые можно обозначить общим термином "производство по делам о несостоятельности". При этом можно выделить два вида производства по делам о несостоятельности, в отношении которых не всегда используется единообразная терминология.

5. Процедуры, именуемые "ликвидационными", предусматривают принятие определенным публичным органом (обычно, хотя отнюдь не обязательно, судом, действующим через должностное лицо, назначенное для этих целей) ответственности за активы должника с целью преобразования неденежных активов в денежную форму и последующего распределения поступлений на пропорциональной основе среди кредиторов. Такие процедуры обычно приводят к ликвидации или исчезновению должника в качестве коммерческого юридического лица, хотя в некоторых случаях активы могут быть реализованы вместе в качестве функционирующей хозяйственной единицы.

6. Азиатский банк развития¹ отмечает, что ликвидация, как представляется, имеет "универсальный" характер с точки зрения концепции, принятия и применения. Обычно ликвидация осуществляется по следующей схеме:

- a) подача заявления в суд или другой компетентный орган либо предприятием, либо кредиторами;
- b) вынесение постановления или решения о ликвидации предприятия;
- c) назначение независимого лица для осуществления процедуры или управления процедурой ликвидации;
- d) прекращение коммерческой деятельности предприятия;
- e) прекращение полномочий директоров и найма работников;

¹ Law and Policy Reform at the Asian Development Bank, Report on RETA 5795: Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region, April 2000, p.15.

- f) реализация активов предприятий;
- g) рассмотрение исков кредиторов;
- h) распределение имеющихся средств среди кредиторов (в соответствии с определенной формой приоритета); и
- i) ликвидация предприятия.

7. Гораздо большая неопределенность существует в отношении значения второй категории процедур, которая часто именуется "реорганизация", "санация", "реструктуризация" или "оздоровление". Для целей настоящего доклада и в целях упрощения термин "реорганизация" используется для обозначения процедур, конечная цель которых заключается в создании условий, позволяющих должнику преодолеть финансовые трудности и возобновить или продолжить обычные коммерческие операции. Такой результат может быть достигнут путем изменения организации коммерческого предприятия или путем пересмотра сроков или изменения структуры задолженности. Различия в порядке осуществления реорганизации могут быть обусловлены размерами коммерческого предприятия и степенью сложности конкретной ситуации. *[Примечание для Рабочей группы: возможно, желательно включить более подробный сравнительный анализ альтернативных форм рассмотренных выше процедур.]*

8. Азиатский банк развития² отмечает, что, несмотря на то, что реорганизация не является такой же универсальной процедурой, как ликвидация, и поэтому, возможно, не существует единого порядка ее осуществления, можно определить ряд ключевых или основных элементов, включая следующие:

- a) добровольное согласие предприятия на осуществление данной процедуры, которая может предусматривать или же может не предусматривать судебного разбирательства и контроля или надзора со стороны суда;
- b) автоматический и обязательный мораторий или приостановление процессуальных действий и производства в отношении имущества предприятия, распространяющиеся на всех кредиторов в течение ограниченного срока;
- c) продолжение коммерческих операций предприятия либо существующей администрацией, либо независимым управляющим или же на основе сочетания этих вариантов;
- d) формулирование плана, в котором предлагается режим в отношении кредиторов, акционеров и самого предприятия;
- e) рассмотрение вопроса и голосование по вопросу о принятии этого плана кредиторами;
- f) возможно, санкционирование принятого плана в судебном порядке;
- g) осуществление плана.

² Supra note 1, p. 16-17.

9. Еще одна проблема может возникнуть в связи с тем, что различие между обычными ликвидационными и организационными процедурами не всегда является абсолютно четким. В некоторых случаях термин "реорганизация" используется для обозначения особого порядка обеспечения сохранения и возможного увеличения стоимости конкурсной массы в рамках ликвидационного производства. Это, например, имеет место в тех случаях, когда закон предусматривает проведение ликвидации путем передачи данного коммерческого предприятия другому предприятию в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Хотя такая процедура может напоминать "санацию", с которой обычно связана реорганизация, никакой реорганизации фактически не происходит. В таких ситуациях термин "реорганизация" указывает лишь на применение какого-либо иного метода помимо традиционной ликвидации (т.е. прямой продажи активов), который используется для получения максимально возможной стоимости в результате реализации конкурсной массы³.

В. Взаимосвязь между ликвидационными и реорганизационными процедурами

10. При определенных обстоятельствах потребности, возникающие в связи с несостоятельностью должника, наилучшим образом удовлетворяются за счет ликвидации всех активов должника и последующего распределения поступлений среди кредиторов. Тем не менее в иных обстоятельствах ликвидация может не оказаться наилучшим методом максимизации стоимости ресурсов несостоятельного предприятия. На практике в результате прямой ликвидации активов кредиторы зачастую получают только часть номинальной стоимости своих требований. В таких случаях реорганизация коммерческого предприятия для сохранения людских ресурсов и ценности предприятия может оказаться более эффективным средством максимизации стоимости требований кредиторов, позволяя им добиваться более благоприятных условий или даже получать оплату в полном объеме. Наиболее часто это происходит в тех случаях, когда, например, стоимость коммерческого предприятия определяют не материальные активы, а нематериальные активы (например, права интеллектуальной собственности).

11. Причины, в результате которых предпочтение отдается реорганизации по сравнению с ликвидацией, могут быть также обусловлены политической и социальной основой правовой системы. Защита интересов работников предприятия, оказавшегося в трудном финансовом положении, может рассматриваться в качестве задачи первостепенной важности. Кроме того, некоторые страны могут исходить из того, что реорганизационные процедуры отвечают более широким социальным интересам, поскольку они не только

³ В докладе Всемирного банка (апрель 2001 года) оздоровление определяется следующим образом: "Процесс реорганизации (реструктуризации) финансовых взаимоотношений предприятия для восстановления его финансового благополучия и обеспечение его финансовой жизнеспособности. Этот процесс может предусматривать организационные меры и реструктуризацию коммерческих операций и рыночных связей путем списания задолженности, отсрочки платежей, конверсии задолженности в акции и в результате применения других методов. Этот процесс может предусматривать также реализацию коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и в этом случае применяемые процедуры могут быть равнозначны аналогичным продажам в рамках ликвидационных процедур".

стимулируют должников прибегать к реорганизации до возникновения непреодолимых финансовых проблем, но также предоставляют им "второй шанс", что в конечном счете способствует экономическому развитию и росту. Поэтому многие страны признают, что функциональный и эффективный режим несостоятельности должен предусматривать как ликвидационные, так и реорганизационные процедуры.

12. Хотя во многих странах предусматриваются как ликвидационные, так и реорганизационные процедуры, отмечается широкое разнообразие подходов в отношении структуры процедур, которые могут привести к одному из этих результатов. В некоторых странах предусматривается гибкая единая процедура урегулирования несостоятельности, которая может привести либо к ликвидации, либо к реорганизации предприятия в зависимости от особенностей конкретного случая. В ряде других законов предусматриваются две отдельные процедуры, для каждой из которых установлены особые требования в отношении порядка их применения и открытия производства при различных возможностях преобразования одной процедуры в другую.

13. В тех законах, в которых ликвидация или реорганизация рассматриваются в качестве отдельных процедур, это делается на основе различных политических соображений социального и коммерческого характера, а также для достижения различных целей (см. часть первую). Тем не менее, как следует из результатов рассмотрения соответствующих вопросов, приводимого ниже в части второй, для ликвидации и реорганизации характерно значительное число общих вопросов, и в результате этого между ними возникают существенные совпадения и связи с точки зрения процедурных этапов и существенных вопросов.

14. Если применяется подход, основанный на двух отдельных процедурах, то вопрос о том, какая процедура подлежит применению, решается, по меньшей мере теоретически, на основе определения того, является ли предприятие несостоятельного должника жизнеспособным. Тем не менее на практике в момент открытия того или иного производства зачастую невозможно окончательно оценить финансовую жизнеспособность коммерческого предприятия. В связи с этим возникает необходимость в установлении в законодательстве определенных взаимосвязей между этими двумя процедурами, с тем чтобы предусмотреть возможность преобразования одной процедуры в другую. При этом целесообразно предусмотреть средства, позволяющие воспрепятствовать злоупотреблению реорганизационными процедурами в целях уклонения от ликвидации или затягивания ликвидации, например [...].

15. В тех случаях, когда одновременно предусматривается возможность ликвидации и реорганизации, вопрос о взаимосвязи между двумя процедурами может рассматриваться самым различным образом. В некоторых странах стороне, подающей заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности, первоначально предоставляется выбор между ликвидацией и реорганизацией. Если ликвидационное производство начинается по инициативе одного или более кредиторов, законодательство, как правило, предусматривает механизмы, которые позволяют должнику ходатайствовать о преобразовании производства в реорганизационное.

16. Если должник подает заявление о возбуждении реорганизационного производства, либо по собственной инициативе, либо вследствие подачи

кредитором заявления о возбуждении ликвидационного производства, заявление о возбуждении реорганизационного производства должно логически рассматриваться в первую очередь. Тем не менее в целях защиты кредиторов в некоторых законодательных актах по вопросам несостоятельности предусматривается механизм, позволяющий преобразовывать реорганизационное производство в ликвидационное, если определяется, что реорганизационные процедуры вряд ли увенчаются успехом. Другой механизм защиты кредиторов может предусматривать установление максимального срока, в течение которого может быть возбуждено реорганизационное производство вопреки воле кредиторов.

17. Как правило, ликвидационные и реорганизационные процедуры, хотя они обычно предусматриваются в качестве отдельных процедур, осуществляются последовательно, т.е. ликвидационная процедура применяется только в том случае, если успешное проведение реорганизации представляется маловероятным или если мероприятия по реорганизации не увенчались успехом. В соответствии с общей презумпцией урегулирования дел о некоторых систем несостоятельности предприятие подлежит реорганизации, а ликвидационное производство может быть открыто только после провала всех попыток провести реорганизацию. В рамках систем урегулирования дел о несостоятельности, которые предусматривают возможность преобразования, заявление о преобразовании реорганизационного производства в ликвидационное может быть подано должником, кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности в зависимости от обстоятельств, предусмотренных в законодательстве. К таким обстоятельствам может относиться неспособность должника производить платежи в период после подачи заявления по мере наступления сроков погашения; неспособность утвердить план реорганизации и неспособность выполнять свои обязательства в соответствии с утвержденным планом или же осуществление должником действий, представляющих собой попытку обмануть кредиторов. Хотя возможность преобразования реорганизационного производства в ликвидационное предусматривается довольно часто, большинство систем урегулирования дел о несостоятельности не допускает возможности повторного преобразования в реорганизационное производство после того, как реорганизационное производство уже было преобразовано в ликвидационное.

18. Проблемы, связанные с определением на первоначальных этапах целесообразности применения ликвидационных процедур вместо реорганизационных, вынудили некоторые страны пересмотреть свое законодательство о несостоятельности и заменить отдельные процедуры "единым" производством. В соответствии с "единым" подходом при возникновении проблемы несостоятельности применяется одинаковая процедура; соответственно в течение первоначального периода (который обычно именуется "контрольным сроком" и продолжительность которого согласно имеющимся примерам единого законодательства может составлять до трех месяцев) не выдвигается каких-либо предположений о том, будет ли данное предприятие в конечном счете реорганизовано или же ликвидировано. Выбор между ликвидационными или реорганизационными процедурами производится только после определения того, является ли реорганизация фактически возможной. Основным преимуществом подобного подхода является его простота в процедурном отношении. Простая единая процедура, допускающая

одновременно реорганизацию и оздоровление, может также стимулировать должников, сталкивающихся с финансовыми проблемами, прибегать к применению таких процедур на ранних этапах, что повышает вероятность успешного оздоровления.

II. Возбуждение и открытие производства по делу о несостоятельности

1. Сфера применения

A. Общие замечания

19. Важным принципиальным вопросом при определении параметров режима несостоятельности является установление того, какие предприятия, выступающие должниками, могут подпадать под действие общего законодательства по вопросам о несостоятельности. Если какое-либо предприятие исключается из сферы применения соответствующего процесса, оно не будет пользоваться защитой, которая обеспечивается в рамках такого процесса, а также не обязано выполнять связанные с таким процессом требования. Положения о сфере применения будут определять те категории юридических лиц и тех физических лиц, коммерческие предприятия которых могут быть ликвидированы или реорганизованы, а также любые коммерческие предприятия, которые будут исключаться из сферы применения законодательства.

20. Общий режим несостоятельности может применяться в отношении всех видов предприятий, занимающихся коммерческой деятельностью, будь то частные или государственные предприятия, особенно те государственные предприятия, которые выступают на рынке в качестве самостоятельных торговых или коммерческих предприятий и в отношении которых при прочих равных условиях применяются такие же коммерческие и экономические процедуры, как и в отношении частных предприятий. Исключение могут составлять те случаи, когда правительства проводят, например, политику, направленную на исключение ответственности таких предприятий или предоставление четких гарантий. Тот факт, что предприятие принадлежит государству, сам по себе не является достаточным основанием для исключения данного предприятия из сферы применения общего законодательства по вопросам несостоятельности.

21. Хотя, возможно, желательно распространить действие средств правовой защиты и санкций режима несостоятельности на максимально широкий круг предприятий, для отдельных предприятий может быть предусмотрен особый режим. Установление такого особого режима может быть обусловлено целым рядом причин, включая соображения публичного характера, касающиеся, например, интересов потребителей, или же соображения, связанные с особым характером таких предприятий и зачастую наличием тщательно разработанных режимов правового регулирования деятельности таких предприятий. К числу таких предприятий могут относиться банковские и страховые учреждения, предприятия коммунальной сферы, биржевые или товарные брокеры.

22. *Центр основных интересов.* Помимо необходимых коммерческих признаков должник должен иметь достаточную связь с принимающим государством, с тем чтобы на него распространялось законодательство по вопросам о несостоятельности. Хотя в некоторых законах используются такие формулировки, как основное коммерческое предприятие, ЮНСИТРАЛ применяет, в частности в Типовом законе о трансграничной несостоятельности, концепцию так называемого "центра основных интересов" должника. Помимо Типового закона этот термин используется в проекте конвенции ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности и в правилах Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности ("Правила ЕС"). В Типовом законе этот термин не определяется; в Правилах ЕС (раздел 13) указывается, что этот термин должен обозначать "место, в котором должник осуществляет административное управление своими интересами на регулярной основе и которое третьи стороны могут установить в качестве такового". В статье 16(3) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности предусматривается, что, если не доказано иное, центром основных интересов считается зарегистрированная контора должника или обычное местожительство в случае физического лица.

23. *Предприятие.* В некоторых законах предусматривается, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в правовой системе, в которой должник имеет предприятие. Термин "предприятие" определяется в статье 2 Типового закона о трансграничной несостоятельности, как означающий "любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги". Аналогичное определение содержится в Правилах ЕС, однако без ссылки на "услуги". Это определение имеет важное значение для структуры Типового закона, поскольку в нем определяются те виды производства, которые могут признаваться только в качестве неосновного производства; основное производство требует наличия центра основных интересов. В Правилах ЕС предусматривается также, что производство по делу о несостоятельности может быть открыто в правовой системе, в которой должник имеет предприятие, однако такое производство может осуществляться только в отношении активов должника, расположенных на территории этого государства.

24. *Наличие активов.* Некоторые законы предусматривают возможность открытия производства по делу о несостоятельности в отношении должника, который имеет активы в пределах данной правовой системы или же имел активы в пределах данной правовой системы, не требуя наличия предприятий или центра основных интересов в пределах данной правовой системы. В связи с наличием активов возникает проблема множественной юрисдикции, включая возбуждение нескольких производств и вопросы координации и сотрудничества, которые могут потребовать применения Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Поэтому в тех случаях, когда проводится проверка на предмет наличия активов, возможно целесообразно обеспечить соответствующие средства правовой защиты, которые предусмотрены в Типовом законе в виде положений о координации и сотрудничестве.

В. Резюме – сфера применения

25. Законодательство по вопросам о несостоятельности должно применяться в отношении всех должников, занимающихся коммерческой предпринимательской деятельностью, включая государственные предприятия, при определенных ограниченных исключениях. К числу исключений могут относиться такие предприятия, как банки и страховые компании, деятельность которых тщательно регулируется.

26. Производство по делу о несостоятельности может быть открыто в отношении должника, если центр его основных интересов находится в принимающем закон государстве. В отсутствие доказательств противного считается, что юридическое лицо имеет центр своих основных интересов в принимающем закон государстве, если оно имеет в таком государстве свою зарегистрированную контору, а в случае физических лиц такая презумпция может основываться на обычном месте жительства.

2. Критерии возбуждения и открытия производства

A. Общие замечания

27. Критерий возбуждения и открытия производства позволяют установить, на какие предприятия распространяется действие механизма правовой защиты и санкций процедуры урегулирования дел о несостоятельности и по чьей инициативе такие механизмы приводятся в действие. В настоящем разделе рассматриваются критерии, которые должны соблюдаться до возбуждения и открытия производства, а в случае недобровольных процедур (см. ниже в разделе "Ликвидация") указываются стороны, которые могут подавать заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности в отношении должника.

28. В соответствии с общим правилом и при наличии надлежащих и достаточных гарантий для предупреждения злоупотребления процедурами урегулирования дел о несостоятельности, желательно обеспечить удобный, недорогостоящий и оперативный доступ к таким процедурам, с тем чтобы стимулировать предприятия, которые оказались в трудном финансовом положении или являются несостоятельными, самостоятельно обращаться к таким процедурам на добровольной основе. Ограниченный доступ может стать сдерживающим фактором как для должников, так и для кредиторов, в то время как любые задержки могут причинить ущерб вследствие распыления активов или ограничения возможностей провести реорганизацию.

29. Критерии открытия производства являются центральным элементом законодательства по вопросам о несостоятельности. Исходя из таких критериев определяется, что необходимо для возбуждения производства, каким образом открывается производство, каковы сроки между возбуждением и открытием производства по делу о несостоятельности и что происходит в течение такого срока.

1. Ликвидация

30. Законодательство по вопросам несостоятельности, как правило, предусматривает возможность возбуждения производства по делу о несостоятельности одним или несколькими кредиторами (обычно именуется принудительной ликвидацией) или должником (обычно именуется добровольной ликвидацией) или же в силу закона, если неспособность должника выполнять определенные требования, установленные в законодательном порядке, автоматически приводят к возбуждению производства по делу о несостоятельности (также именуется принудительной ликвидацией).

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

32. В отношении открытия ликвидационного производства широко применяемым критерием является стандарт ликвидности или движения наличности, который предусматривает общее приостановление текущих платежей по обязательствам, по мере наступления сроков их погашения. Тем не менее порядок применения этого критерия в отдельных странах может различаться. В некоторых странах он обеспечивает основу для открытия либо ликвидационного, либо реорганизационного производства, и, если делается выбор в пользу ликвидации, она впоследствии может быть преобразована в реорганизацию. В других странах на основе такого критерия может быть открыто только реорганизационное производство, и такое производство может быть преобразовано только в том случае, если устанавливается, что предприятие не может быть реорганизовано. В соответствии с третьим подходом этот критерий применяется для открытия единого производства, и выбор между ликвидацией и реорганизацией производится на более позднем этапе (см. раздел I выше).

33. Применение стандарта общего приостановления текущих платежей позволяет открыть соответствующее производство на достаточно ранних этапах периода, когда должник сталкивается с финансовыми трудностями, с тем чтобы избежать острой конкуренции между кредиторами в борьбе за активы, которая вынуждает должника осуществлять выплаты вопреки коллективным интересам кредиторов. Альтернативным подходом является балансовый метод, позволяющий установить превышение пассивов над активами в качестве показателя углубления финансовых проблем. Тем не менее в результате применения такого подхода производство обычно открывается после того, как все возможности, связанные с реорганизацией, уже исчерпаны. Кроме того, недостатком такого подхода является необходимость доказывания, а это может воспрепятствовать достижению целей в области максимизации стоимости. Он может приводить также к неточной оценке несостоятельности, если в результате применения определенных стандартов бухгалтерского учета и методов калькуляции стоимости получают искаженные стоимостные оценки, которые не отражают справедливой рыночной стоимости, или если рынки недостаточно развиты или стабильны для определения такой стоимости. Для определения справедливой рыночной стоимости предприятия в таких случаях, как правило, потребуются услуги эксперта для анализа документов бухгалтерского учета, отчетности и финансовых данных. Особые трудности возникают в том случае,

когда отчетность не ведется надлежащим образом или к ней трудно получить доступ. Такой метод не всегда позволяет правильно оценить способность должника действовать на коллективной основе с кредиторами, если должник продолжает осуществлять управление функционирующим коммерческим предприятием. Балансовый подход может быть использован в качестве дополнительного средства определения несостоятельности, однако, возможно, не является достаточно надежным для того, чтобы обеспечивать единственную основу для такого определения.

34. Проблемы, связанные с применением подхода, основанного на общем приостановлении текущих платежей, например открытие ликвидационного производства в отношении предприятия, которое сталкивается с финансовыми проблемами, но тем не менее является жизнеспособным в финансовом отношении, могут быть решены, если предусмотреть возможность прекращения такого производства или его преобразования в другое производство (например, ликвидации в реорганизацию – см. раздел I) по просьбе должника или кредитора, или же управляющего в деле о несостоятельности. Другие проблемы могут быть связаны со злоупотреблением такими процедурами, когда, например, должник использует несостоятельность в качестве защиты от единственного кредитора или заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности используется вместо принудительных процедур взыскания задолженности (которые, возможно, плохо разработаны) или же кредиторы используют режим несостоятельности, с тем чтобы попытаться вытеснить жизнеспособное коммерческое предприятие с рынка или получить выплаты на преференциальной основе.

а) Возбуждение производства по инициативе должника

35. Хотя требование относительно "общего приостановления текущих платежей" технически может применяться в отношении заявлений как должника, так и кредитора, на практике заявление должника, как правило, является последней мерой, когда он уже не в состоянии погашать свои долги. Таким образом, хотя в законодательстве большинства стран может теоретически применяться схожий критерий в отношении ликвидационных процедур, возбуждаемых по инициативе должника, и ликвидационных процедур, возбуждаемых по инициативе кредиторов, на практике вопрос о применении такого критерия не будет тщательно рассматриваться в случае, если производство возбуждается по инициативе должника. В соответствии с законодательством некоторых стран производство может возбуждаться по заявлению должника без какой-либо конкретной проверки на предмет наличия финансовых проблем. С учетом этих соображений, возможно, целесообразно предоставить должнику право подавать заявление в соответствии с режимом несостоятельности на основании простой декларации о своем финансовом положении. В случае юридического лица такую декларацию должны представлять директор или другие члены руководящего органа.

36. Могут возникнуть опасения в связи с тем, что применение подобного стандарта может привести к злоупотреблению этой процедурой со стороны должника для уклонения от обязательств и лишения кредиторов возможности получать незамедлительные платежи по долгам в полном объеме. В таком случае одно средство правовой защиты можно было бы обеспечить, предусмотрев в

законодательстве, что соответствующий суд может принимать постановление о том, что положения законодательства по вопросам несостоятельности перестают распространяться на должника. [*Примечание для Рабочей группы: существуют ли какие-либо иные средства правовой защиты?*] В некоторых странах отказ в предоставлении доступа к таким процедурам основывается на определении того, что заявление должника мотивировано попыткой злоупотребления данной системой в результате ее использования для того, чтобы обойти действующее законодательство и существующие обязательства.

37. Одним из вопросов, возникающих в связи с возбуждением производства по делу о несостоятельности по инициативе должника, является вопрос о том, следует ли возлагать на должника обязанность подавать заявление об открытии производства на определенном этапе процесса нарастания финансовых проблем. Установление обязательства в отношении принятия мер на ранних этапах может быть сопряжено с определенными преимуществами: в случае реорганизации вероятность ее успешного проведения повышается благодаря принятию мер на ранних этапах, а в случае ликвидации обеспечивается защита интересов кредиторов благодаря предупреждению дальнейшего распыления активов должника. Тем не менее положения, устанавливающие обязанность подавать такое заявление, могут препятствовать осуществлению руководством предприятия усилий по достижению соглашения о внесудебной реорганизации (которая в некоторых случаях может оказаться более соответствующим альтернативным вариантом), поскольку задержка в подаче заявления о возбуждении формального производства может привести к возникновению личной ответственности. Поэтому обеспечение стимулов (например, защиты от принудительных действий) для поощрения должников возбуждать производство на ранних этапах может оказаться более предпочтительным вариантом по сравнению с применением санкций, направленных на то, чтобы вынудить должника предпринимать соответствующие действия на ранних этапах.

b) Возбуждение производства по инициативе кредиторов

38. В случае подачи заявления кредиторами, хотя они, возможно, и будут в состоянии доказать, что должник не оплатил их требование или требования, предоставление доказательств в отношении общего приостановления текущих платежей может быть сопряжено с трудностями. Существует практическая потребность в том, чтобы кредитор имел возможность представлять в относительно простой форме доказательства, которые устанавливают презумпцию несостоятельности должника, и чтобы при этом на кредиторов не возлагалось чрезмерно тяжкое бремя доказывания.

39. Вопрос о возбуждении производства по инициативе кредиторов решается в законодательстве по вопросам о несостоятельности различными методами. К их числу относятся требование о том, чтобы заявление подавалось более чем одним кредитором (с тем чтобы свести до минимума возможность злоупотребления данной процедурой каким-либо одним кредитором, который может попытаться использовать производство по делу о несостоятельности вместо механизма принудительного погашения задолженности), требование о том, чтобы на долю таких кредиторов приходился определенный объем требований с наступившими сроками погашения (или же одновременно определенное количество и определенный объем таких требований), или же требование о том, что должник

обязан представить информацию суду, с тем чтобы суд мог вынести определение по вопросу об общем приостановлении текущих платежей (см. раздел IV.1). Указание конкретного объема требований, по-видимому, не является оптимальным редакционным решением, поскольку стоимость валют подвержена изменениям, что может потребовать внесения поправок в законодательство. Достаточно удобным и объективным критерием может быть неспособность должника произвести платеж по долгу с наступившим сроком погашения в течение указанного срока после направления письменного платежного требования.

с) Возбуждение производства по инициативе правительственного органа

40. Помимо методов, описанных в разделах (а) и (b) выше, законодательство по вопросам несостоятельности может предусматривать также неисключительные полномочия определенного правительственного органа (обычно прокуратуры или эквивалентного органа) возбуждать производство по делу о несостоятельности против любого предприятия, если оно приостанавливает платежи или, в более широком плане в некоторых странах, если возбуждение такого производства, как представляется, отвечает публичным интересам. Во втором случае подтверждения неликвидности может не требоваться, что позволяет правительственным органам принимать решение о прекращении операций вполне жизнеспособных предприятий, которые занимались определенными видами деятельности, например, мошеннического или преступного характера. Хотя выполнение таких полицейских функций может оказаться обоснованным в некоторых обстоятельствах, не подлежит сомнению, что желательно не допустить злоупотребления такими полномочиями и обеспечить их осуществление в соответствии с четко установленными руководящими принципами.

2. Реорганизация

41. Хотя в законодательстве по вопросам несостоятельности, как правило, предусматривается возможность возбуждения производства по делу о несостоятельности по инициативе либо кредиторов, либо должника, консенсуса в отношении возможности возбуждения реорганизационного производства по инициативе кредиторов не существует. Поскольку одной из целей такого производства является предоставление кредиторам возможности увеличить стоимость своих требований в результате реорганизации предприятия, возможно, желательно обеспечить, чтобы должники не обладали исключительными полномочиями в отношении возбуждения реорганизационного производства. Вопрос о возбуждении реорганизационного производства по инициативе кредиторов имеет также особое значение в связи с вопросом о том, могут ли кредиторы предлагать план реорганизации (см. раздел IV.6). В ряде стран считается, что, поскольку во многих случаях кредиторы являются основными бенефициарами успешной реорганизации, кредиторам должна быть предоставлена возможность предлагать такой план. Если следовать такому подходу, то, по-видимому, разумно предусмотреть также, что кредиторы могут ходатайствовать о возбуждении реорганизационного производства.

a) Возбуждение производства по инициативе должника

42. Критерием открытия производства, который соответствует цели поощрения должников предпринимать усилия по решению своих финансовых проблем на ранних этапах, может быть критерий, который не требует, чтобы должник дожидался момента общего приостановления платежей (т.е. момента утраты ликвидности), прежде чем подавать соответствующее заявление. Преимущества такого подхода, основанного на принципе потенциальной неликвидности, признаются в целом ряде стран, однако различным образом. В соответствии с законодательством некоторых стран реорганизационная процедура фактически не предусматривает применения какого-либо существенного критерия: должник может подавать заявление, когда он того пожелает. Законодательство других стран предусматривает, что должник может подавать заявление, если он предполагает, что в будущем он будет не в состоянии производить платежи по задолженности по мере наступления сроков погашения. Даже в странах, в которых применяется единая процедура, в отношении заявлений, подаваемых должниками, предусматривается такого рода критерий потенциальной неликвидности.

43. Подобное ослабление критериев открытия производства может побудить должников к злоупотреблению данной процедурой. Например, должник, который не сталкивается с финансовыми проблемами, может попытаться возбудить производство и представить план реорганизации, который позволит ему уклониться от обременительных обязательств, например обязательств по трудовым контрактам. Потенциальная возможность таких злоупотреблений зависит от того, каким образом разработаны элементы реорганизационной процедуры, например, в какой степени законодательство позволяет должнику контролировать предприятие после открытия производства. Одним из методов, позволяющих воспрепятствовать подаче должником заявлений, которые представляют собой злоупотребление данной процедурой, могут быть положения, предусматривающие возможность прекращения процедур судом по заявлению любой заинтересованной стороны, если такое приостановление будет отвечать наилучшим интересам кредиторов.

b) Возбуждение производства по инициативе кредиторов

44. Возможность применения аналогичного более низкого стандарта в отношении возбуждения реорганизационных процедур по инициативе кредиторов, вероятно, обосновать сложнее. Если законодательство позволяет должнику ходатайствовать о возбуждении производства на основании прогнозируемой неликвидности, довольно трудно предположить, каким образом кредиторы смогут получить надлежащую информацию, для того чтобы оценить, соблюдается ли данный стандарт. В целом, по-видимому, неразумно открывать в какой-либо форме производство по делу о несостоятельности против воли должника, если кредиторы не в состоянии доказать, что их права ущемляются.

45. Поэтому, вероятно, целесообразно применять аналогичные критерии открытия производства в отношении возбуждения по инициативе кредиторов как ликвидационных, так и реорганизационных процедур (т.е. общее приостановление текущих платежей, см. пункт 1(b) выше). Такой критерий, как представляется, соответствует как двойному подходу, так и единому подходу (которые рассматривались в разделе I выше), поскольку применение различных

критериев связано скорее не с процессом возбуждения производства, а с тем, выступает ли заявителем должник или кредитор. Исключением из такого подхода будут случаи, когда должник или кредитор не будут иметь права ходатайствовать о возбуждении ликвидационного производства до тех пор, пока не будет определено, что реорганизация является невозможной. В таком случае критерием открытия ликвидационного производства будет не общее приостановление текущих платежей, а определение невозможности реорганизации.

46. Как и в случае ликвидации, критерии, применимые в отношении заявлений кредиторов в отношении возбуждения реорганизационной процедуры, могут предусматривать требование о том, чтобы такое заявление подавалось определенным числом кредиторов или же кредиторами, на долю которых приходится определенный объем подлежащих погашению требований, или же сочетание таких требований.

3. Процедурные вопросы

47. В связи с производством по делам о несостоятельности возникает целый ряд процедурных вопросов. Прежде всего возникает вопрос о том, каким образом может возбуждаться такое производство. Во многих странах обычной практикой является определение компетентным судом на основании заявления об открытии производства, были бы выполнены необходимые условия для открытия такого производства. В законодательстве ряда стран применяется иной подход, в соответствии с которым допускается возбуждение реорганизационного производства на добровольной основе в результате подачи декларации в соответствующие административные органы. [*Примечание для Рабочей группы: существуют ли какие-либо другие примеры?*]

48. Если требуется принятие судом решения об открытии производства, то может возникать практическая необходимость в обеспечении продолжения такого производства без задержек. Одним из методов достижения такой цели может быть установление конкретного срока после подачи заявления, в течение которого должно быть принято решение об открытии производства.

49. В случае добровольного заявления должника кредиторы и другие заинтересованные лица непосредственно заинтересованы в получении уведомления о таком заявлении и возможности оспорить презумпции приемлемости и несостоятельности, возможно в течение определенного установленного срока, с тем чтобы не допустить необоснованного затягивания производства. Известным кредиторам такое уведомление может направляться непосредственно, однако необходимость информировать неизвестных кредиторов вынуждает законодателей включать положение, требующее публикации в официальном правительственном издании или же в коммерческой или другой общенациональной газете, имеющей широкое распространение. В случае возбуждения производства по инициативе кредиторов, должнику, возможно, необходимо будет направить уведомление, а также предоставить возможность оспорить презумпции в отношении того, что требования кредитора составляют определенную сумму, срок их погашения наступил и они не были оплачены. Положения, обязывающие должника предоставлять необходимую информацию и наделяющие кредиторов правом требовать представления такой информации, рассматриваются в разделе IV.1.

4. Издержки

50. Подача заявлений как должниками, так и кредиторами в отношении возбуждения производства по делу о несостоятельности может предполагать выплату определенных денежных сумм, которые могут быть использованы для финансирования издержек системы урегулирования дел о несостоятельности. При определении размеров таких сумм необходимо обеспечивать определенный баланс между уровнем, который не устраняет стимулов для подачи должниками заявлений, и уровнем, который может способствовать компенсации значительной части расходов на производство. [*Примечание для Рабочей группы: в какой степени целесообразно включать в руководство вопросы, касающиеся издержек?*]

В. Резюме – возбуждение и открытие производства

51. Заявление о возбуждении ликвидационного производства может быть подано:

- a. должником на основании общего приостановления текущих платежей [неспособности оплачивать свои долги по мере наступления сроков их погашения];
- b. одним или более кредиторами на основании того, что определенное число кредиторов может доказать, что они являются держателями требований, сроки погашения которых наступили и которые не были оплачены должником;
- c. [предусмотренным] [правительственным] органом.

52. Заявление о возбуждении реорганизационного производства может быть подано:

- a. должником на основании фактической или прогнозируемой неспособности оплачивать свои долги по мере наступления сроков их погашения;
- b. одним или более кредиторами на основании того, что определенное число кредиторов может доказать, что они являются держателями требований, сроки погашения которых наступили и которые не были оплачены должником.

53. Заявление в отношении открытия производства должно подаваться в суд, и суд принимает решение по такому заявлению в течение установленного срока.

54. Уведомление о подаче заявления направляется должнику (в случае подачи заявления кредиторами) и кредиторам (в случае подачи заявления должником).

III. Последствия открытия производства по делу о несостоятельности

1. Конкурсная масса

A. Общие замечания

55. Основопологающим элементом процедуры урегулирования несостоятельности, будь то ликвидационное или реорганизационное производство, является определение, обобщение, сохранение и защита активов, образующих конкурсную массу, управление которой предполагается обеспечить, а также распоряжение такими активами. Во всех системах существует определенная концепция конкурсной массы или же активов, в отношении которых возбуждается производство по делу о несостоятельности. В соответствии с законодательством ряда стран из сферы применения процесса урегулирования дел о несостоятельности полностью исключаются определенные виды имущества или имущество, в котором имеется определенный интерес. Если в имуществе имеется обеспечительный интерес в пользу кредитора, в законодательстве по вопросам несостоятельности некоторых стран предусматривается, что производство по делам о несостоятельности распространяется на такое имущество (и поэтому оно подпадает под действие моратория и на него влияют другие последствия открытия производства), в то время как в законодательстве других стран предусматривается, что такое имущество не затрагивается производством по делам о несостоятельности и кредиторы могут продолжать добиваться осуществления своих юридических и договорных прав в принудительном порядке (см. раздел III.2 "Мораторий на процессуальные действия"). Законодательство других стран предусматривает, что производство первоначально распространяется на все имущество, если доказано нанесение вреда или ущерба. Решение вопроса о том, на что распространяется производство (и поэтому что охватывается понятием "конкурсной массы" в тех случаях, когда используется данный термин), оказывает воздействие на сферу и порядок применения соответствующих процедур и, особенно в случае реорганизации, имеет существенное значение для успешного завершения таких процедур.

1. Подлежащее включению имущество

56. Можно исходить из того, что активы охватывают имущество должника с момента открытия производства по делу о несостоятельности, а также активы, приобретенные управляющим в деле о несостоятельности после этой даты, либо в процессе исполнения полномочий по расторжению сделок (см. раздел III.4 "Действия по расторжению сделок"), или в ходе обычного процесса функционирования коммерческого предприятия должника. В случае физического лица конкурсная масса может не охватывать имущество, относящееся, например, к доходам, полученным после подачи заявления в результате оказания персональных услуг, т.е. на имущество, которое необходимо должнику для того, чтобы зарабатывать средства к существованию, а также на личное и домашнее имущество.

57. Можно исходить из того, что имущество должника включает все активы, в которых должник имеет интерес, независимо от того, находятся ли они во владении должника в момент начала производства, включая все материальные и нематериальные активы. К материальным активам относятся активы, которые легко определяются по балансу должника, например кассовая наличность, оборудование, товарные запасы и недвижимая собственность. Активы, относимые к категории нематериальных активов [если должник имеет в них интерес], могут быть различными в отдельных государствах в зависимости от применяемого законодательства. В случае физических лиц конкурсная масса может также включать такие активы, как права наследования, в которых должник имеет интерес, или на которые он может претендовать в момент начала производства по делу о несостоятельности, или которые появляются в процессе производства по делу о несостоятельности.

2. Имущество, принадлежащее третьим сторонам

58. Довольно сложные вопросы могут возникнуть при определении того, принадлежат ли определенные активы предприятию или же они принадлежат другой стороне, но находятся в распоряжении должника в соответствии с соглашениями об использовании, аренде или лицензировании. Такие активы, принадлежащие третьей стороне, но находящиеся в распоряжении должника в момент начала производства, обычно не включаются в конкурсную массу. Особое внимание, возможно, необходимо уделить тем активам, которые используются должником, но были предоставлены в соответствии с соглашением об аренде, по которому правовой титул сохраняется за арендодателем. В тех странах, где залоговое финансирование (при котором финансирующая сторона сохраняет за собой титул или право собственности на активы в отличие от ипотечного залога или обеспечительного интереса) осуществляется в значительных масштабах, возможно, необходимо будет сохранить за кредитором правовой титул на такие активы и предусмотреть возможность их отделения от конкурсной массы (в соответствии с правилами, предусмотренными в разделе III.3 "Режим в отношении контрактов" – такое право на отделение может ограничиваться, если управляющий в деле о несостоятельности подтвердит договор аренды). В других странах, возможно, потребуется тщательно изучить такие механизмы финансирования, с тем чтобы определить, не является ли подобная аренда фактически замаскированным механизмом кредитования под обеспечение, поскольку в этом случае на арендодателя будут распространяться такие же ограничения, как и на обеспеченного кредитора.

3. Возвращение имущества

59. Определение активов, на которые будет распространяться производство, может потребовать от управляющего в деле о несостоятельности принятия мер для возвращения имущества, которое было необоснованно передано или передано в момент наступления несостоятельности, в результате чего был нарушен принцип *pari passu* (т.е. в отношении кредиторов, относящихся к одному классу, должен применяться одинаковый режим, и они получают платежи пропорционально своим требованиям из суммы активов предприятия). В большинстве правовых систем предусмотрены средства, которые позволяют не принимать во внимание предшествующие сделки и возмещать стоимость таких сделок, в результате которых некоторым кредиторам предоставляется

преференциальный режим или которые носят мошеннический характер или же совершаются в целях ограничения прав кредиторов (см. раздел III.4 "Действия по расторжению сделок").

В. Резюме – конкурсная масса

[...]

2. Мораторий на процессуальные действия

А. Общие замечания

60. Приостановление полномочий или введение "моратория" на процессуальные действия и иски кредиторов в отношении имущества должника обусловлено признанием коллективного характера производства по делу о несостоятельности. Не позволяя кредиторам, стремящимся удовлетворить свои конкретные интересы, расчленять коммерческое предприятие должника, введение моратория содействует обеспечению справедливого и упорядоченного управления производством по делу о несостоятельности. Одним из ключевых вопросов при создании эффективного режима несостоятельности является вопрос о том, каким образом можно обеспечить баланс между незамедлительными преимуществами, которые получает предприятие в результате общего моратория для ограничения процессуальных действий кредиторов, и долгосрочными преимуществами, которые связаны с ограничением степени воздействия моратория на договорные отношения с кредиторами.

61. Последствия моратория для различных прав существенно различаются в зависимости от конкретной страны. Практически не существует разногласий в отношении необходимости приостановления процессуальных действий со стороны необеспеченных кредиторов против должника или его активов. Тем не менее применение моратория в отношении обеспеченных кредиторов сопряжено с большими проблемами и требует обеспечения баланса между различными конкурирующими интересами. Необходимо, например, подтвердить контракты; обеспечить выплаты кредиторам пропорционально их требованиям, исходя из суммы активов предприятия; добиться максимизации активов для всех кредиторов и, в случае реорганизации, обеспечить успешную реорганизацию жизнеспособного предприятия.

1. Применение моратория

62. Прежде всего возникает вопрос о том, применяется ли мораторий автоматически или же по усмотрению суда. Хотя конкретные политические соображения и такие факторы, как наличие надежной финансовой информации и способность должника и кредитора получить доступ к независимому судебному органу, обладающему опытом в рассмотрении дел о несостоятельности, могут оказать воздействие на решение о том, применяется ли мораторий автоматически или же по решению суда на дискреционной основе, многие современные

правовые режимы несостоятельности предусматривают автоматическое введение моратория.

а) Ликвидация

63. В рамках ликвидационного производства мораторий на процессуальные действия позволяет кредиторам аналогичного ранга принять участие в справедливой и упорядоченной реализации и распределении активов должника в интересах всех кредиторов. Особое внимание уделяется продаже активов, в целом или по частям, с тем чтобы кредиторы могли как можно раньше получить возмещение, исходя из суммы поступлений. При этом основная цель заключается в максимизации стоимости активов.

64. В процессе достижения этой цели необходимо также обеспечить соответствующий баланс между интересами обеспеченных кредиторов и интересами общей массы необеспеченных кредиторов. Можно предположить, что в тех случаях, когда не существует заинтересованности в сохранении предприятия в целом для его возможной продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы, такой баланс в процессе ликвидации должен склоняться в сторону подтверждения договорных прав обеспеченных кредиторов. В то же время целесообразность защиты таких обеспеченных прав, возможно, необходимо будет оценивать с учетом возможности того, что в целях максимизации стоимости активов предприятия, возможно, потребуется продавать в целом, а не по частям. Это имеет особое значение в тех случаях, когда совокупная стоимость активов выше, чем стоимость отдельных компонентов, и продажа всего предприятия выгоднее для кредитора в целом. Как правило, обеспеченные кредиторы не получают в качестве обеспечения наиболее важные активы предприятия.

65. В некоторых странах применяется подход, согласно которому для обеспечения эффективности моратория он должен иметь весьма широкую сферу охвата, применяться в отношении всех средств правовой защиты и всех видов процессуальных действий против должника и его активов, независимо от того, предпринимаются они в административном, судебном или индивидуальном порядке, и должен обеспечивать условия, при которых необеспеченные и обеспеченные кредиторы воздерживаются от осуществления своих прав в принудительном порядке, а правительственные органы – от осуществления своих преимущественных прав. Мораторий довольно часто распространяется на судебное разбирательство при наличии положений, предусматривающих при необходимости продолжение такого разбирательства. В некоторых странах мораторий не распространяется на иски работников против должника, однако охватывает любые меры по принудительному исполнению решений, принятых в результате рассмотрения этих исков.

66. Необходимо четко указать те категории кредиторов, на которых будет распространяться мораторий. Например, если предполагается исключить из сферы действия моратория какие-либо категории кредиторов, например преференциальных кредиторов (включая работников предприятия), субъектов предусмотренных законом залоговых прав, выступающих истцами государственных органов или государственных должностных лиц и их соответствующих представителей и работников, такое исключение желательно четко сформулировать. Возможно, следует также рассмотреть вопрос о

необходимости других исключений, например в отношении прав на зачет требований и взаимозачет по финансовым контрактам, и в отношении активов, которые, как правило, не требуются для продажи коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы, например денежного обеспечения, или же исключений, необходимых для защиты публичных интересов или предупреждения злоупотреблений, например использования производства по делу о несостоятельности в качестве прикрытия для осуществления противозаконной деятельности.

67. Проблему любых отрицательных последствий моратория для интересов обеспеченных кредиторов можно решать на основе определения продолжительности моратория, гарантирования стоимости обеспечения, а также на основе предоставления обеспеченным кредиторам возможности добиваться отмены моратория в тех случаях, когда обеспечительные интересы не защищаются в достаточной степени или когда обремененное имущество не является необходимым для продажи всего коммерческого предприятия или какого-либо производственного подразделения такого предприятия.

b) Реорганизация

68. В рамках реорганизационного производства мораторий позволяет предоставить должнику определенную передышку для реорганизации его операций, а также для подготовки плана реорганизации и принятия других мер, необходимых для обеспечения успеха реорганизации. В результате последствия моратория в рамках реорганизации гораздо существеннее и поэтому имеют большее значение, чем при ликвидации, и он может обеспечивать важный стимул для поощрения должников к возбуждению реорганизационного производства. Целый ряд соображений, рассмотренных выше в отношении применения моратория в рамках ликвидационного производства, имеет также непосредственное отношение к реорганизационным процедурам, например момент введения моратория, введение моратория автоматически или же по усмотрению суда, а также сфера действия моратория при реорганизационном производстве.

69. Для защиты активов, которые могут быть использованы для реорганизации коммерческого предприятия, мораторий должен вводиться в отношении всех кредиторов после формального открытия реорганизационного производства. В соответствии с законодательством по вопросам о несостоятельности некоторых стран такой мораторий в отличие от ликвидационного производства не распространяется на судебное разбирательство.

2. Обеспечительные меры/момент начала действия моратория

70. В рамках как ликвидационных, так и реорганизационных процедур возникает вопрос о моменте начала действия моратория. Во многих правовых системах может существовать определенный разрыв между моментом подачи заявления и открытием производства по делу о несостоятельности. В течение этого срока существует потенциальная возможность распыления активов должника; должник может вывести активы из предприятия или же кредиторы могут воспользоваться средствами правовой защиты, для того чтобы предвосхитить последствия моратория, который может быть введен позднее. Один подход может предусматривать введение моратория в момент подачи

заявления должником, а в случае заявления кредитора – после открытия производства. Если мораторий начинает действовать в момент открытия производства, еще один подход может предусматривать возможность принятия решения о защитных или обеспечительных мерах в период между возбуждением и открытием производства. Такие меры могут предусматривать, в частности, назначение временного управляющего в деле о несостоятельности; запрещение должнику реализовывать активы; наложение секвестера на некоторые или на все активы должника и приостановление принудительного взыскания обеспечительных интересов против должника. В некоторых правовых системах сделки, заключаемые должником в течение этого периода, признаются ничтожными. Поскольку такие меры носят временный характер и принимаются до вынесения решения о выполнении критериев открытия производства, можно предусмотреть требование о том, что подающие заявления кредиторы обязаны представить доказательства в отношении необходимости такой меры, а в некоторых случаях – определенный залог.

3. Срок действия моратория

а) Необеспеченные кредиторы – ликвидация и реорганизация

71. В законодательстве многих стран в случае как ликвидационного, так и реорганизационного производства предусматривается, что мораторий применяется в отношении необеспеченных кредиторов в течение всего срока производства.

б) Обеспеченные кредиторы – ликвидация

72. По вопросу применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов применяются различные подходы. В некоторых правовых системах действие моратория не распространяется на обеспеченных кредиторов, в то время как в других правовых системах применяется подход, согласно которому мораторий автоматически применяется после открытия производства в отношении обеспеченных кредиторов в течение непродолжительного срока, например в течение 30 или 60 дней, за исключением тех случаев, когда обеспечение не является необходимым для реализации коммерческого предприятия в целом. Согласно другому подходу действие моратория распространяется на обеспеченных кредиторов в течение срока производства, если суд не примет постановление, освобождающее кредиторов от обязательств в соответствии с мораторием. Если действие моратория ограничивается конкретным сроком, то в законодательство могут быть включены положения в отношении продления срока действия моратория по заявлению управляющего в деле о несостоятельности, когда может быть доказано, что такое продление срока действия необходимо для максимизации стоимости активов. В этом случае, возможно, потребуется доказать, что существует разумная возможность продажи предприятия или отдельных подразделений предприятий в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В целях обеспечения дополнительной защиты в законодательстве, возможно, потребуется установить предельный срок, на который может продлеваться действие моратория.

с) Обеспеченные кредиторы – реорганизация

73. В рамках реорганизационного производства может возникнуть необходимость в том, чтобы мораторий применялся в отношении обеспеченных кредиторов в течение всего срока производства для обеспечения проведения реорганизации на упорядоченной основе при исключении возможности отчуждения активов до завершения реорганизации. Возможно потребуются предусмотреть исключения из этого принципа, если соответствующее обеспечение не требуется для реорганизации или если кредитор может привести другие доводы в пользу отмены моратория.

4. Снятие моратория

74. В ходе как ликвидационного, так и реорганизационного производства могут возникать обстоятельства, когда целесообразно предоставить освобождение от обязательств по мораторию на основе снятия или прекращения действия моратория. Для учета таких обстоятельств в законодательстве можно предусмотреть, например, что кредитор может ходатайствовать о снятии моратория, если кредитору не обеспечивается защита в отношении стоимости обремененного имущества. Если такие положения о защите будут сочтены неприемлемыми или если они будут чрезмерно обременять конкурсную массу, управляющий в деле о несостоятельности по своей собственной инициативе может высвобождать обремененное имущество. Существуют примеры законодательства, которое предусматривает, что освобождение от моратория может быть предоставлено необеспеченному кредитору, с тем чтобы обеспечить возможность, например, для определения требований в другом суде, в котором рассмотрение дела продвинулось дальше и было бы целесообразно его завершить, или для возбуждения иска против страхователя должника.

75. В отношении ликвидационного производства могут потребоваться также положения, разрешающие передачу активов, в которых обеспеченный кредитор имеет обеспечительный интерес, такому обеспеченному кредитору, если устанавливается, что его обеспечение является действительным и обеспеченные активы не представляют ценности для конкурсной массы или же не могут быть реализованы в течение разумного срока управляющим в деле о несостоятельности.

5. Сохранение экономической ценности

76. Еще одним комплексом мер, направленных на предотвращение любых отрицательных последствий моратория для обеспеченных кредиторов, является комплекс мер, обеспечивающих сохранение экономической ценности обеспеченных требований в течение срока действия моратория (в некоторых правовых системах такой комплекс мер именуется "надлежащей защитой"). Один из возможных подходов состоит в том, чтобы обеспечить сохранение стоимости самого обремененного имущества при том понимании, что после ликвидации поступления от продажи обремененного имущества будут распределены непосредственно в пользу данного кредитора с учетом стоимости обеспеченной части его требования. Помимо снятия моратория это может предусматривать ряд мер, включая предоставление компенсации за амортизацию; выплату процентов и обеспечение защиты и компенсации в связи с использованием обремененного имущества.

77. Другой подход к решению проблемы защиты интересов обеспеченных кредиторов может состоять в сохранении стоимости обеспеченной части требования. Сразу же после открытия производства осуществляется оценка соответствующих активов и на основе такой оценки определяется стоимость обеспеченной части требования кредитора. Эта стоимость остается неизменной на протяжении всего производства, и после распределения в результате ликвидации обеспеченные кредиторы получают возмещение по первоочередному требованию в размере такой стоимости. В ходе производства обеспеченный кредитор может получить также предусмотренные контрактом проценты по обеспеченной части требования в качестве компенсации за задержку, вызванную производством по делу о несостоятельности. В некоторых системах урегулирования дел о несостоятельности оплата процентов производится только в тех случаях, когда стоимость обремененного имущества превышает сумму требования. В противном случае компенсация за задержку сокращает стоимость активов, подлежащих распределению среди необеспеченных кредиторов.

78. Возможно, будет необходимо дать соответствующие указания в отношении определения того, когда и каким образом кредиторы, имеющие определенные виды обеспечительных интересов в активах должника, получают право на описанные выше виды защиты. Хотя в связи с реорганизационными процедурами следует ожидать некоторого незначительного уменьшения обеспечительных позиций обеспеченных кредиторов, нежелательно, чтобы бремя такого сокращения нес какой-либо обеспеченный кредитор или группа обеспеченных кредиторов, равно как и нежелательно, чтобы продолжение реорганизационного производства наносило какой-либо материальный ущерб всем кредиторам в целом.

В. Резюме – мораторий на процессуальные действия

79. Мораторий может вводиться автоматически или на дискреционной основе.

1. Момент введения моратория

80. Как при ликвидационном, так и при реорганизационном производстве мораторий может вводиться:

- a. в момент подачи заявления (в случае заявления должника);
- b. в момент открытия производства (в случае заявления кредитора).

2. Стороны, на которые распространяется действие моратория

Ликвидация

81. Могут применяться два различных подхода:

- a. мораторий распространяется как на обеспеченных, так и на необеспеченных кредиторов; или

в. мораторий распространяется на необеспеченных кредиторов при наличии положения о распространении его действия на обеспеченных кредиторов по ходатайству должника/управляющего в деле о несостоятельности.

Реорганизация

82. Действие моратория распространяется на равных основаниях на обеспеченных и необеспеченных кредиторов с учетом положения об освобождении от ответственности.

3. Срок действия моратория

Необеспеченные кредиторы

83. Как в случае ликвидации, так и в случае реорганизации мораторий действует в течение всего срока производства.

Обеспеченные кредиторы

84. При ликвидационном производстве действие моратория распространяется на обеспеченных кредиторов в течение ограниченного срока (30–60 дней) с учетом возможных исключений, например, когда обеспечение не является обязательным для реализации коммерческого предприятия в целом.

85. При реорганизационном производстве действие моратория распространяется на обеспеченных кредиторов в течение всего срока производства, если не определяется, что обеспечение не является необходимым для реорганизационного производства.

4. Освобождение от обязательств по мораторию: ликвидация и реорганизация

86. Обеспеченный кредитор может подать заявление о снятии моратория, если он может доказать нанесение существенного ущерба (например, ему не обеспечивается надлежащая защита экономической ценности обремененного имущества). Действие моратория может быть прекращено, если управляющий в деле о несостоятельности установит, что сохранение стоимости обремененного имущества не представляется возможным или является чрезмерно обременительным.

5. Сохранение экономической ценности

87. [Будут включены конкретные меры]

3. Режим в отношении контрактов

А. Общие замечания

88. В момент открытия производства по делу о несостоятельности должник неизбежно будет выступать стороной того или иного контракта, исполнение которого еще не завершено в полном объеме. В соответствии с законодательством по вопросам о несостоятельности многих стран

управляющий в деле о несостоятельности обычно может вмешиваться в процесс исполнения таких контрактов, выбирая либо расторжение и прекращение, либо продолжение осуществления (и возможную последующую уступку) таких контрактов. Так, например, в случае контракта, в соответствии с которым должник согласился закупить определенный товар по цене, составляющей половину рыночной цены в момент наступления несостоятельности, управляющему в деле о несостоятельности, несомненно, выгодно продолжить закупки по более низкой цене, а затем продать товар по рыночным ценам. Торговый партнер естественно пожелает выйти из этого соглашения, которое в данный момент становится невыгодным, однако в соответствии со многими системами ему не разрешается это сделать, хотя он, возможно, будет иметь право на получение гарантии в отношении того, что контрактная цена будет выплачена ему в полном объеме.

89. Как и в случае действий по расторжению сделок (см. раздел III.4) исходным мотивом управляющего в деле о несостоятельности при вмешательстве в исполнение контрактов является максимизация стоимости конкурсной массы. Достижение этой цели может потребовать использования тех контрактов, которые являются выгодными и способствуют увеличению стоимости, и отказа от тех контрактов, которые являются обременительными или по которым текущие издержки превышают выгоды данного контракта. Максимизация стоимости должна производиться с учетом других интересов, например соображений социального характера, возникающих в связи с некоторыми видами контрактов, например трудовыми контрактами, а также с учетом последствий использования права управляющего в деле о несостоятельности изменять условия неисполненных контрактов для предсказуемости коммерческих и финансовых отношений. Независимо от того, какие правила будут применяться в отношении продолжения или прекращения контрактов, желательно предусмотреть, чтобы любое право продолжить или прекратить контракт ограничивалось контрактом в целом, что позволит избежать ситуации, когда управляющий в деле о несостоятельности решит продолжить исполнение определенных частей данного контракта, прекратив исполнение по другим частям.

90. По мере развития экономики все большая часть богатства заключена в контрактах или контролируется при помощи контрактов, не будучи связана с недвижимостью. В результате этого режим в отношении контрактов при урегулировании дел о несостоятельности приобретает принципиальное значение. При разработке правовой политики в этой области возникают две основные проблемы. Первая из них связана с тем, что контракты в отличие от всех других активов несостоятельного предприятия обычно связаны с обязательствами или требованиями. Иными словами предприятие обязано исполнить определенные обязательства или произвести платеж, с тем чтобы получить право на потенциально ценные активы. Поэтому приходится принимать весьма сложные решения, касающиеся режима в отношении того или иного контракта, который позволит обеспечить наибольшую дополнительную стоимость для конкурсной массы. Как правило, такую оценку поручается проводить управляющему в деле о несостоятельности. В некоторых правовых системах требуется также утверждение со стороны суда.

91. Вторая проблема связана с существованием большого количества различных видов контрактов. К их числу относятся, в частности, простые контракты купли–продажи товаров; краткосрочные или долгосрочные контракты на аренду земли или личного имущества; а также чрезвычайно сложные контракты франшизы или контракты на сооружение и эксплуатацию крупных объектов. Кроме того, в соответствии с контрактом должник может выступать покупателем или продавцом, поставщиком или получателем, и проблемы, возникающие в связи с несостоятельностью, могут существенно различаться, если их рассматривать с точки зрения каждой из таких сторон. Наиболее распространенным решением является установление общих норм в отношении всех категорий контрактов, а затем определение исключений для отдельных специальных контрактов, как это будет показано ниже.

92. С финансовой точки зрения контракты при банкротстве распадаются на две основные категории: контракты, заключенные до несостоятельности должника и контракты, заключенные после открытия производства по делу о несостоятельности. Нарушение условий контрактов, заключенных до несостоятельности, в соответствии с законодательством многих стран является основанием для необеспеченного требования по обязательствам, существовавшим до несостоятельности, которое обычно оплачивается на пропорциональной основе, в то время как нарушение контракта, заключенного после признания несостоятельности, обычно порождает первоочередное требование в отношении имеющихся средств и поэтому оплачивается в полном объеме в виде расходов управляющего в деле о несостоятельности. Различие между такими контрактами оказывается менее четким в тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности стремится обеспечить исполнение контракта, заключенного до объявления несостоятельности, исходя из результатов оценки, в соответствии с которыми исполнение контракта позволит получить больший чистый доход, чем его нарушение. Если предприятие продолжает таким образом исполнение контракта, то оно принимает контракт должника в качестве своего собственного, и любое последующее нарушение контракта в большинстве правовых систем также будет являться основанием для первоочередного требования (см. раздел V.1).

93. В связи с некоторыми условиями контрактов возникают соображения социального характера, которые могут потребовать специального режима в соответствии с законодательством по вопросам несостоятельности. К числу таких контрактов относятся, например, трудовые соглашения, сделки на финансовых рынках (см. ... ниже) и контракты на предоставление индивидуальных услуг, в связи с которыми особое значение приобретает идентификация стороны, несущей ответственность за исполнение данного соглашения, будь то должник или один из работников должника. Полномочия управляющего в деле о несостоятельности в отношении прекращения трудовых контрактов, например, могут ограничиваться, исходя из опасений, что ликвидация может быть использована как метод прямого аннулирования средств правовой защиты, предоставляемых работникам в соответствии с такими контрактами. Аналогичные проблемы возникают в тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности может изменять условия контрактов, относящихся к категории контрактов, для которых установлен специальный режим.

1. Прекращение

а) *Ликвидация*

94. Как правило, желательно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обладал полномочиями в отношении прекращения контракта, по которому стороны не исполнили свои обязательства в полном объеме. Для упрощения процесса прекращения контрактов могут быть использованы различные механизмы. В соответствии с одним подходом управляющий в деле о несостоятельности обязан принять меры по прекращению контракта. В соответствии со вторым подходом можно исходить из того, что контракт прекращается автоматически, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает решения о его продолжении в течение указанного срока. В случае прекращения контракта партнер освобождается от ответственности по исполнению оставшейся части контракта, и единственным серьезным вопросом является оценка необеспеченного ущерба в результате такого прекращения. Такой партнер превращается в необеспеченного кредитора, сумма требования которого равна сумме ущерба. В некоторых случаях, возможно, целесообразно предусмотреть специальные средства правовой защиты, подлежащие применению в случае аннулирования определенных видов контрактов, например контрактов на аренду, независимо от того, выступает ли должник арендатором или арендодателем. Если должник является арендатором, то можно установить определенный предельный объем ущерба, с тем чтобы требования по долгосрочному контракту аренды не оказались несоразмерно большими по сравнению с требованиями других кредиторов. Арендодатели, как правило, в состоянии уменьшить потери в результате сдачи имущества в аренду другому арендатору. Если должник выступает арендодателем, то, возможно, необходимо будет обеспечить защиту прав арендатора.

б) *Реорганизация*

95. В случае реорганизации перспективы ее успешного завершения можно улучшить, предоставив управляющему в деле о несостоятельности право аннулировать обременительные контракты, если расходы на исполнение выше потенциальных доходов или, например, в случае аренды, срок действия которой не истек, ставки по контракту превышают рыночные ставки.

с) *Исключения*

96. Независимо от масштабов полномочий управляющего в деле о несостоятельности в отношении продолжения исполнения или прекращения контрактов могут потребоваться исключения в отношении некоторых видов контрактов. Одним из важных исключений из таких полномочий в отношении прекращения являются трудовые контракты. Хотя подобные контракты имеют особое значение при реорганизационном производстве, их необходимо учитывать также в процессе ликвидации, если управляющий в деле о несостоятельности пытается продать предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Если управляющий в деле о несостоятельности может прекратить обременительные трудовые контракты, то это может способствовать реализации более высокой цены. С тем чтобы не допустить использования производства по делу о несостоятельности в качестве средства аннулирования средств правовой защиты работников, некоторые страны конкретно

ограничивают полномочия в отношении прекращения трудовых контрактов. Аналогичные ограничения прав по прекращению контрактов можно в соответствующих случаях применять в отношении арендных соглашений, если должник выступает арендодателем или заключил договор франшизы или же если должник выступает лицензиаром интеллектуальной собственности и прекращение лицензии приведет к закрытию предприятия лицензиата, особенно в тех случаях, когда преимущества для должника являются относительно незначительными.

2. Продолжение исполнения контрактов

а) Реорганизация

97. В случае реорганизации, когда цель состоит в том, чтобы обеспечить условия для выживания и продолжения в максимально возможной степени деятельности предприятия, способность продолжить исполнение контрактов, которые являются выгодными для данного предприятия и способствуют реализации стоимости, имеет принципиально важное значение. Если режим несостоятельности не предусматривает установления ограничений в отношении действия положений о прекращении контрактов после возбуждения или открытия реорганизационного производства, то это может повлиять на перспективу успешной реорганизации.

98. Прежде всего возникает вопрос о том, содержит ли рассматриваемый контракт положение, в соответствии с которым открытие производства по делу о несостоятельности представляет собой признание неплатежеспособности должника, т.е. событие, которое предоставляет партнеру безусловное право на прекращение или сокращение срока исполнения контракта или какие-либо другие права. В законодательстве некоторых стран подтверждается действительность таких положений, и управляющий в деле о несостоятельности получает возможность продолжать исполнение контракта только в том случае, если партнер не принимает решения или его удастся убедить не принимать решения о прекращении или сокращении срока исполнения контракта. Если партнер обладает правом прекращать контракт, то в законодательстве по вопросам о несостоятельности можно предусмотреть механизм, который может быть использован для того, чтобы убедить партнера продолжить исполнение контракта, например, предусмотрев, что платеж в соответствии с контрактом предоставляет первоочередное право на получение платежа за услуги, предоставленные после открытия производства. В законодательстве других стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может продолжить исполнение контракта вопреки возражениям партнера, т.е. любое признание несостоятельности в результате открытия производства по делу о несостоятельности, предоставляющее право прекратить или сократить срок исполнения контракта, не принимается во внимание в силу закона.

99. К числу доводов в пользу того, чтобы не принимать во внимание положения о прекращении или сокращении сроков исполнения контрактов при реорганизационном производстве, относится необходимость повышения потенциальной доходности коммерческого предприятия; ослабление переговорных позиций основных поставщиков; сохранение для кредиторов ценности контрактов должника; [...].

100. К аргументам против того, чтобы не принимать во внимание право партнера прекращать контракт, может относиться необходимость воспрепятствовать исполнению должником на селективной основе тех контрактов, которые являются выгодными, при аннулировании других контрактов, т.е. лишить его преимущества, которым не обладает добросовестный партнер; последствия такого положения для взаимозачета; убежденность в том, что, поскольку несостоятельное коммерческое предприятие, как правило, будет не в состоянии осуществлять платежи, отсрочка прекращения контрактов может привести к увеличению объема задолженности; способность авторов интеллектуальной собственности контролировать использование такой собственности и воздействие прекращения контракта на коммерческое предприятие партнера применительно к нематериальным активам.

101. В тех случаях, когда законодательство по вопросам несостоятельности предусматривает возможность игнорирования положений о прекращении контрактов, кредиторы могут заблаговременно принять меры для избежания такого результата, прекратив контракты до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности. Для исправления положения можно предусмотреть, что управляющий в деле о несостоятельности уполномочен возобновлять такие контракты при условии выполнения ранее существовавших и последующих обязательств.

102. Продолженные контракты рассматриваются в качестве текущих обязательств предприятия, подлежащих исполнению, и все договорные обязательства предприятия превращаются в последующие обязательства. Требования, возникающие в результате исполнения договора после открытия производства по делу о несостоятельности, рассматриваются в ряде законов по вопросам несостоятельности в качестве административных расходов (см. раздел V.1) и имеют приоритетный статус при распределении. Если управляющий в деле о несостоятельности нарушает какое-либо соглашение после того как его исполнение было продолжено, сторона, которой причиняется ущерб в результате такого нарушения, может получить право добиваться осуществления своих прав и применения средств правовой защиты по соглашению в соответствии с применимым законодательством, помимо законодательства по вопросам несостоятельности, и на возмещение ущерба, которое также может рассматриваться в качестве административного требования (в отличие от необеспеченного требования).

103. Если должник не в состоянии исполнить обязательство в соответствии с контрактом в момент подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности, то принципиальный вопрос заключается в том, насколько справедливо требовать от партнера продолжать отношения с несостоятельным должником, если нарушение обязательств было допущено еще до возбуждения дела о несостоятельности. В соответствии с законодательством некоторых стран в качестве условия продолжения исполнения контракта требуется, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обеспечил исполнение любых неисполненных требований и дал заверения в отношении исполнения обязательств в будущем в результате предоставления, например, залога или гарантии.

b) Ликвидация

104. В случае ликвидации продолжение исполнения контрактов является не настолько желательным, как в случае реорганизации, за исключением случаев, когда контракт может способствовать увеличению стоимости коммерческого предприятия или каких-либо конкретных активов и поэтому может способствовать его реализации в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Продолжение исполнения соглашения об аренде, например, если арендная плата ниже рыночных ставок и до истечения срока соглашения остается значительное время, может иметь принципиальное значение в связи с любой предлагаемой продажей коммерческого предприятия.

105. К числу доводов в пользу игнорирования положений о прекращении контрактов при ликвидации может относиться необходимость сохранения коммерческого предприятия как единого целого для максимизации его продажной стоимости или для повышения его прибыльности; необходимость ослабления переговорных позиций основного поставщика и желательность вовлечения всех сторон в процесс окончательного отчуждения предприятия.

c) Исключения

106. Как правило, существует две категории исключений из полномочий управляющего в деле о несостоятельности в отношении продолжения исполнения контрактов. Во-первых, если управляющий в деле о несостоятельности имеет право не принимать во внимание положения о прекращении контрактов, можно предусмотреть конкретные исключения в отношении таких контрактов, как краткосрочные финансовые контракты (например, соглашение СВОП и фьючерсные соглашения). Ко второй категории относятся исключения, касающиеся контрактов, по которым, независимо от порядка рассмотрения положений о прекращении контрактов в законодательстве по вопросам о несостоятельности, исполнение контракта не может быть продолжено, поскольку он предусматривает предоставление должником незаменимых персональных услуг (например, оперными певцами).

3. Уступка

107. Контракты, исполнение которых было продолжено, могут впоследствии быть уступлены за определенную цену. В законодательстве по вопросам несостоятельности некоторых стран содержится требование о необходимости получения согласия партнера или всех сторон, а в соответствии с законодательством других стран положения, запрещающие уступку, утрачивают силу в результате открытия производства по делу о несостоятельности. После этого управляющий в деле о несостоятельности имеет право уступать контракт в целях увеличения конкурсной массы. Хотя последний из упомянутых вариантов считается принципиально важным для ликвидационного производства в некоторых странах, в других странах такая практика не применяется и запрещена.

108. Наличие у управляющего в деле о несостоятельности права выбора между продолжением исполнения и уступкой контрактов в нарушение условий таких контрактов может способствовать существенному увеличению конкурсной массы, и поэтому выгодно для бенефициаров процесса распределения

поступлений после ликвидации. Тем не менее существование такого права несомненно ограничивает права партнера в соответствии с контрактом, и в связи с этим может возникнуть проблема причинения ущерба, особенно если партнер практически не может повлиять на выбор цессионария. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что, если партнер не соглашается на уступку, управляющий в деле о несостоятельности может осуществить уступку с разрешения суда, если он сможет доказать, что не существует разумных оснований для отказа партнера дать такое согласие. В законодательстве некоторых стран, которое допускает продолжение исполнения и уступку контрактов, содержится требование о том, что управляющий в деле о несостоятельности должен доказать партнеру, что цессионарий сможет надлежащим образом исполнять контракт.

4. Процедурные вопросы

109. В соответствии с законодательством некоторых стран управляющему в деле о несостоятельности разрешается принимать самостоятельные решения в отношении продолжения исполнения контракта, в то время как законодательство других стран требует утверждения судом. Для избежания необоснованных задержек в процессе производства желательно, чтобы такое решение принималось в течение определенного предусмотренного срока. С учетом характера соответствующего производства такой срок может быть более продолжительным при реорганизации, чем при ликвидации, с учетом гибкого подхода к вопросу о продлении этого срока, если это выгодно для процесса реорганизации. Если соответствующее решение не принимается в течение срока, предусмотренного в законодательстве, или же на основании постановления суда (если партнер по контракту просит суд вынести такое решение, когда его не в состоянии принять управляющий в деле о несостоятельности), законодательство некоторых стран содержит положение о прекращении соглашения автоматически или по выбору партнера в случае невыполнения этого обязательства.

110. В соответствии с законодательством многих стран управляющий в деле о несостоятельности не обязан направлять уведомление о прекращении контракта за исключением случаев, связанных с трудовыми контрактами и соглашениями об аренде (недвижимости). В то же время в законодательстве некоторых стран содержится требование о том, что управляющий в деле о несостоятельности обязан выполнять требования контракта в отношении уведомления, хотя могут быть предусмотрены положения о сокращении соответствующих сроков в случае долгосрочных контрактов на аренду.

111. [Зачет требований]

112. [Финансовые контракты и взаимозачет]

В. Резюме – режим в отношении контрактов

1. Прекращение

113. Управляющий в деле о несостоятельности может прекратить контракты в рамках ликвидационного и реорганизационного производства. Решение о прекращении вступает в силу:

- a. когда управляющий в деле о несостоятельности направляет уведомление о прекращении или
- b. автоматически в отсутствие решения о продолжении исполнения в течение предусмотренного срока.

114. В результате прекращения возникает необеспеченное требование в отношении возмещения ущерба, понесенного в результате прекращения контракта.

115. Право прекращать определенные конкретно предусмотренные категории контрактов, например трудовые контракты, в рамках реорганизационного производства должно быть ограничено.

2. Продолжение исполнения

116. Управляющий в деле о несостоятельности, с согласия или без согласия суда, может продолжить исполнение контрактов, за исключением определенных конкретно указанных категорий. Если в соответствии с каким-либо положением контракта он прекращается в момент открытия производства по делу о несостоятельности, могут применяться следующие подходы:

- a. соответствующее положение может рассматриваться управляющим в деле о несостоятельности или судом как утратившее силу;
- b. такое положение утрачивает силу в соответствии с законодательством по вопросам несостоятельности.

117. Контракты, исполнение которых продолжено управляющим в деле о несостоятельности, превращаются в обязательства данного предприятия с момента открытия производства.

3. Уступка

118. Управляющий в деле о несостоятельности может уступать контракты, исполнение которых продолжено:

- a. рассматривая положения, запрещающие уступку, в качестве положений, утративших силу;
- b. при условии согласия партнера [всех сторон];
- c. если партнер [все стороны] не дают согласия, суд может одобрить уступку.

4. Действия по расторжению сделок

А. Общие замечания: действия по расторжению сделок, заключенных до открытия производства по делу о несостоятельности

119. В законодательстве многих стран некоторые сделки, заключенные до возбуждения производства по делу о несостоятельности, рассматриваются в качестве противоречащих или наносящих финансовый ущерб интересам всех

акционеров должника, особенно если они заключены с учетом вероятности наступления несостоятельности. Сделка может попасть в категорию таких сделок ретроактивно, т.е. она может представлять собой сделку, которая при обычных обстоятельствах не рассматривается в качестве неправомерной, однако считается сделкой, причиняющей ущерб, в свете последующей несостоятельности. Как будет показано ниже, эта область относится к числу областей, в которых необходимо обеспечить весьма деликатный баланс между различными социальными преимуществами, например, между обширными полномочиями по максимизации стоимости конкурсной массы в интересах всех кредиторов и возможными последствиями снижения предсказуемости и определенности в отношении исполнения условий контрактов. Если при обеспечении такого баланса оказывается, что какая-либо конкретная сделка может нанести ущерб, она может превратиться в "подлежащую расторжению", т.е. ее, возможно, необходимо будет рассматривать в качестве юридически ничтожной, с тем чтобы управляющий в деле о несостоятельности мог вернуть переданное должником имущество или его стоимость в интересах всех акционеров.

120. Производство по делу о несостоятельности может быть открыто по истечении продолжительного срока после того, как должнику станет очевидна неизбежность такого результата. В течение такого промежуточного срока должник будет обладать значительными возможностями для того, чтобы попытаться скрыть свои активы от кредиторов, взять на себя искусственные обязательства, предоставить дотации родственникам и друзьям или произвести платежи отдельным кредиторам на выборочной основе. В результате таких действий, с точки зрения последующего производства по делу о несостоятельности, в невыгодном положении окажется общая масса необеспеченных кредиторов, которые не выступали сторонами таких сделок и не пользуются какой-либо защитой в виде обеспечения, а также будет нанесен ущерб усилиям по обеспечению равного режима для всех кредиторов. Основная цель полномочий по расторжению сделок состоит в том, чтобы обеспечить справедливое распределение среди кредиторов активов несостоятельного должника с учетом установленного порядка очередности платежей.

121. При формулировании положений о расторжении сделок используются различные подходы. Один подход основывается прежде всего на общих объективных критериях определения возможности расторжения сделок. Вопрос может, например, заключаться в том, заключена ли сделка в течение указанного срока до открытия производства, или в том, соответствует ли перевод или сделка каким-либо общим характеристикам, предусмотренным в законе (например, требованиям в отношении обеспечения надлежащей стоимости). Хотя общие критерии, возможно, легче применять, применение исключительно таких критериев может привести к получению произвольных результатов, в результате чего недействительными могут быть признаны законные и полезные сделки, заключенные в течение указанного срока, в то время как мошеннические или преференциальные сделки, которые не были заключены в течение этого срока, окажутся не подлежащими расторжению. В соответствии с другим подходом применяются такие индивидуальные субъективные критерии, как наличие доказательств в отношении намерения скрыть активы от кредиторов, независимо от того, являлся ли должник несостоятельным в момент заключения сделки и было ли известно о такой несостоятельности его партнеру. Применение

сбалансированного подхода на основе объединения различных элементов вышеизложенных методов позволяет свести к минимуму нежелательные последствия исключительно общего подхода.

122. Для большинства правовых систем характерны четыре категории подлежащих расторжению сделок. К их числу относится передача активов в целях обмана кредиторов, передача активов по заниженной стоимости, преференциальные платежи отдельным кредиторам и недействительные обеспечительные интересы. Для некоторых сделок могут быть характерны элементы различных категорий таких сделок в зависимости от конкретных обстоятельств заключения каждого контракта. Например, сделки, которые, как представляется, являются преференциальными, могут в большей степени носить мошеннический характер, если они заключены в тот момент, когда должник практически является несостоятельным, или если в результате таких сделок должник остается с недостаточными активами для продолжения коммерческой деятельности. В отношении каждой из таких категорий в отдельных правовых системах применяются различные подходы по вопросу о том, можно ли обязать цессионария, т.е. лицо, которому было передано имущество, возвратить такое имущество, если оно действовало добросовестно, оплатило передачу и не было осведомлено о соответствующих фактах. Некоторые системы допускают защиту интересов цессионария на таких основаниях, в то время как в соответствии с другими системами имущество подлежит возвращению в любом случае, хотя может быть предусмотрена определенная защита в отношении возмещения любой стоимости фактически переданной цессионарием.

123. Сделки первой из таких категорий считаются подлежащими расторжению по ряду причин, включая следующие:

- i) для предупреждения мошенничества (например, при передаче активов для их сокрытия и последующего использования должником);
- ii) предупреждение фаворитизма, когда должник стремится обеспечить преимущества некоторым кредиторам за счет других кредиторов;
- iii) предупреждение внезапного сокращения стоимости активов компании непосредственно перед установлением судебного надзора; и
- iv) создание рамок для применения внесудебных процедур урегулирования: кредиторы будут знать, что совершенные в последний момент переводы или изъятия активов могут быть признаны недействительными и поэтому будут проявлять большую готовность работать совместно с должниками в целях достижения приемлемого урегулирования без вмешательства суда.

124. Возможность расторжения сделок четвертой категории, связанных с недействительными обеспечительными интересами, непосредственно связана с обеспечением соблюдения норм, касающихся таких интересов в контексте несостоятельности. Так, например, те системы, которые требуют публичной регистрации определенных категорий обеспечения, могут предусматривать, что обеспечение не может служить основанием для иска или является недействительным в рамках производства по делу о несостоятельности, если не было произведено регистраций. Это позволяет обеспечить соблюдение принципов, установленных в законодательстве, допускающем предоставление

обеспечения кредиторам. С другой стороны, обеспечительный интерес, являющийся действительным в соответствии с таким законодательством, может не приниматься во внимание в рамках производства по делу о несостоятельности для достижения первых трех из упомянутых выше целей. Так, например, предоставление обеспечительного интереса незадолго до объявления о несостоятельности, которое в противном случае является действительным, может быть признано действием, в результате которого определенный кредитор оказывается в предпочтительном положении за счет других кредиторов.

1. Мошеннические сделки

125. Мошенническими переводами являются переводы, осуществленные администрацией должника в целях обмана кредиторов или для того, чтобы противодействовать или препятствовать усилиям по удовлетворению требований, в результате перевода активов какой-либо третьей стороне, с тем чтобы они стали недостижимыми для кредиторов. Законодательство по вопросам несостоятельности многих стран не ограничивает срок, в течение которого могли заключаться такие сделки, с тем чтобы они подлежали расторжению.

2. Сделки по заниженной стоимости

126. Сделки могут быть расторгнуты в тех случаях, если стоимость, полученная должником в результате передачи какой-либо третьей стороне, является либо чисто номинальной, либо гораздо ниже истинной стоимости переданных активов. Законодательство некоторых стран содержит также требование о необходимости установления факта несостоятельности должника в момент передачи или возникновения несостоятельности в результате такой передачи.

3. Преференциальные сделки

127. Преференциальными переводами обычно являются платежи, которые производятся в нарушение принципа *pari passu* на основе преференциального отношения к некоторым кредиторам и третьим сторонам по сравнению с другими кредиторами, требования которых могут остаться неоплаченными в течение периода, по окончании которого возбуждается производство по делу о несостоятельности. Такие сделки могут подлежать расторжению, если перевод был осуществлен в течение определенного срока ("подозрительный срок") до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности в пользу какого-либо кредитора на основании задолженности, и в результате такого перевода данный кредитор получает сумму, превышающую его законную долю *pro rata* в активах должника. Во многих странах необходимо также доказать, что в момент совершения сделки должник был несостоятельным или был близок к несостоятельности. К другой категории преференциальных сделок могут относиться переводы, осуществленные после подачи заявления о возбуждении производства дела по делу о несостоятельности, однако до открытия такого производства, если соответствующая сделка не разрешена в соответствии с положениями законодательства по вопросам несостоятельности.

128. Дары могут носить мошеннический характер или же быть абсолютно добросовестными, однако в любом случае они могут оказаться несправедливыми по отношению к кредиторам и поэтому на них должны распространяться полномочия по расторжению сделок. Предвзятым и подлежащим расторжению

может быть сочтен зачет требований, произведенный незадолго до возбуждения производства по делу о несостоятельности (см. раздел III.4).

129. [Неразрешенные переводы, осуществленные после возбуждения производства; аннулирование предварительных платежей, произведенных в течение "подозрительного срока"; сделки, существенно отличающиеся от обычной коммерческой практики.]

4. Установление "подозрительного периода"

130. В законодательстве по вопросам несостоятельности некоторых стран конкретно определяется "подозрительный период" (например, определенное количество дней или месяцев до открытия производства по делу о несостоятельности), и все сделки упомянутых категорий, заключенные в течение такого периода, могут быть расторгнуты. В соответствии с законодательством других стран "подозрительный период" определяется ретроактивно судом после открытия производства. Согласно такому законодательству решение суда довольно часто основывается на определении того, когда должник перестал оплачивать свои долги на нормальной основе ("приостановление платежей"). [Обсуждение преимуществ каждого из этих подходов]. В некоторых системах предусматривается один "подозрительный период" для всех категорий подлежащих расторжению сделок, в то время как в других системах устанавливаются различные периоды в зависимости от того, был ли ущерб нанесен кредиторам умышленно, являлся ли получатель осведомленной стороной (т.е. лицом, имеющим тесные деловые или семейные связи с должником или его кредиторами). Поскольку мошеннические сделки связаны с умышленным противоправным поведением, довольно часто предусматриваются весьма существенные "подозрительные периоды", продолжительность которых может составлять от одного года до шести лет. Если в преференциальных сделках участвуют кредиторы, которые не являются осведомленными сторонами, "подозрительный период" может быть относительно коротким и не превышать нескольких месяцев. Если же в таких сделках участвуют лица, связанные с должником, то во многих странах применяется подход, предусматривающий более строгие правила, включая более продолжительные "подозрительные периоды" и перераспределение бремени доказывания. Так, например, может быть расторгнута сделка, связанная с переводом активов по заниженной стоимости, хотя должник не был несостоятельным в момент осуществления такого перевода и такой перевод не является причиной несостоятельности.

5. Ответственность получателей

131. В связи с каждой из вышеупомянутых категорий сделок возникают вопросы о том, возможно ли освобождение получателя от ответственности и насколько желательным является аннулирование переводов. Применительно к каждой категории сделок конкретное решение может быть обусловлено различными соображениями и будет приниматься с учетом требований об обеспечении справедливости в отношении добросовестных сторон и с учетом проблем, связанных с доказыванием мотивов и осведомленности, а также ущерба, нанесенного кредиторам, независимо от намерений получателя. В случае мошеннических сделок, например, будет приниматься во внимание то, в какой степени получатель уплатил надлежащую сумму и в какой степени он был

осведомлен о фактических намерениях должника обмануть кредиторов. В случае перевода активов по заниженной стоимости необходимо будет ответить на вопрос о том, являлся ли получатель осведомленной стороной и было ли ему известно о фактически неизбежной несостоятельности должника или о том, что в результате такого перевода должник, вероятно, окажется несостоятельным.

132. В отношении действий по расторжению преференциальных сделок могут применяться различные подходы. В соответствии с одним подходом, если кредитор–получатель действует добросовестно и ему не известно о несостоятельности должника в момент перевода или о том, что он окажется несостоятельным в результате перевода, такой кредитор не несет ответственности и перевод не аннулируется. В соответствии с другим подходом достигается аналогичный результат, если перевод был осуществлен должником практически одновременно с возникновением требования кредитора, сопровождался впоследствии передачей стоимости и был осуществлен в рамках обычных коммерческих операций.

6. Ничтожные и потенциально ничтожные сделки

133. Если сделка относится к любой из вышеупомянутых категорий, то в соответствии с законодательством по вопросам несостоятельности она либо автоматически оказывается недействительной или же может быть признана таковой. В тех странах, где такие сделки в соответствии с законодательством могут быть признаны недействительными, управляющий в деле о несостоятельности обязан установить, будет ли расторжение такой сделки выгодным для конкурсной массы, принимая во внимание задержки в процессе возвращения соответствующих активов или возмещения их стоимости или же возможные судебные издержки. Такие дискреционные полномочия, как правило, вытекают из обязательства управляющего в деле о несостоятельности добиваться максимизации стоимости конкурсной массы, и он будет нести ответственность в том случае, если он не обеспечит такой максимизации. Если управляющий в деле о несостоятельности не принимает мер по расторжению определенных сделок, то в соответствии с законодательством по вопросам несостоятельности некоторых стран отдельный кредитор или комитет кредиторов может предпринять действия, в результате которых управляющий в деле о несостоятельности будет обязан принять меры в целях расторжения сделок, если это представляется выгодным для конкурсной массы. Законодательство других стран предусматривает также право отдельного кредитора или комитета кредиторов самостоятельно предпринимать действия по расторжению таких сделок. В тех случаях, когда подобные действия разрешены, в законодательстве может предусматриваться, что активы или стоимость, возвращенные кредитором, должны рассматриваться в качестве части конкурсной массы; в других случаях возвращенные ценности могут быть использованы для удовлетворения требования того кредитора, который предпринял соответствующие действия.

7. Вопросы доказывания

134. В законодательстве по вопросам несостоятельности применяются различные подходы для установления элементов действий по расторжению сделок. В соответствии с законодательством некоторых стран должник обязан доказать, что данная сделка не относится к какой-либо категории сделок, которые могут быть расторгнуты. В соответствии с законодательством других стран кредитор или другое лицо, оспаривающее правомерность сделки, например управляющий в деле о несостоятельности, обязан доказать наличие каждого элемента, являющегося основанием для действий по расторжению сделок. Некоторые законы предусматривают возможность перераспределения бремени доказывания, если, например, управляющему в деле о несостоятельности трудно установить истинное намерение должника в отношении обмана кредиторов и он может исходить только из внешних показателей, объективных проявлений и других косвенных доказательств такого намерения. Бремя доказывания добросовестности мотивов должника в соответствии с таким законодательством перекладывается на получателя перевода.

В. Резюме – расторжение сделок

[...]

IV. Ведение производства

1. Права и обязательства должника

А. Общие замечания

1. Контроль за деятельностью администрации должника

а) Ликвидация

135. После открытия ликвидационного производства для сохранения конкурсной массы потребуются всесторонние меры по защите ее не только от действий кредиторов, но и от действий администрации или владельцев должника. По этой причине многие законы о несостоятельности лишают администрацию или владельцев должника всех прав управления и ведения коммерческой деятельности, и назначается управляющий в деле о несостоятельности, который принимает на себя все эти обязанности. К числу таких обязанностей может относиться право возбуждать и защищать правовые иски в отношении конкурсной массы, а также право получать все суммы, выплачиваемые должнику. После открытия производства по делу о ликвидации любые действия должника, наносящие ущерб имуществу, составляющему конкурсную массу, как правило, будут считаться недействительными.

136. В тех случаях, когда установлено, что наиболее эффективным средством ликвидации конкурсной массы является ее продажа как жизнеспособного

коммерческого предприятия, некоторые законы наделяют управляющего в деле о несостоятельности полномочиями предоставлять администрации или владельцам должника право сохранять определенную степень контроля для содействия реализации активов и коммерческого предприятия под контролем и надзором управляющего в деле о несостоятельности. При таком подходе на управляющего в деле о несостоятельности может быть возложена ответственность за неправомерные действия должника в период осуществления контроля управляющим.

b) Реорганизация

137. В случае реорганизационного производства не существует согласованного подхода к вопросу о том, в какой степени отстранение должника является наиболее целесообразным методом и можно ли поручать администрации должника функции по управлению текущей деятельностью. Во многих случаях, несмотря на вину администрации должника в финансовых трудностях предприятия, эта администрация будет самым непосредственным образом знакома со всеми деталями коммерческой деятельности должника. Такие знания могут послужить основанием для того, чтобы администрации было поручено продолжать выполнять свои функции по принятию текущих управленческих решений. По аналогичным причинам во многих случаях администрация должника располагает всеми возможностями для того, чтобы предложить на утверждение кредиторам и суду план реорганизации. В таких условиях, несмотря на роль администрации должника в возникновении его финансовых трудностей, полное отстранение ее от исполнения всех функций может привести к тому, что у должников не будет стимула начать процедуры реорганизации на раннем этапе, что может снизить шансы на успех реорганизации.

138. Есть несколько подходов к обеспечению сбалансированности этих соображений. Один из них заключается в распределении функций между должником и управляющим в деле о несостоятельности, и в этом случае управляющий будет осуществлять надзор за деятельностью должника и утверждать важные сделки, а должник будет продолжать управлять повседневной деятельностью предприятия. Такой подход, возможно, потребует подкрепить сравнительно четкими правилами для обеспечения ясности в вопросе о распределении обязанностей между управляющим по делу о несостоятельности и должником, а также в вопросе о том, каким образом должна проводиться реорганизация. Вместе с тем, если есть факты, свидетельствующие о серьезных нарушениях в области управления или распоряжения активами, или если задача в реорганизации перестает быть реальной, то, возможно, будет целесообразным отстранить администрацию или владельцев должника судом по его собственной инициативе или по инициативе управляющего в деле о несостоятельности или же, возможно, по инициативе кредиторов или комитета кредиторов. В том случае, когда полномочия предоставлены кредиторам или комитету кредиторов, может потребоваться принятие мер предосторожности, которые исключили бы возможность злоупотреблений со стороны кредиторов, пытающихся сорвать процесс реорганизации или получить ненадлежащим образом в свое распоряжение рычаги влияния. Этого можно достичь, например, установив требование о том, что для использования таких мер защиты это решение должно быть принято соответствующим большинством голосов кредиторов.

139. Другой подход, который применяется в законодательстве очень немногих стран по вопросам о несостоятельности, заключается в предоставлении должнику возможностей сохранения полного контроля за деятельностью коммерческого предприятия, вследствие чего суд после открытия разбирательства не назначает независимого управляющего (этот случай известен под названием "сохранение прав владения должником"). Хотя подобный подход может иметь преимущества в плане шансов на успешную реорганизацию, здесь могут быть также и недостатки. К числу этих недостатков может относиться процедура, применяемая в том случае, когда совершенно очевидно, что результат вряд ли будет благоприятным, т.е. процедура, к которой прибегают для того, чтобы отсрочить неизбежное, в результате чего активы продолжают исчезать и возникает возможность того, что администрация будет действовать без должной ответственности или даже мошенническим образом в период внешнего управления, что наносит ущерб реорганизации и доверию кредиторов. Эти трудности можно уменьшить, приняв некоторые защитные меры, например, назначив уполномоченного в деле о несостоятельности для надзора за деятельностью должника или учредив механизм, позволяющий суду (будь то по собственной инициативе или по ходатайству кредиторов) преобразовать производство в ликвидационное, а также возложив на кредиторов важную роль по осуществлению надзора или контроля за деятельностью должника. Тем не менее такой подход весьма сложен, он затрагивает ряд различных аспектов организации режима несостоятельности и требует подробного рассмотрения.

140. С тем чтобы помочь должнику в выполнении его обязанностей, законодательство некоторых стран позволяет ему нанимать при условии получения соответствующего разрешения таких экспертов, как бухгалтерские работники, юристы, оценщики и другие специалисты, которые могут ему потребоваться. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что такое разрешение дается управляющим в деле о несостоятельности, в других же странах предусматривается, что оно дается судом или кредиторами.

2. Предоставление информации

141. Для того чтобы суд, кредиторы и заинтересованные стороны получили возможность провести разумную оценку неотложных потребностей должника в ликвидных средствах и целесообразности нового финансирования, проанализировать коммерческие перспективы предприятия и его жизнеспособность в долгосрочном плане, а также определить, отвечает ли администрация необходимым условиям для того, чтобы она могла продолжать возглавлять предприятие, им необходимо будет иметь информацию в отношении коммерческого предприятия, которая может быть предоставлена должником. Для обеспечения этого при обоих видах производства по делу о несостоятельности, особенно при реорганизационном производстве, целесообразно возложить на должника постоянное обязательство по раскрытию информации в отношении его коммерческого предприятия и финансовых дел с определенной степенью детализации. Для того чтобы предоставленную информацию можно было использовать в этих целях, она должна быть актуальной и поэтому должна предоставляться в кратчайший возможный срок после открытия производства. В тех случаях, когда должник не является физическим лицом, эта информация может быть предоставлена управляющему в деле о несостоятельности сотрудниками должника и другими соответствующими третьими сторонами.

Одним из альтернативных подходов является обязать одного или нескольких директоров назначить своего представителя или присутствовать на главном совещании кредиторов и отвечать на заданные вопросы, за исключением тех случаев, когда это физически невозможно, поскольку директора находятся не в том месте, где могут проводиться совещания кредиторов. Зачастую эта информация будет представлять собой конфиденциальные коммерческие сведения, и желательно, чтобы законодательство о несостоятельности включало положения по защите конфиденциальной информации. В тех случаях, когда информация не раскрывается, может возникнуть необходимость в том или ином механизме, позволяющем в принудительном порядке получить соответствующую информацию. Это может осуществляться в форме "открытой проверки" должника или же, как это принято в практике ряда стран, в форме применения уголовных санкций.

142. Для содействия предоставлению информации должником в законодательстве некоторых стран разработаны стандартные информационные бланки, в которых указывается конкретная требуемая информация. Эти бланки заполняются должником (предусматриваются надлежащие санкции за предоставление ложной или вводящей в заблуждение информации) или каким-либо независимым лицом или администратором.

В. Резюме – права и обязательства должника

[...]

2. Права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности

А. Общие замечания

143. Управляющий в деле о несостоятельности играет центральную роль в эффективном применении законодательства. В тех случаях, когда таким управляющим является должностное лицо, назначенное судом, в законодательстве многих стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности несет обязательства по обеспечению эффективного и беспристрастного применения закона. Поскольку управляющий в деле о несостоятельности, как правило, располагает большей частью информации в отношении положения должника, он находится в наилучшем положении для принятия обоснованных решений. Это не означает, что управляющий в деле о несостоятельности заменяет собой суд: спор между управляющим в деле о несостоятельности и заинтересованной стороной будет решаться судом соответствующей юрисдикции. Даже в тех странах, где роль суда в производстве по делу о несостоятельности ограничена, существуют пределы объема полномочий, которые, как правило, могут предоставляться управляющему в деле о несостоятельности.

1. Выбор и назначение управляющего в деле о несостоятельности

144. В некоторых юрисдикциях выбор, назначение и контроль за деятельностью управляющего в деле о несостоятельности осуществляет суд. В других юрисдикциях выбор управляющего в деле о несостоятельности по поручению суда осуществляет независимый орган или учреждение, на которое возложены функции общего руководства деятельностью всех управляющих в делах о несостоятельности. Третий подход состоит в том, что кредиторы играют определенную роль в представлении кандидатуры и выборе назначаемого управляющего в деле о несостоятельности при том условии, что это лицо должно отвечать соответствующим требованиям для работы в этом качестве в данном конкретном случае. Хотя эти последние подходы, возможно, позволяют устранять опасения в отношении пристрастности, недостаток их может заключаться в том, что они требуют дополнительных ресурсов и инфраструктуры.

2. Квалификационные требования

145. Управляющий в деле о несостоятельности может выбираться из различных кругов, например из числа представителей предпринимательского сообщества, служащих какого-либо специализированного правительственного учреждения или же из числа членов какой-либо частной группы квалифицированных специалистов. С этим связан вопрос, должен ли управляющий в деле о несостоятельности быть физическим лицом или же для этой цели может быть назначено также юридическое лицо. Независимо от того, каким образом назначается управляющий в деле о несостоятельности, учитывая сложный характер многих процедур несостоятельности, желательно, чтобы это лицо было знакомо с вопросами права, было беспристрастным и располагало надлежащим опытом в области коммерческих и финансовых вопросов. Если требуются специальные знания, они всегда могут быть предоставлены экспертами на основе найма. В некоторых странах достаточным основанием для того, чтобы исключить назначение лица в качестве управляющего в деле о несостоятельности является коллизия интересов, возникающая в результате его прежних связей с должником, кредитором или каким-либо членом суда.

3. Обязанность проявлять осмотрительность

146. Для ведения производства по делу о несостоятельности важное значение имеет то, чтобы управляющий в деле о несостоятельности проявлял нормальную осмотрительность и нес личную ответственность. При выполнении своих функций управляющий в деле о несостоятельности выступает в качестве попечителя и несет общее обязательство проявлять лояльность по отношению к имуществу, составляющему конкурсную массу, и различным заинтересованным лицам, участвующим в данном деле. Управляющий в деле о несостоятельности в качестве такового может нести ответственность за нарушение этих обязательств. Для определения степени должной осмотрительности, разумности и квалификации требуется стандарт, учитывающий сложные обстоятельства, в которых действует управляющий в деле о несостоятельности при выполнении своих функций, например стандарт небрежности. В законодательстве некоторых стран, регулирующем вопросы несостоятельности, установлено требование, согласно которому управляющий в деле о несостоятельности должен выдать гарантию или обеспечить страхование от нарушения им своих обязанностей. В

случае причинения ущерба имуществу несостоятельного должника, вызванного небрежностью, некомпетентностью или недобросовестностью агентов и служащих управляющего в деле о несостоятельности, законодательство некоторых стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности не несет личной ответственности за исключением тех случаев, когда он не проявляет надлежащей осмотрительности при выполнении своих обязанностей. [*Вопрос для Рабочей группы: есть ли другие подходы к вопросу об ответственности управляющего в деле о несостоятельности?*]

147. Согласно законодательству некоторых стран, управляющему в деле о несостоятельности необходимо получить разрешение суда для найма бухгалтеров, юристов, оценщиков и других специалистов, помощь которых может потребоваться управляющему для выполнения своих функций. В других же странах разрешения суда не требуется. Что касается вознаграждения этих специалистов, то согласно законодательству некоторых стран его размеры должны утверждаться по ходатайству судом, в то время как при другом возможном подходе требуется одобрение со стороны органа кредиторов. Оплата услуг специалистов может производиться на периодической основе в ходе производства или же после его завершения.

4. Замена или отстранение

148. В случае смерти или отставки управляющего в деле о несостоятельности, нарушения производства и задержки, которая может быть вызвана неназначением преемника, можно избежать, предусмотрев назначение преемника управляющего в деле о несостоятельности. Законодательство некоторых стран, регулирующее вопросы несостоятельности, позволяет в некоторых случаях отстранять управляющего в деле о несостоятельности. К ним может относиться случай, когда управляющий в деле о несостоятельности нарушил или не выполнил свои определенные законом обязанности в соответствии с режимом несостоятельности или продемонстрировал явную некомпетентность или грубую небрежность. При различных подходах предусматривается, что он может быть отстранен решением суда, действующего по собственной инициативе или по ходатайству какой-либо заинтересованной стороны, или же решением, принимаемым требуемым большинством необеспеченных кредиторов.

В. Резюме – права и обязательства управляющего в деле о несостоятельности

[...]

3. Требования кредиторов

А. Общие замечания

149. Требования действуют на двух уровнях производства по делу о несостоятельности: для определения того, какие кредиторы могут голосовать и каким образом они могут голосовать (в соответствии с категориями кредиторов, к которым они относятся), а также для целей распределения. В законодательстве

имеются различия в отношении видов требований, которые могут предъявляться. В законодательстве некоторых стран проводится различие между обеспеченными и необеспеченными требованиями. Обеспеченный кредитор, как правило, не предъявляет требования, если только он не отказывается от своего обеспечения или же если обеспечение не является недостаточным (т.е. сумма требования превышает стоимость обеспечения) и если только он не желает предъявить требование в отношении необеспеченной части (что может представлять собой предварительное требование). В законодательстве некоторых стран предусматривается, что некоторые требования не принимаются по соображениям публичной политики, например, требования относительно доходов в иностранной валюте, требования по судебным решениям, полученным мошенническим путем, требования в отношении штрафов и пени, а также долгов в связи с азартными играми.

1. Предъявление требований

150. Могут использоваться различные механизмы предъявления требований. В законодательстве многих стран на кредиторов возлагается бремя представления управляющему в деле о несостоятельности доказательств, подтверждающих их требования для рассмотрения. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что в качестве первоначальной меры либо судом, либо должником подготавливается список кредиторов и требований. После подготовки этого списка кредиторам может быть предложено представить свои требования управляющему в деле о несостоятельности. Преимущество подготовки такого перечня должником состоит в том, что при этом используются знания должника в отношении его кредиторов и их требований, и управляющий в деле о несостоятельности на раннем этапе получает представление о состоянии предприятия. Представление требований кредиторами с их последующей проверкой управляющим в деле о несостоятельности направлено на обеспечение надлежащего распределения.

2. Предварительные требования

151. Требования кредиторов могут быть двух видов: требования с установленной суммой и требования, сумма которых, причитающаяся с должника, не установлена или в настоящее время не может быть установлена. Такие требования могут носить либо договорный, либо деликтный характер и могут возникать в связи как с обеспеченными, так и с необеспеченными требованиями. В тех случаях, когда сумма требования не может быть установлена или не была установлена на момент предъявления требования управляющему в деле о несостоятельности, в законодательстве многих стран предусматривается представление требования на предварительной основе или с указанием предварительной стоимости. В связи с принятием предварительных требований возникает ряд вопросов. Они касаются оценки требования и стороны, которая должна проводить такую оценку; голосования представивших предварительные требования кредиторов по таким важным вопросам, как вопрос о том, является ли данное дело реорганизационным или ликвидационным, или же вопрос об утверждении плана реорганизации; а также вопроса о том, является ли для них, как для кредиторов, составляющих меньшинство, обязательным план, с которым они не согласны (см. раздел IV.6 "План реорганизации").

3. Проверка требований

152. Хотя в большинстве случаев в законодательстве предусматривается проверка управляющим в деле о несостоятельности требований кредиторов, в законодательстве некоторых стран проверка не требуется, если только требование не оспаривается. Проверка включает не только оценку законности оснований и суммы требования, но и определение категории, к которой относится требование, для целей голосования и распределения (например, обеспеченные требования против необеспеченных; требования, возникшие до открытия производства, против требований, возникших после открытия производства).

4. Процедурные вопросы

Уведомление кредиторов

153. В большинстве случаев в законодательстве предусматривается, что все установленные кредиторы и кредиторы, которые могут быть установлены, имеют право на получение извещения о представленных требованиях. Такое извещение может быть направлено либо лично, либо путем публикации извещений в соответствующих коммерческих изданиях. Дополнительно от управляющего в деле о несостоятельности может потребоваться подготовить перечень требований, как [принятых] [утвержденных], так и оспариваемых, и вручить его суду или другому административному органу для содействия направлению извещения неизвестным кредиторам и представить уточненную информацию об изменении состояния дел с [принятием] [утверждением] или отклонением оспариваемых требований.

Условия, касающиеся подачи требований

154. Установление предельных сроков подачи требований управляющему в деле о несостоятельности может способствовать обеспечению своевременного представления этих требований и недопущению ненужного затягивания производства по делу о несостоятельности. Если кредиторы не соблюдают этих сроков, то для них может быть установлен различный режим. В частности, они могут быть исключены из числа кредиторов, получающих дивиденды или распределяемую конкурсную массу, или же их участие при распределении активов может быть ограничено теми активами, которые останутся после проверки требований.

155. По законодательству некоторых стран управляющий в деле о несостоятельности имеет право проверять требования и в случае возникновения споров они передаются на урегулирование в суд. Законодательство других стран предусматривает, что проверка всех требований и разрешение споров должны осуществляться судом. В некоторых странах законодательство разрешает оспаривание требований только управляющим в деле о несостоятельности, в то время как в других оспаривать требования могут и другие заинтересованные стороны, в том числе кредиторы. В этом случае одним из способов рассмотрения данного вопроса может быть установление положения о проведении окончательного рассмотрения списка требований кредиторов на собрании кредиторов после подготовки списка управляющим в деле о несостоятельности или судом. В случае возникновения споров в отношении требований, будь то

между кредитором и управляющим в деле о несостоятельности или должником и управляющим в деле о несостоятельности, включая споры, касающиеся дополнительного обеспечения или обеспечительных прав, необходим механизм быстрого урегулирования споров, для того чтобы обеспечить эффективное и упорядоченное проведение производства. В случае невозможности быстрого и эффективного рассмотрения оспариваемых требований возможность оспорить требования может быть использована для срыва производства и привести к неоправданной задержке.

В. Резюме – требования кредиторов

[...]

4. Комитеты кредиторов

А. Общие замечания

156. Кредиторы имеют значительный интерес в предприятии после открытия производства по делу о несостоятельности. В целом можно сказать, что интересы кредиторов гарантируются назначением управляющего в деле о несостоятельности. Вместе с тем самим кредиторам также может быть предоставлено право принятия решений по ряду ключевых вопросов как при ликвидации, так и при реорганизации. Так, например, в законодательстве некоторых стран им предоставлено право увольнять управляющего в деле о несостоятельности, утверждать при ликвидации коммерческого предприятия продажу активов по частному соглашению, предлагать и утверждать план реорганизации и просить суд или рекомендовать суду принять решение, например о преобразовании реорганизационного производства в ликвидационное. В деле о несостоятельности кредиторам предоставлена своя роль по целому ряду причин. Будучи стороной, самым непосредственным образом заинтересованной экономически в исходе производства, они могут потерять доверие к процедуре, при которой ключевые решения принимаются лицами, не располагающими, по мнению кредиторов, достаточным опытом, специальными знаниями или не являющимися в достаточной степени независимыми. Помимо этого во многих случаях кредиторы лучше других могут контролировать действия управляющего в деле о несостоятельности, препятствуя таким образом мошенничеству, злоупотреблениям и завышению административных расходов.

157. В тех случаях, когда кредиторов много, с помощью образования комитета кредиторов можно обеспечить механизм, облегчающий их участие в рассмотрении данного дела, будь то ликвидационное или реорганизационное производство. Комитет кредиторов может быть назначен для выполнения целого ряда задач, включая контроль за прохождением производства по делу, проведение консультаций с другими основными участниками производства, особенно управляющим в деле о несостоятельности и действующей администрацией должника, а также консультирование управляющего в деле о несостоятельности в отношении пожеланий всех кредиторов. Комитет будет нести ответственность перед всеми кредиторами в целом. В качестве

представительного органа он не будет нести какой-либо ответственности или фидуциарных обязательств перед владельцами неплатежеспособного предприятия.

1. Участие кредиторов в процессе принятия решений

158. Существуют различные возможные степени участия кредиторов в процессе принятия решений в ходе производства. В некоторых системах все ключевые решения по неспорным общим вопросам административного управления и ликвидации принимает управляющий в деле о несостоятельности, а кредиторы играют второстепенную роль и обладают незначительным влиянием. Такой подход может быть весьма эффективным в том случае, когда используется опытный управляющий в деле о несостоятельности, поскольку это позволяет избегать задержек, связанных с участием кредиторов. Такой подход можно поддержать в тех случаях, когда система уже предусматривает высокую степень регулирования процедуры и ее участников. При некоторых подходах, ограничивающих участие кредиторов, проводится различие между ликвидацией и реорганизацией и кредиторам предоставляется лишь право участвовать в принятии решения относительно того, должно ли производство быть ликвидационным или реорганизационным, а также право голосовать по плану реорганизации.

159. При других подходах кредиторам предоставляются более широкие права участия в производстве. Согласно законодательству некоторых стран кредиторы в ликвидационном производстве могут иметь возможность выбирать и заменять управляющего в деле о несостоятельности, утверждать решение управляющего в деле о несостоятельности о продолжении коммерческой деятельности на временной основе или же утверждать продажу активов по частному соглашению. При реорганизационном производстве они могут играть важнейшую роль, осуществляя главный контроль за деятельностью предприятия (особенно, когда система позволяет должнику сохранять владение предприятием после открытия производства) и управляющего в деле о несостоятельности, а также предлагая и утверждая планы реорганизации. Они могут также играть определенную роль в том, что касается направления суду просьбы или рекомендации о принятии решения, включая, например, рекомендацию о преобразовании реорганизационного производства в ликвидационное.

2. Кредиторы, которые должны быть представлены в Комитете

160. Что касается состава комитетов кредиторов, то здесь могут быть приняты различные подходы. В некоторых системах, хотя комитет кредиторов, как правило, будет представлять лишь необеспеченных кредиторов, признается, что в определенных случаях может быть оправдано создание отдельного комитета обеспеченных кредиторов. В этих системах подход базируется на том, что интересы различных видов кредиторов не всегда совпадают и что предоставление обеспеченным кредиторам возможности участвовать в работе комитета и потенциально оказывать влияние на его решения, не всегда может быть уместным и не всегда может отвечать важнейшим интересам других кредиторов. В других системах предусматривается участие обоих видов кредиторов в одном комитете. Согласно этим системам исключение обеспеченных кредиторов из комитета рассматривается как фактическое

исключение их из участия в принятии важных решений. Вопрос об участии акционеров предприятия может быть спорным, особенно в тех случаях, когда комитет кредиторов имеет право определять права обеспеченных кредиторов или когда эти акционеры связаны с администрацией должника.

3. Образование комитета кредиторов

161. В том случае, когда в законодательстве предусматривается образование комитетов кредиторов, зачастую рассматриваются также детальные вопросы, касающиеся способа образования комитета, масштаба и круга его обязанностей, управления им и его функционирования, включая вопросы, касающиеся прав голоса и других прав, кворума и ведения заседаний, а также замены и переизбрания членов. Еще один вопрос касается того, в каких случаях необходимо заручиться мнением не только комитета кредиторов, но и всех кредиторов, и каким образом это мнение должно быть получено.

162. В целях облегчения управления и контроля за деятельностью комитета в законодательстве некоторых стран по вопросу о несостоятельности указывается численность комитета, число членов которого предпочтительно должно быть нечетным, с тем чтобы обеспечить возможность принятия решений большинством голосов. Членство в комитете может ограничиваться самыми крупными необеспеченными кредиторами, которые являются представителями всех кредиторов в целом. Эти кредиторы могут определяться целым рядом способов, включая обращение к администрации должника с просьбой подготовить список самых крупных кредиторов должника. Для обеспечения равного режима для кредиторов различным категориям кредиторов, например кредиторам, требования которых еще не утверждены, а также иностранным кредиторам, может быть предоставлено право быть назначенными членами комитета.

163. Представители в комитете могут назначаться или выбираться несколькими способами. При одном подходе представителей в комитет назначает управляющий в деле о несостоятельности. В качестве альтернативы, с согласия управляющего в деле о несостоятельности или в соответствии с положениями законодательства члены комитета кредиторов могут быть избраны на первом заседании кредиторов. При другом подходе члены комитета кредиторов назначаются судом или каким-либо иным уполномоченным органом. Для обеспечения того, чтобы комитет кредиторов выполнял свои обязанности по надлежащему представлению интересов необеспеченных кредиторов, может потребоваться надзор за его деятельностью, которая может осуществляться управляющим в деле о несостоятельности.

4. Обязанности комитета кредиторов

164. Комитет может выполнять целый ряд функций, в том числе периодически проводить встречи с управляющим в деле о несостоятельности для получения информации о прохождении рассмотрения дела, включая предложения о продаже важных активов, эксплуатации всего коммерческого предприятия должника или какой-либо его части, а также о проведении, аннулировании или урегулировании судебных тяжб по важным вопросам; рассматривать требования; а также обсуждать предложения о реорганизации от имени необеспеченных кредиторов. Для выполнения его функций комитету может потребоваться административная

и экспертная помощь. В законодательстве может быть предусмотрено, что комитет может обращаться с просьбой к управляющему в деле о несостоятельности за разрешением нанять секретаря и, если того требуют обстоятельства, консультантов и экспертов за счет неплатежеспособного предприятия.

5. Голосование кредиторов

165. В том случае, когда решения, которые должны быть приняты в ходе производства, окажут серьезное влияние на всех кредиторов в целом, желательно, чтобы всем кредиторам было предоставлено право получить уведомление о таких решениях и проголосовать по ним. Для обеспечения такого голосования может быть принят целый ряд различных подходов в зависимости от характера вопроса, по которому будет проводиться голосование. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что голосование должно проводиться на совещании кредиторов, в то время как в законодательстве других стран содержится положение о том, что в тех случаях, когда кредиторов много или же когда кредиторы не являются местными резидентами, голосование может проводиться по почте или по доверенности.

166. В вопросе о том, какое голосование должно проводиться для того, чтобы его результаты были обязательными для кредиторов, принятые подходы расходятся. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что для того, чтобы результаты голосования были обязательными для всех кредиторов, достаточно голосов фактически участвовавших в голосовании кредиторов, на долю которых приходится значительное большинство общей стоимости требований, при этом требуемое квалифицированное большинство составляет три четверти или две трети. В других случаях в законодательстве предусмотрено, что при голосовании по некоторым вопросам, таким как выборы или отстранение управляющего в деле о несостоятельности, достаточно простого большинства голосов. В законодательстве некоторых стран обеспеченные кредиторы участвуют в голосовании лишь по некоторым указанным вопросам, таким как выбор управляющего в деле о несостоятельности и вопросы, касающиеся их дополнительного обеспечения.

В. Резюме – комитеты кредиторов

[...]

5. Финансирование после открытия производства

А. Общие замечания

167. Важнейшее значение для реорганизации имеет продолжение работы коммерческого предприятия. Для содействия такому продолжению его работы важно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности [или должник] имел возможность получать кредиты для оплаты важнейших поставок товаров и услуг и для поддержания коммерческой деятельности. Законодательство по вопросам несостоятельности может признавать необходимость такого кредитования

после открытия производства, предусматривать положения, разрешающие такое кредитование, и определять приоритет права кредиторов на возврат ссуд. Центральным вопросом является вопрос о круге полномочий, в частности вопрос о том, какие стимулы может предложить потенциальному кредитору управляющий в деле о несостоятельности для получения кредита. В той мере, в какой принятое решение оказывает влияние на права существующих обеспеченных кредиторов и кредиторов, имеющих ранее возникший интерес в активах, желательно, чтобы положения, касающиеся финансирования после открытия производства, учитывали общую необходимость поддержания коммерческих сделок и защиты прав и приоритетов кредиторов.

168. В законодательстве многих стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может получать необеспеченные кредиты без разрешения суда или кредиторов, в то время как в других странах законодательство устанавливает требование о необходимости получения разрешения суда или кредиторов в некоторых обстоятельствах. Кредит может быть также получен за счет предоставления обеспечительного интереса в необремененной собственности или обеспечительного интереса второй очереди в обремененной собственности. В тех случаях, когда этих стимулов недостаточно или когда они отсутствуют, для получения необходимого кредита можно использовать ряд других методов. Кредиторы, предоставившие займы до открытия производства, будут самым непосредственным образом заинтересованы в собственности, предоставляемой под обеспечение займов после открытия производства, в плане приоритета их собственного обеспечения по сравнению с любым обеспечением, предоставленным позднее. В некоторых системах несостоятельности стороны, кредитующие коммерческую деятельность после открытия производства, имеют приоритет перед всеми кредиторами при выплате займов. Такой приоритет является по существу результатом перезалога всей конкурсной массы и активов. Еще одной формой приоритета является административный приоритет (см. раздел V.1 "Порядок очередности при распределении"), когда приоритет при выплате займов отдается перед обычными необеспеченными кредиторами, но не перед обеспеченным кредитором в том, что касается его обеспечения. При промежуточном подходе кредиторам и лицам, авансирующим товары, предоставляется право принимать обеспечительный интерес в обеспеченных и необеспеченных активах должника. В некоторых странах уполномоченный в деле о несостоятельности имеет также право предоставлять административный "суперприоритет", т.е. приоритет перед другими административными кредиторами. Одной из крайностей является подход, при котором разрешено предоставлять "суперприоритетный" обеспечительный интерес, имеющий преимущество перед всеми существующими видами обеспечения. В некоторых правовых системах предусмотрены все эти варианты. В законодательстве некоторых стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности может утверждать такие приоритеты, в то время как по законодательству других стран в отношении некоторых форм приоритетов требуется утверждение их судом или кредиторами.

В. Резюме – финансирование после открытия производства

[...]

6. Планы реорганизации

А. Общие замечания

169. В законодательстве о несостоятельности рассматривается целый ряд вопросов, связанных с составлением плана реорганизации, например, следующих: когда должен подготавливаться план, кто может подготовить план, что должно быть включено в план, как должен утверждаться план и каковы должны быть последствия плана?

1. Подготовка плана

170. В законодательстве некоторых стран принят подход, при котором план реорганизации составляет часть ходатайства о реорганизационном производстве (когда это ходатайство может называться "предложением" о реорганизации), в то время как в законодательстве других стран предусматривается подготовка этого плана после начала реорганизационного производства.

171. План реорганизации может подготавливаться различными участниками реорганизационного производства. В законодательстве некоторых стран, регулирующем вопросы несостоятельности, предусматривается, что план реорганизации должен подготавливаться должником. Возможным преимуществом этого подхода является обеспечение для должников стимула использовать реорганизационное производство и оптимальным образом использовать свое знание коммерческого предприятия и мер, необходимых для восстановления его рентабельности. Такая возможность может быть предоставлена на эксклюзивной основе или являться эксклюзивной в течение определенного периода времени, а суд будет иметь право продлить этот период, если это будет целесообразно для проведения производства по делу о реорганизации.

172. Поскольку план будет успешным лишь в том случае, если он будет утвержден требуемым большинством кредиторов, всегда существует опасность того, что реорганизация будет неудачной, если представленный должником план будет неприемлемым. Так, например, кредиторы могут пожелать утвердить лишь тот план, который лишает акционеров должника контрольного пакета акций данного предприятия, и могут также лишить новую администрацию любых управленческих функций. Если должнику предоставлена эксклюзивная возможность подготовить план и он отказывается рассматривать такую схему, то существует опасность неудачной реорганизации, что нанесет ущерб кредиторам, работникам и предприятию. Для того чтобы учесть данную проблему, в законодательстве некоторых стран, регулирующем вопросы несостоятельности, предусматривается, что если должник не представляет приемлемый план, то по истечении срока действия эксклюзивного права должника кредиторам предоставляется возможность предложить свой план. Этого можно достичь через комитет кредиторов (см. раздел IV.4 "Комитет кредиторов"). При данном варианте могут предусматриваться средства, необходимые одному из участников

(кредиторам) для того, чтобы убедить другого участника (должника) согласиться на компромисс.

173. Еще один подход заключается в предоставлении возможности управляющему в деле о несостоятельности подготовить план вместо плана, подготовленного должником или кредиторами или же в дополнение к нему. Важность предоставления возможности участия управляющему в деле о несостоятельности или кредиторам зависит от того, каким образом построено законодательство. В тех случаях, когда необходимым условием для эффективности плана является его утверждение требуемым большинством кредиторов, вероятность утверждения плана, учитывающего предложения, с которыми согласятся кредиторы, будет более высокой по сравнению с планом, не учитывающим таких предложений. Это соображение не будет применяться в том случае, если в законодательстве предусматривается, что согласия кредиторов не требуется или что решение кредиторов может быть отменено судом. В том случае, когда возможность участвовать в подготовке плана предоставлена целому ряду сторон, одновременная подготовка нескольких планов может осложнить этот процесс, хотя и может также способствовать выработке взаимоприемлемого плана.

174. В законодательстве некоторых стран предусматривается рассмотрение судом мнений третьих сторон в отношении плана, например мнений правительственных учреждений и профсоюзов. Учитывая вероятность того, что такая процедура может привести к увеличению продолжительности данного процесса, она может быть целесообразной лишь в случае наличия тщательного контроля и установления соответствующих сроков.

2. Содержание

175. Согласно законодательству большинства стран в плане реорганизации всем сторонам должна надлежащим образом и четко раскрываться информация, касающаяся как финансового положения предприятия, так и изменения юридических прав, предлагаемого стороной, представившей план. Вопрос о том, что должно быть включено в план, тесно связан с вопросом об утверждении и последствиях плана. В той мере, в какой план может быть утвержден и исполнен, несмотря на возражения кредиторов, может существовать необходимость обеспечения того, чтобы в содержании плана предусматривалась надлежащая защита этих имеющих возражения кредиторов.

176. В связи с содержанием плана возникают также вопросы, касающиеся других норм права. Так, например, в той мере, в какой национальное законодательство, регулирующее деятельность компаний, исключает возможность обмена долгов на акции, план, предусматривающий такой обмен, не может быть утвержден. Поскольку обмен долгов на акции может быть важным аспектом реорганизации, необходимо будет отменить этот запрет для того, чтобы такие положения могли быть включены в план и утверждены. Аналогичным образом, если план ограничивается списанием долга или продлением срока погашения займов, он может не получить достаточной поддержки кредиторов для его успешного принятия и осуществления. В некоторых делах о несостоятельности возникают равным образом прямые и противоречивые вопросы взаимосвязи между законодательством, регулирующим вопросы несостоятельности, и другими нормами права. В других случаях могут

возникать более сложные вопросы, они могут касаться, в частности, ограничения иностранных инвестиций, особенно в тех случаях, когда многие кредиторы являются нерезидентами, или же прав работников согласно соответствующему трудовому законодательству, в тех случаях, когда, например, в связи с реорганизацией могут возникать вопросы изменения коллективного договора.

3. Утверждение плана и его последствия

177. Для разработки законодательных норм, регулирующих утверждение плана и его последствия, требуется сбалансированный учет целого ряда конкурирующих соображений. С одной стороны, может быть желательным предусмотреть, каким образом можно сделать согласованный план обязательным для несогласного меньшинства кредиторов в целях повышения шансов на успех реорганизации. С другой стороны, в той мере, в какой процедура утверждения плана приводит к нанесению существенного ущерба требованиям кредиторов без их согласия, существует опасность того, что в будущем кредиторы в меньшей степени будут готовы предоставлять кредиты.

а) Обеспеченные и преимущественные требования

178. В отношении утверждения плана обеспеченными и привилегированными кредиторами могут быть приняты различные подходы. Во многих случаях обеспеченные требования составляют значительную долю стоимости долга должника. При одном подходе в тех случаях, когда законодательство обеспечивает, что утвержденный план не будет лишать обеспеченных кредиторов возможности осуществить свои права, как правило, не будет необходимости в предоставлении этим кредиторам права голоса, поскольку их интересы планом ущемлены не будут. При этом подходе привилегированные кредиторы находятся в аналогичном положении: план не может привести к уменьшению стоимости их требований, и они имеют право на полный платеж. Недостаток этого подхода заключается в том, что он может снизить шансы на успешную организацию, особенно в том случае, когда для успеха плана важнейшее значение имеют активы, обеспечивающие требования: если обеспеченный кредитор выберет вариант осуществления своих прав, то это может привести к невозможности реализации плана. Аналогичным образом, план может предусматривать, что необходимым условием для успеха является получение привилегированными кредиторами полной стоимости их требований.

179. Для устранения всех этих затруднений обеспеченным и привилегированным кредиторам может быть предоставлено право голосовать в качестве кредиторов отдельной категории по плану, который в противном случае нанес бы ущерб стоимости их требований. Установление этих категорий означает признание того, что соответствующие права и интересы этих кредиторов отличаются от прав и интересов необеспеченных кредиторов. В той степени, в какой будет обеспечена поддержка плана большинством как обеспеченных, так и привилегированных кредиторов, положения плана будут для них обязательными. В этих условиях в законодательстве, как правило, предусмотрено положение о том, что не согласные с планом кредиторы имеют право на получение по меньшей мере такой же суммы, какую они получили бы при ликвидации.

b) *Непривилегированные необеспеченные кредиторы*

180. Даже в том случае, если голосование обеспеченных и привилегированных кредиторов не допускается, желательно, чтобы непривилегированные необеспеченные кредиторы располагали эффективными возможностями проведения голосования по плану. Для этого могут использоваться различные механизмы.

181. *Большинство.* В законодательстве некоторых стран определяется минимальный уровень поддержки плана непривилегированными необеспеченными кредиторами, необходимый для того, чтобы этот план был обязательным для данных кредиторов, а также процедуры голосования, которые должны использоваться для установления такой поддержки. Одним из важных вопросов является вопрос о способе подсчета голосов, будь то на основе только процентной доли стоимости долга, причитающейся кредиторам, поддерживающим план, или же с учетом также числа поддерживающих план кредиторов. Так, например, согласно законодательству некоторых стран план должен быть поддержан кредиторами, требования которых составляют две трети стоимости долга, и половиной общего числа кредиторов. Используются также другие комбинации. Хотя такая процедура усложняет утверждение плана, она может быть оправданной, поскольку защищает коллективный характер производства. Так, например, если на долю какого-либо отдельного кредитора приходится большая часть стоимости долга, такая норма не дает этому кредитору возможности навязать план всем другим кредиторам против их воли.

182. В отношении процедуры голосования во многих странах принят метод подсчета показателя поддержки на основе голосов кредиторов, фактически участвующих в голосовании. Считается при этом, что отсутствующие мало заинтересованы в производстве. Такой подход требует наличия и эффективного осуществления соответствующих положений об уведомлении, особенно в случаях, когда кредиторами являются нерезиденты.

183. *Категории.* В некоторых странах, где установлены категории обеспеченных и привилегированных кредиторов, предусматривается также разделение непривилегированных кредиторов на различные категории. Целью создания этих категорий является повысить шансы на реорганизацию, по меньшей мере в трех отношениях: за счет обеспечения полезных средств определения различных экономических интересов необеспеченных кредиторов; за счет создания основы для структурирования условий плана, а также за счет обеспечения для суда возможностей использовать поддержку плана требуемым большинством кредиторов одной категории для того, чтобы сделать его обязательным для кредиторов других категорий, не поддерживающих план.

184. *Возможность "навязывания" плана.* В нескольких странах, где предусматривается голосование обеспеченными и привилегированными кредиторами и установление различных категорий необеспеченных кредиторов, предусматривается также механизм, позволяющий при поддержке плана одной категорией кредиторов сделать его обязательным для других категорий (в том числе для обеспеченных и привилегированных кредиторов) без их согласия. Зачастую это называется "положением о навязывании плана". Установление категорий и применение таких норм усложняет как само законодательство по вопросам несостоятельности, так и его применение управляющим в деле о

несостоятельности и судом и может потребовать, в частности, значительной свободы действий в экономических вопросах, например, при делении необеспеченных кредиторов на категории судом на основе их экономических интересов. Такая свобода действий может нанести ущерб доверию кредиторов, если только она не реализуется на основе соответствующей информации независимым и предсказуемым способом.

185. *Акционеры.* В законодательстве некоторых стран предусматривается утверждение планов акционерами предприятия должника, по крайней мере в тех случаях, когда план будет затрагивать корпоративное устройство, структуру капитала или членский состав. Помимо этого, когда план предлагается администрацией должника, условия его уже могут быть утверждены акционерами (в зависимости от предприятия, это может требоваться в силу учредительного документа предприятия). Зачастую это происходит в случае, когда план непосредственно затрагивает акционеров как таковых, предусматривая преобразование долга в акции либо путем перераспределения существующих акций, либо путем выпуска новых акций.

186. В тех случаях, когда согласно законодательству план может быть предложен кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности и когда этот план предусматривает обмен долга на акции, некоторые страны предусматривают возможность утверждения плана несмотря на возражения акционеров, независимо от условий учредительного документа предприятия. Результатом осуществления таких планов может быть полное изменение существующего состава акционеров без их согласия.

187. *Одобрение плана судом.* Как правило, ожидается, что суд одобрит план, утвержденный требуемым большинством кредиторов. Во многих странах судам предоставлена возможность играть активную роль в установлении для кредиторов соответствующих обязательств, предусматривая возможность принудительного осуществления плана в отношении той или иной категории кредиторов, в случае когда они не согласны с этим планом. Напротив, в тех случаях, когда план был утвержден требуемым большинством кредиторов, суд, как правило, будет иметь право отклонить его на том основании, что он не обеспечивает надлежащей защиты интересов несогласных кредиторов (например, поскольку они не получают столько же средств, сколько они получили бы при ликвидации), или же на том основании, что имеются факты, свидетельствующие о мошеннических действиях в процессе утверждения плана.

188. В законодательстве некоторых стран суду также предоставляется право отклонить план на основании его неосуществимости. Так, например, это может быть оправдано в тех случаях, когда план не является обязательным для обеспеченных кредиторов, но не предусматривает полного удовлетворения обеспеченных требований этих кредиторов. В таком случае суд может отклонить план, если сочтет, что обеспеченные кредиторы осуществят свои права в отношении дополнительного обеспечения, в результате чего план станет неосуществимым. Риск подобных случаев можно учесть в положениях, касающихся подготовки и утверждения плана.

189. В некоторых странах предусматривается также, что суд имеет постоянную функцию надзора за деятельностью должника после утверждения и подтверждения плана до полного его осуществления. Это может иметь важное

значение в тех случаях, когда возникают вопросы, касающиеся толкования исполнения обязательств или характера обязательств должника или других лиц.

[Примечание для Рабочей группы:]

Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос о том, следует ли в рамках темы реорганизации рассматривать следующие вопросы:

a) роль плана реорганизации: является ли этот план дополнением к реорганизационному производству, касающемуся полной выплаты дивиденда или окончательного урегулирования всех требований (что называется также компромиссным соглашением или схемой соглашения), или же в нем устанавливается, каков будет статус должника и коммерческого предприятия в ходе периода реорганизации, и в этом случае план излагается в начале производства;

b) может ли план реорганизации подготавливаться в случае ликвидационного, равно как и реорганизационного производства;

c) минимальные требования в отношении плана реорганизации, включая положения о распределении средств и продолжении или прекращении контрактов, не исполненных полностью, и неистекших договоров аренды, об урегулировании требований, реализации дополнительного обеспечения, минимальных дивидендах, выплачиваемых кредиторам, процедуре раскрытия информации и акцепта, о правах кредиторов, имеющих оспариваемые требования, на участие в голосовании, а также положения относительно оспариваемых требований, которые должны быть рассмотрены; права голоса и другие права "инсайдеров"; ограничение в отношении содержания плана;

d) поправки к плану реорганизации;

e) преобразование в ликвидационное производство, когда план не утверждается или не осуществляется;

f) возражения против плана реорганизации;

g) контроль за осуществлением плана реорганизации;

h) уплата по долгам и требованиям;

i) прекращение производства].

В. Резюме – планы реорганизации

[...]

V. Ликвидация и распределение

1. Порядок очередности при распределении

A. Общие замечания

190. Для определения порядка очередности при распределении выручки от ликвидируемой конкурсной массы в законодательстве многих стран принят общий принцип, согласно которому кредиторы должны быть разбиты на категории, отражающие баланс правовых и коммерческих связей с должником. Целью определения этого баланса является обеспечение законных коммерческих ожиданий и содействие повышению предсказуемости в коммерческих отношениях. В то время как политика в отношении распределения отражает выбранный вариант, учитывающий важные государственные интересы, эти более широкие государственные интересы зачастую вступают в коллизию с частными интересами, что может привести к искажению действия обычных коммерческих стимулов.

1. Обеспеченные кредиторы

191. Метод распределения средств среди обеспеченных кредиторов зависит от метода, используемого для защиты интересов обеспеченного кредитора в ходе производства. Если эти интересы защищаются посредством сохранения стоимости дополнительного обеспечения, то обеспеченный кредитор будет иметь первоочередное требование в отношении выручки от продажи своего дополнительного обеспечения в части стоимости обеспеченного требования. В качестве альтернативы, если интересы обеспеченного кредитора защищаются путем установления стоимостного значения обеспеченной доли требования на момент начала производства, кредитор будет иметь первоочередное требование в отношении общих поступлений от реализации конкурсной массы в части этого стоимостного показателя. Желательно ограничить число исключений из правила первоочередности. Одно из исключений может касаться административных расходов, связанных с обслуживанием дополнительного обеспечения.

2. Административные требования

192. Для проведения производства по делу о несостоятельности зачастую требуется помощь специалистов, таких как официальный управляющий в деле о несостоятельности и консультанты должника или управляющего в деле о несостоятельности. Кроме того, расходы могут быть связаны с деятельностью комитетов кредиторов. Эти издержки при производстве по делу о несостоятельности зачастую имеют высший приоритет в качестве альтернативных требований по сравнению с другими требованиями и в некоторых случаях рассматриваются отдельно от других требований для обеспечения надлежащей оплаты деятельности сторон, занимающихся процедурой несостоятельности. Расходы в связи с производством по делу о несостоятельности могут включать значительную часть долгов или все долги, которые возникли после начала производства: не только гонорары специалистов, оплачиваемые должником, управляющим в деле о несостоятельности и

комитетом кредиторов, но и возникшие после начала производства требования работников, расходы по аренде и аналогичные требования.

3. Привилегированные кредиторы

193. Между странами существуют значительные различия в способах распределения средств, оставшихся после удовлетворения обеспеченных требований и оплаты административных расходов. В законодательстве по вопросам несостоятельности зачастую определяются первоочередные права, которые являются правами, устанавливаемыми внутригосударственным правом для оплаты некоторых категорий долгов (главным образом необеспеченных) в приоритетном порядке, до оплаты других долгов, которые являются необеспеченными и непервоочередными (или в меньшей степени первоочередными). В некоторых странах определенные первоочередные права, например, права, касающиеся работников, являются более первоочередными по сравнению с правами обеспеченных кредиторов. Первоочередные права противоречат принципу распределения *pari passu* и наносят ущерб правам по обычным, необеспеченным долгам. Страны могут определять различные виды привилегий, однако чаще всего встречаются две категории. Первый вид привилегий устанавливает первоочередность требований в отношении зарплаты и пособий, выплачиваемых работникам (требования по выплатам в фонды социального страхования), в то время как второй вид привилегий касается требований, связанных с правительственными налогами. Хотя в недавно принятом законодательстве по вопросам несостоятельности в некоторых странах существенно уменьшилось число первоочередных прав, что отражает изменение приемлемости такого преференциального режима для широкой общественности, в других странах есть тенденция к расширению категорий долгов, которые должны оплачиваться в первую очередь. Сохранение целого ряда различных преференциальных положений в отношении многих видов требований может осложнить достижение основных целей процедуры неплатежеспособности и затруднить процесс эффективного и действенного производства. Это может вызвать неравенство и в случае реорганизации затруднить подготовку плана.

4. Необеспеченные кредиторы

194. После удовлетворения требований всех привилегированных кредиторов остаток средств распределяется на пропорциональной основе среди необеспеченных кредиторов. В этой категории могут существовать подкатегории кредиторов, некоторые требования которых рассматриваются как второстепенные. Некоторые страны рассматривают в качестве второстепенных такие требования, как наградные, штрафы и пени, займы акционеров и проценты по общим необеспеченным требованиям, начисленные после подачи ходатайства, в то время как в других странах эти требования рассматриваются как исключаемые.

5. Владельцы

195. Во многих странах в законодательстве по вопросам несостоятельности принято общее правило, согласно которому владельцы коммерческого предприятия не имеют права на распределяемые средства от активов до полной выплаты всех сумм кредиторам, имеющим более высокую очередность. При

этом уплата процентов может требоваться, а может не требоваться. Распределение средств между владельцами осуществляется в соответствии со статусом акций, установленным в праве, регулирующем деятельность компаний, и в уставе корпорации.

6. Метод распределения

196. В системах, где первоочередные долги имеют равную очередность между собой после расходов на процедуру несостоятельности, они будут выплачиваться в полном объеме, если средств, полученных от реализации активов для их оплаты будет достаточно. В противном случае они будут уменьшаться в равных долях в соответствии с порядком их очередности. Так, требования каждой степени очередности должны быть оплачены полностью, прежде чем будут оплачиваться требования следующего уровня очередности. По достижении такого уровня очередности, на котором средств для полной оплаты требований всех кредиторов будет недостаточно, требования кредиторов этого уровня очередности уменьшаются на пропорциональной основе. В законодательстве некоторых стран, где не предусматриваются различные степени очередности, требования всех кредиторов уменьшаются на пропорциональной основе, если средств для их полной оплаты недостаточно. Возможно, будет целесообразно предусмотреть в реорганизационном производстве, что первоочередные требования должны быть оплачены полностью в качестве условия для подтверждения плана, если только первоочередные кредиторы, которых это касается, не договорились об ином.

197. [В плане реорганизации может предлагаться очередность распределения, отличная от той, которая предусматривается законодательством, регулирующим вопросы несостоятельности, при условии утверждения такого изменения кредиторами при голосовании по плану.]

В. Резюме – распределение

198. Сумма, имеющаяся для распределения среди кредиторов, будет выплачиваться в следующем порядке:

- a. [Обеспеченные требования]
- b. Расходы и вознаграждения в связи с назначением управляющего в деле о несостоятельности и исполнением его обязанностей и функций;
- c. Административные расходы;
- d. [Прочие утвержденные требования.]

199. Первоочередные права могут быть [предусмотрены для требований работников и других привилегированных кредиторов] [сведены к минимуму].

200. Требования, относящиеся к каждой из этих категорий, имеют равную очередность между собой. Все требования, относящиеся к какой-либо категории, должны быть оплачены полностью, прежде чем начнется оплата требований, относящихся к другой категории. Если нет достаточных средств для их полной оплаты, они оплачиваются на пропорциональной основе.