Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.V/WP.186

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
6 February 2023
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Шестьдесят вторая сессия
Нью-Йорк, 17–20 апреля 2023 года

Гражданско-правовые средства отслеживания и возвращения активов, используемые в рамках производства по делам о несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

Стр.

Введение 2

Приложение

Проект текста по гражданско-правовым аспектам отслеживания и возвращения активов в рамках производства по делам о несостоятельности 4

V.23-02020 (R)

Просьба отправить на вторичную переработку

Введение

1. Справочная информация о проекте по гражданско-правовым аспектам отслеживания и возвращения активов (ОВА) в рамках производства по делам о несостоятельности, переданном Рабочей группе Комиссией на ее пятьдесят четвертой сессии[1], приводится в предварительной повестке дня шестьдесят второй сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.V/WP.185). В приложении к настоящей записке содержится первый проект описательного, информационного и образовательного текста по гражданско-правовым аспектам отслеживания и возвращения активов в рамках производства по делам о несостоятельности, который основан на перечне, представленном Рабочей группе на ее шестьдесят первой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.182). По просьбе Рабочей группы[2] этот перечень был пересмотрен в свете замечаний, сделанных Рабочей группой, и дополнен обсуждением:

a) положений, позволяющих проводить работу по ОВА, и других положений текстов ЮНСИТРАЛ о несостоятельности более общего характера, применимых к ОВА (например, о юрисдикции, применимом законодательстве и образовании и объеме имущественной массы). Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что первоначально эти материалы были обобщены в таблице 2 документа A/CN.9/WG.V/WP.178, который был представлен Рабочей группе на ее шестидесятой сессии. Эти материалы были пересмотрены с учетом замечаний, сделанных на этой сессии;

b) терминов ОВА, разъясняемых либо в сносках, либо в основной части проекта текста. Разъяснения терминов основаны на таблице 1 документа A/CN.9/WG.V/WP.178, который был представлен Рабочей группе на ее шестидесятой сессии, и в них отражены замечания, сделанные в Рабочей группе и экспертами, с которыми были проведены консультации;

c) конкретных средств ОВА. Соответствующие разъяснения основаны на материалах, упомянутых в пункте 1 документа A/CN.9/WG.V/WP.182, включая таблицы 2 и 3 документа A/CN.9/WG.V/WP.178, который был представлен Рабочей группе на ее шестидесятой сессии, и в них отражены замечания, сделанные на этой сессии;

d) аспектов ОВА в юрисдикционных системах, которые не были включены в первоначальный перечень. Их описание отражает результаты дополнительных консультаций секретариата с экспертами и вклад г-на Томислава Шуньки, специалиста в области ОВА и нынешнего председателя Подкомитета по вопросам возвращения активов Международной ассоциации юристов (МАЮ), которого секретариат привлек в качестве консультанта по проекту для рассмотрения практических аспектов ОВА;

e) цифровых аспектов ОВА, отражающих соответствующие обсуждения на других международных форумах, соответствующее прецедентное право и мнения экспертов, с которыми проводились консультации.

2. Из-за ограниченного времени, отведенного для подготовки рабочего документа, и ограничений в отношении прогнозируемого объема документа секретариат не смог охватить все вопросы, связанные с вышеперечисленными пунктами. Секретариат определил, какие вопросы, по его мнению, не были рассмотрены в проекте текста. Рабочая группа, возможно, пожелает дополнить этот перечень или изменить его иным образом.

3. Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть последующие шаги, которые необходимо предпринять в отношении проекта текста. Проект текста можно было бы, например, дополнить приложениями, содержащими

---

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/76/17), пп. 215–217.

[2] A/CN.9/1126, п. 36.

дополнительную информацию для директивных и законодательных органов, судей и специалистов-практиков, и соответственно:

a) для директивных и законодательных органов могут быть сформулированы рекомендации, в частности, относительно доступа, в зависимости от обстоятельств, управляющего в деле о несостоятельности и иностранного представителя к централизованным системам, базам данных и реестрам, которые, как показывает практика, являются незаменимыми для ОВА, и относительно увеличения установленных законом сроков подачи исков о расторжении сделок и иных исков, когда должник не выполняет свои обязательства по раскрытию информации, предусмотренные законодательством о несостоятельности[3];

b) судьи могут счесть полезной подборку исторических прецедентов, связанных с ОВА[4];

c) в дополнение к материалам, предложенным для включения в подпункте (b) выше, специалисты-практики, возможно, сочтут полезными примеры того, как средства ОВА и их различные комбинации работают на практике[5].

[3] A/CN.9/1126, пп. 23–25, 27, 30 и 32–33.

[4] См., например. приложение I Практического руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности («Практическое руководство»). Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.10.V.6. Доступно по ссылке: Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности.

[5] См., например, «Распознавание и предотвращение коммерческого мошенничества: показатели коммерческого мошенничества». Доступно по ссылке: Распознавание и предотвращение коммерческого мошенничества: показатели.

Приложение

Проект текста по гражданско-правовым аспектам отслеживания и возвращения активов в рамках производства по делам о несостоятельности

I. Введение

A. Предыстория, охват и цель текста

1. Настоящий текст посвящен рассмотрению гражданско-правовых аспектов отслеживания и возвращения активов в рамках производства по делам о несостоятельности (ОВА). Тексты ЮНСИТРАЛ о несостоятельности содержат сводный перечень требований, которым должно соответствовать производство, чтобы считаться «производством по делу о несостоятельности»[1]: a) коллективное производство (судебное или административное)[2]; b) в соответствии с законом о несостоятельности[3]; c) под контролем или надзором суда (в том числе в отношении должника, сохраняющего владение[4])[5]; d) в отношении должника (физического или юридического лица), находящегося в трудном финансовом положении или являющегося несостоятельным[6]; и e) с целью ликвидации или реорганизации такого должника как коммерческого субъекта[7]. С учетом этого сводного перечня требований производство по делу о несостоятельности, которое может быть открыто в некоторых юрисдикционных системах в качестве меры корпоративного управления или меры по возмещению ущерба, причиненного в результате мошенничества, исключается из сферы применения настоящего текста.

2. В соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности «производство по делу о несостоятельности» охватывает: a) «ликвидацию», определяемую как производство для продажи и реализации активов с целью распределения среди кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности[8]; b) «реорганизацию», определяемую как процедура, с помощью которой финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены и деловые операции такого предприятия могут быть продолжены за счет применения различных методов, которые могут включать

---

[1] См. основной глоссарий Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам законодательства о несостоятельности («Руководство» и «глоссарий»), термин (u); и статью 2 (a) Типового закона ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности (2018 год) (ТЗСРН), и статью 2 (h) Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп (2019 год) (ТЗНПГ); по существу такое же определение понятия «иностранное производство» содержится в статье 2 (a) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год) (ТЗТН).

[2] Руководство по принятию и толкованию ТЗТН (РПТ), пп. 69–72.

[3] РПТ, п. 73.

[4] «Должник, сохраняющий владение»: должник, который по решению суда сохраняет полный контроль над коммерческим предприятием после открытия производства по делу о несостоятельности, в результате чего суд не назначает управляющего в деле о несостоятельности (глоссарий, термин (l)) или назначает его для выполнения определенных судом ограниченных функций (например, для оказания помощи или надзора за должником, сохраняющим владение). Этот термин не предназначен для охвата должников, самостоятельно заявивших о сохранении владения.

[5] Рекомендация 112 Руководства и РПТ, пп. 71, 74–76, и 86.

[6] РПТ, пп. 1, 48, 49, 65 и 67 с перекрестной ссылкой на рекомендации 15 и 16 Руководства, в которых излагаются стандарты для открытия производства по делу о несостоятельности должником (должник в целом не может или не сможет оплатить свои долги по наступлении сроков их погашения или его обязательства превышают стоимость его активов) и кредиторами (должник в целом не способен оплатить свои долги по наступлении сроков их погашения или обязательства должника превышают стоимость его активов).

[7] РПТ, пп. 77–78.

[8] Глоссарий, термин (w).

списание долгов, пересмотр сроков погашения задолженности, конверсию задолженности в акции и продажу коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы[9]; c) «ускоренное реорганизационное производство», сочетающее добровольные переговоры о реструктуризации и принятие плана с ускоренной процедурой, проводимой в соответствии с законодательством о несостоятельности для утверждения этого плана судом[10]; d) производство, открываемое должником микро- или малого предприятия (ММП) на ранних этапах ухудшения финансового положения[11]; и e) временное производство, реструктуризация и любое другое производство, которое суд в каждом конкретном случае может определить как отвечающее сводному перечню требований, указанных в пункте 1 выше[12].

3. Цель данного текста, который носит ненормативный характер, состоит в повышении осведомленности о средствах ОВА и связанных с ними вопросах среди директивных и законодательных органов, судей и специалистов-практиков. Государства могут счесть этот текст информативным при оценке наличия, доступности, эффективности и действенности своей внутренней системы ОВА. Судьям и специалистам-практикам этот текст может быть полезен с точки зрения средств ОВА, используемых в других юрисдикционных системах, включая юридические требования к их применению, проблемы, возникающие в связи с их применением, и возможные способы их решения.

4. Текст основывается на предложениях о том, чтобы ЮНСИТРАЛ подготовил для государств набор возможных вариантов для принятия в их юрисдикционных системах с целью совершенствования, при необходимости, внутренней системы ОВА, в том числе применительно к трансграничному сотрудничеству по вопросам ОВА[13]. Эти предложения обсуждались на Международном коллоквиуме (Вена, 6 декабря 2019 года)[14] и в рамках Комиссии[15], а затем были переданы в 2021 году Рабочей группе V ЮНСИТРАЛ (Законодательство о несостоятельности). В ходе этих обсуждений было признано, что адекватные средства ОВА могут быть доступны не во всех юрисдикционных системах, в то время как доступ к существующим средствам ОВА, в частности, для иностранных сторон, может быть неэффективным и недейственным. Хотя Комиссия согласилась передать этот вопрос на рассмотрение Рабочей группы, ограничив охват работы вопросами ОВА, она также признала, что отслеживание и возвращение активов осуществляются в различных контекстах, и поэтому результаты ее работы над темой ОВА могут оказаться полезными и в других областях права, в которых отслеживание и возвращение активов являются актуальными[16].

5. Рассмотрение текста в Рабочей группе[17] проводилось при том понимании, что повышение осведомленности о средствах ОВА и по смежным вопросам

---

[9] Там же, термин (kk).

[10] Текст о целях законодательных положений, предшествующий рекомендации 160 Руководства. См. также РПТ, п. 75.

[11] Руководство, рекомендация 294.

[12] В отношении предварительного производства, см. РПТ, пп. 79–80. В отношении производства по реструктуризации, см. Сборник по прецедентному праву, касающемуся Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, п. 11, по статье 2.

[13] Предложения Соединенных Штатов Америки относительно возможной будущей работы ЮНСИТРАЛ по гражданско-правовым аспектам отслеживания и возвращения активов (A/CN.9/WG.V/WP.154 и A/CN.9/996).

[14] Доклад о работе коллоквиума содержится в документе A/CN.9/1008, доступно на сайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в разделе сессии Комиссии.

[15] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят третья сессия, Дополнение № 17* (A/73/17), пп. 250 и 253 (d); там же, *семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17* (A/74/17), пп. 200–203; там же, *семьдесят пятая сессия, Дополнение № 17* (A/75/17), часть вторая,
пп. 62–65; и там же, *семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/76/17), пп. 215–217.

[16] Там же, *семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/76/17), п. 217.

[17] Доклады Рабочей группы о работе сессий, на которых рассматривалась эта тема, см. в документах A/CN.9/1088, A/CN.9/1094, A/CN.9/1126, [*будет дополнено*], доступно

будет способствовать повышению эффективности и действенности внутренних и трансграничных систем ОВА, что необходимо для достижения таких целей законодательства о несостоятельности, как прозрачность, предсказуемость, определенность, сохранение и максимальное увеличение стоимости имущественной массы[18] и защита законных интересов кредиторов[19], должника и других заинтересованных сторон[20]. С другой стороны, отсутствие такой нормативной базы существенно повышает риск коммерческого мошенничества и распыления активов и ограничивает возможности восстановления целостности имущественной массы в интересах всех заинтересованных сторон. В результате снижаются шансы на успешную реорганизацию жизнеспособных предприятий и упорядоченную и быструю ликвидацию нежизнеспособных предприятий. Кроме того, слабая база для ОВА ставит под угрозу способность эффективно реализовать стоимость активов, что может препятствовать притоку прямых иностранных инвестиций, поскольку инвесторам нужна определенность и уверенность в том, что они смогут окупить свои инвестиции. Таким образом, эффективная и действенная нормативная база для ОВА способствует не только достижению целей законодательства о несостоятельности и более широких целей верховенства права и надлежащего управления, но и созданию благоприятных условий для торговли, коммерческой деятельности, инвестиций, доступа к кредиту и устойчивого развития[21].

6. Цели, упомянутые в предыдущем пункте, лежат в основе работы и документов ЮНСИТРАЛ по вопросам законодательства о несостоятельности, включая Типовой закон о трансграничной несостоятельности (1997 год) (ТЗТН), Руководство для законодательных органов по законодательству о несостоятельности (Руководство), Типовой закон о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности (2018 год) (ТЗСРН), Типовой закон о несостоятельности предпринимательских групп (2019 год) (ТЗНПГ) и связанные с ним руководства[22]. Текст основывается на этой работе и этих документах и дополняет их благодаря уделению особого внимания положениям, которые обычно встречаются в международном, региональном и национальном праве по вопросам несостоятельности и другим вопросам и которые разрешают и облегчают ОВА, путем описания предусмотренных в них основных средств ОВА и дополнительных средств (их целей, условий применения и гарантий против злоупотреблений) и определения вопросов, возникающих в связи с использованием таких средств, в том числе в цифровом и трансграничном контексте.

B. Общие вопросы отслеживания и возвращения активов

на сайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в разделе Рабочая группа V: Законодательство о несостоятельности.

[18] «Имущественная масса»: активы должника, которые могут являться предметом производства по делу о несостоятельности (глоссарий, термин (t)).

[19] «Кредитор»: физическое или юридическое лицо, обладающее требованием к должнику, которое возникло при открытии производства по делу о несостоятельности или до его открытия (глоссарий, термин (j)). Как правило, этот термин охватывает кредиторов в государстве суда и иностранных кредиторов (глоссарий, п. 10).

[20] «Заинтересованная сторона»: любая сторона, права, обязательства или интересы которой затрагиваются производством по делу о несостоятельности или конкретными вопросами в рамках производства по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, держателя обыкновенных акций, комитет кредиторов, правительственный орган или любое другое лицо, затронутое таким образом. Не предполагается, что лица, имеющие отдаленные или неопределенные интересы, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, будут считаться заинтересованной стороной (глоссарий, термин (dd)).

[21] Руководство, часть первая и https://sustainabledevelopment.un.org.

[22] Руководства по принятию типовых законов, Практическое руководство, сборники и материалы судебной практики. Все тексты, упомянутые в этом пункте, доступны по адресу Законодательство о несостоятельности | Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

7. Хотя общего определения отслеживания и возвращения активов не существует, «отслеживание активов», как правило, означает процесс выявления и установления местонахождения активов или поступлений от них. «Возвращение активов» следует за процессом отслеживания активов и может пониматься как процесс возврата активов или доходов от них их законному заявителю (заявителям). Отслеживаемые и возвращаемые «активы» могут включать в себя все, что представляет ценность для их законного заявителя (заявителей).

8. В связи с коммерческими отношениями отслеживание и возвращение активов обычно производятся: a) для проявления должной осмотрительности (например, перед такой коммерческой сделкой, как слияние или поглощение); b) в ожидании спора (судебного или арбитражного разбирательства); c) в ходе судебного или арбитражного разбирательства; d) для реализации обеспечительного интереса или обеспечения исполнения судебного или арбитражного решения; и e) до открытия и в ходе производства по делу о несостоятельности[23]. В других контекстах отслеживание и возвращение активов может быть связано, например, со сбором налогов, урегулированием страховых требований, разрешением семейных вопросов, вопросов наследования и правопреемства, защитой потребителей и вкладов, а также с предварительным расследованием, следствием, вынесением приговора и послесудебным этапом уголовного судопроизводства. В последнем случае отслеживание и возвращение активов находится в центре внимания международных документов и мероприятий по борьбе с транснациональной организованной преступностью (например, с отмыванием денежных средств и коррупцией)[24].

9. Независимо от контекста, в котором производится отслеживание и возвращение активов, специалисты-практики: a) используют аналогичные методы (например, обращаются к одним и тем же источникам информации для отслеживания активов, таким как реестры, свидетели, правительственные базы данных и судебные протоколы, а также Интернет и другие общедоступные источники информации); b) обязаны соблюдать аналогичные требования и учитывать аналогичные соображения (например, международные обязательства, защита и безопасность, надлежащая правовая процедура, вероятная причина, предупреждение спекулятивных запросов («выуживания фактов»), неприкосновенность частной жизни, защита данных, законы о банковской тайне и адвокатская тайна); и c) сталкиваются с аналогичными проблемами, такими как бюрократические препятствия и проволочки, недостаточно благоприятные условия и нерешенные правовые вопросы (например, в отношении конкурирующих, в том числе переплетающихся государственных и частных, требований в отношении одного и того же актива; прав добросовестных правопреемников; и финансирования мероприятий по отслеживанию и возвращению активов третьими сторонами).

10. Дополнительные проблемы возникают в трансграничном контексте, в частности, из-за различий в юрисдикционных, процессуальных и материально-правовых нормах и средствах, имеющих отношение к отслеживанию и возвращению активов. Могут, например, применяться разные режимы отслеживаемости активов[25] и разные нормы в отношении процессуальной правоспособности и сроков исковой давности. Концепции, известные в одних юрисдикционных системах («конструктивный траст», «actio pauliana»; см. пункт 98 ниже), могут

[23] «Открытие производства [по делу о несостоятельности]»: дата фактического начала производства по делу о несостоятельности, установленная будь то законом или судебным решением (глоссарий, термин (h)).

[24] См., например, Конвенцию Организации Объединенных Наций против коррупции (КПК ООН), статьи 52–59.

[25] Например, в некоторых юрисдикционных системах кредитор имеет возможность истребовать незаконно присвоенное имущество и любые последующие активы, в которые было преобразовано первоначальное имущество, в то время как в других юрисдикционных системах только первоначальный актив может быть истребован по имущественному требованию, в то время как любые последующие активы, в которые первоначальное имущество было преобразовано, могут быть возвращены только на основании личных требований.

быть неизвестны в других. Средства, используемые в некоторых юрисдикционных системах (например, распоряжения о раскрытии информации, постановления о неразглашении и закрытии информации и перехват корреспонденции), в других юрисдикционных системах могут вступать в противоречия с соображениями публичного порядка. Экстерриториальные последствия применения некоторых средств, признаваемые в одних странах, могут быть поставлены под сомнение в других. В результате некоторые средства отслеживания и возвращения активов могут быть эффективны в национальном контексте или в ряде юрисдикционных систем, имеющих одни и те же правовые традиции, но менее эффективны в других условиях. Кроме того, при трансграничном отслеживании и возвращении активов часто возникают практические проблемы различной сложности: от необходимости иметь дело со сложными корпоративными и трастовыми структурами, которые часто используются для сокрытия истинного владения активами, до необходимости преодолевать трудности, связанные с доступом к местным реестрам, которому могут препятствовать их структурные параметры (например, иностранный язык или местные требования к идентификации).

11. Цифровые средства, открытые источники информации (например, интерактивные реестры, базы данных и социальные сети), а также современные (динамичные, интеллектуальные и многофакторные) методы расследования и технологии судебной экспертизы значительно облегчают отслеживание как физических, так и цифровых активов, в том числе в разных юрисдикционных системах, в частности, благодаря устранению необходимости преодолевать административные барьеры, бюрократические препятствия и проволочки. Тем не менее они не могут устранить все препятствия на пути к эффективному и действенному отслеживанию и возвращению активов, например проблемы, которые возникают из-за нерешенных правовых вопросов или преднамеренного выбора ограничительной политики, или необходимости привлечения посредников для отслеживания и возвращения активов, например, поставщиков облачных услуг или операторов цифровых платформ, которые часто владеют отслеживаемыми цифровыми активами (такими, как криптовалюты, бонусные мили авиакомпаний, виртуальные онлайновые игровые предметы, невзаимозаменяемые токены (NFT)) или данными, необходимыми для получения доступа и контроля над цифровыми активами (например, пароли или коды управления). Использование цифровых средств порождает другие проблемы, такие как возможная потеря данных, которые могут быть цифровым активом или доказательством, в результате кибератаки или киберпреступления (см. также главу IV ниже).

C. Особенности ОВА

12. Несмотря на общие черты и проблемы, описанные в разделе B выше, и использование средств отслеживания и возвращения активов, доступных также в других областях права, ОВА имеет свои особенности, которые вытекают из характера и целей производства по делу о несостоятельности как коллективного исполнительного производства. Это производство преследуют, среди прочего, цели признания существующих прав кредиторов, справедливого режима для кредиторов, находящихся в аналогичном положении, а также сохранения, защиты и максимального увеличения стоимости имущественной массы для обеспечения справедливого распределения средств среди кредиторов. ОВА являются средством достижения этих целей, в том числе путем проверки утверждений об отсутствии активов в имущественной массе для распределения между кредиторами, требований кредиторов[26], которые могут оказаться фиктивными, и сделок

[26] «Требование»: право на платеж из имущественной массы должника, возникающее будь то из задолженности, договора или другого вида юридических обязательств, будь то на заранее установленную или неустановленную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемое или неоспариваемое, обеспеченное или необеспеченное, фиксированное или условное. В некоторых правовых системах признается правоспособность или право, если они допускаются применимым законом, обращать

должника, сохраняющего владение, директоров[27] или управляющего в деле о несостоятельности[28], которые могут оказаться сделками в корыстных целях. В сочетании с эффективным режимом санкций, направленным на предупреждение злоупотреблений, связанных с упрощенным режимом несостоятельности, или его ненадлежащего использования и установление надлежащих мер наказания за неправомерные действия, ОВА выполняет важную превентивную функцию для предотвращения распыления активов до и в ходе производства по делу о несостоятельности. Кроме того, в случае такого распыления, ОВА является средством восстановления целостности имущественной массы в интересах всех кредиторов и других заинтересованных сторон.

13. В конкретном контексте производства по делу о несостоятельности отслеживание активов представляет собой процесс выявления и установления местонахождения активов должника. В соответствии с Руководством, активы должника определяются в широком смысле и включают имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, будь то находящемся или не находящемся во владении должника, материальном или нематериальном, движимом или недвижимом, включая интересы должника в обремененных активах[29] или в активах, принадлежащих третьим сторонам (глоссарий, термин (b)).

14. Возвращение активов следует за отслеживанием активов с целью возвращения в имущественную массу тех активов должника, которые в соответствии с применимым законодательством должны стать объектом производства по делу о несостоятельности. В Руководстве отмечается, что в законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что имущественная масса должна включать следующее: a) активы должника, в том числе его интересы в обремененных активах и в активах третьих сторон; b) активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности; и c) активы, возвращенные в результате расторжения сделок[30] и других действий (рек. 35). Кроме того, в Руководстве отмечается, что в законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что любые нераскрытые или сокрытые активы составляют часть имущественной массы в деле о несостоятельности (рек. 314).

15. В некоторых юрисдикционных системах в имущественную массу включаются все активы должника независимо от их местонахождения. В других

взыскание на активы должника в порядке предъявления требования (см. глоссарий, пункт (g)).

[27] Руководство, часть четвертая, определяет директоров в широком смысле в качестве лиц, осуществляющих в период, предшествующий неплатежеспособности, фактический контроль над предприятием должника, включая официально назначенных директоров, а также фактических и теневых директоров.

[28] «Управляющий в деле о несостоятельности»: лицо или учреждение — включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, — которое в рамках производства по делу о несостоятельности уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией имущественной массы (см. глоссарий, пункт (v)). Для удобства, в зависимости от контекста, термин «управляющий в деле о несостоятельности» может означать также «независимого специалиста»: физическое или юридическое лицо соответствующей квалификации, независимое от должника, кредиторов и других заинтересованных сторон, назначаемое компетентным органом для выполнения одной или нескольких задач, связанных с упрощенным производством по делу о несостоятельности, при условии прохождения надлежащей проверки на предмет соответствия этическим, профессиональным и другим требованиям и отсутствия коллизии интересов. При выполнении любых задач, порученных ему компетентным органом, независимый специалист остается подотчетным компетентному органу и должен следовать любым применимым инструкциям или указаниям, которые могут быть даны компетентным органом в отношении порученной независимому специалисту задачи (см. Руководство, часть пятая, раздел второй, п. 25 (d)). В зависимости от контекста, эти термины используются отдельно.

[29] «Обремененные активы»: активы, в отношении которых кредитор получил обеспечительный интерес (глоссарий, термин (o)).

[30] «Положения о расторжении сделок»: положения законодательства о несостоятельности, позволяющие аннулировать сделки, связанные с передачей активов или принятием обязательств до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы и возвращать любые такие переданные активы или их стоимость в общих интересах кредиторов (глоссарий, термин (c); Руководство, часть пятая, раздел второй, термин (a)).

юрисдикционных системах в имущественную массу включаются только те активы должника, которые находятся в пределах границ этой юрисдикционной системы за исключением случаев, когда существуют международные договоры или иные межгосударственные соглашения или соглашения о сотрудничестве между судебными органами, облегчающие включение активов должника, находящихся за границей, в имущественную массу деле о несостоятельности. В то же время, в других юрисдикционных системах применяется промежуточный подход; например, имущественная масса в рамках основного производства[31] должна включать все активы должника, где бы они ни находились. В некоторых законах, например ТЗТН, предусматривается, что определенные активы должника могут быть зарезервированы для управления в рамках конкретного производства (основного или неосновного производства[32], либо производства в государстве местонахождения активов). Они могут также ограничивать вывод местных активов должника за границу до того, как будут удовлетворены интересы местных кредиторов. В Руководстве отмечается, что в случае открытия производства по делу о несостоятельности в месте, где должник имеет центр основных интересов (ЦОИ)[33], в законодательстве о несостоятельности следует оговорить, что имущественная масса должна включать все активы должника, где бы они ни находились (рек. 36), и, если в законодательстве о несостоятельности применяется универсальный подход, как это рекомендуется в Руководстве[34], то в законодательстве следует урегулировать также вопрос о признании иностранного производства[35]. В Руководстве рекомендуется принять ТЗТН (рек. 5).

16. Датой образования имущественной массы может быть либо дата подачи заявления об открытии производства, либо фактическая дата открытия производства по делу о несостоятельности (рек. 37); для упрощенного производства по делу о несостоятельности в Руководстве рекомендуется, чтобы датой образования имущественной массы являлась фактическая дата открытия производства (рек. 315). Значимость разницы между датами зависит от режима и защиты активов должника в промежуточный период между подачей ходатайства и открытием производства (см. ниже в разделе «Временные меры»).

17. Не все активы должника будут частью имущественной массы. К видам активов, которые обычно исключаются в отношении физических лиц, относятся активы, необходимые должнику для расходов на жизненные потребности; поступления, полученные после подачи ходатайства от оказания личных услуг, а также предметы личного и домашнего обихода, необходимые для удовлетворения основных бытовых потребностей должника и его семьи. Дополнительные исключения могут применяться к совместному имуществу, такому как супружеское имущество. Деликтные требования личного характера (например, возникающие в связи с телесными повреждениями, диффамацией, ущербом репутации) также обычно исключаются из имущественной массы должника, являющегося

---

[31] «Основное производство»: производство по делу о несостоятельности, осуществляемое в государстве, в котором находится центр основных интересов должника (Руководство, часть четвертая, раздел второй, пункт (d); ст. 2 (j) ТЗНПГ; определение термина «основное иностранное производство» в статье 2 (b) ТЗТН по существу такое же). Разъяснение термина «центр основных интересов» (ЦОИ) см. в сноске 33.

[32] «Неосновное производство»: производство по делу о несостоятельности, иное чем основное производство, осуществляемое в государстве, в котором находится коммерческое предприятие должника (определяемое как любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги) (ст. 2 (k и l) ТЗНПГ; определение термина «неосновное иностранное производство» в ст. 2 (c) ТЗТН по существу такое же).

[33] ЦОИ — это место, a) в котором осуществляется центральное управление должника, и b) которое может быть легко установлено кредиторами (см. РПТ, п. 145).

[34] Сноска 7 в опубликованной версии Руководства, часть вторая, гл. II.

[35] «Иностранное производство»: коллективное судебное или административное производство — включая временное производство, — которое проводится в иностранном государстве в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности, и в рамках которого активы и деловые операции должника подлежат контролю или надзору со стороны иностранного суда в целях реорганизации или ликвидации (ст. 2 (a) ТЗТН).

физическим лицом[36]. К такого рода исключениям могут применяться обязательства по международным договорам. Для сравнения, в законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к исключению активов из имущественной массы, если должником является юридическое лицо. Некоторые законы могут исключать активы, находящиеся в доверительной собственности, и активы, на которые распространяется действие договорного или иного механизма, предусматривающего не передачу правового титула, а скорее использование активов и возвращение их собственнику после достижения цели, для которой они были переданы во владение должника (таким механизмом может быть передача в зависимое держание или передача на хранение). Некоторые законы могут также исключать активы, в отношении которых предъявлены требования о возвращении, например товары, поставленные должнику до открытия производства, но не оплаченные им и подлежащие возврату поставщику (в том случае, если они могут быть идентифицированы, а также при соблюдении других соответствующих условий)[37]. Существуют также разные подходы к режиму обремененных активов: в одних юрисдикционных системах они включаются в состав имущественной массы, в других — нет. Кроме того, могут применяться различные подходы к порядку образования имущественной массы в рамках упрощенного производства по делам о несостоятельности. В частности, в имущественную массу могут быть включены все активы, а ММП-должнику может быть разрешено ходатайствовать об исключении некоторых активов в пределах определенной стоимости. В противном случае исключение активов может допускаться с учетом определенных предельных уровней или категорий, при этом полное исключение всех активов ММП-должника может быть разрешено при условии наличия возможности оспаривания кредиторами.

18. Из-за таких исключений не все активы должника будут подлежать отслеживанию и возвращению. Что касается активов, подлежащих отслеживанию и возвращению, на то, какие активы должника будут отслеживаться и в отношении каких из отслеженных активов будут предприняты попытки возвращения в имущественную массу, могут повлиять практические соображения (например, наличие средств в имущественной массе, затраты на ОВА и вероятность успеха). Например, отслеживанию и возвращению некоторых активов должника могут препятствовать особые средства защиты (например, средства, которые обычно предоставляются добросовестным правопреемникам). Отслеживание и возвращение некоторых активов могут усложнить специальные режимы, в том числе предусмотренные международными договорами. Некоторые активы, возможно, потребуется заменить их денежным эквивалентом или суммой расторгнутой сделки.

19. ОВА обеспечивается и поддерживается всей системой законодательства о несостоятельности, включая широкие административные и следственные полномочия суда[38] и управляющего в деле о несостоятельности. Такие положения, полномочия и прерогативы недоступны вне производства по делу о несостоятельности, в том числе в рамках индивидуального исполнительного производства, которое управляющий в деле о несостоятельности, возможно, решит возбудить или к которому он может пожелать присоединиться.

---

[36] Сноска 8 в опубликованной версии Руководства, часть вторая, гл. II.

[37] Руководство, часть вторая, гл. II, раздел A.3, пп. 17–21 и часть пятая, пп. 173–175 и 197.

[38] «Суд»: судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности (глоссарий, термин (i)). В настоящем тексте термин «суд» в зависимости от контекста используется также для обозначения судебного или иного органа, помимо органа, компетентного контролировать или осуществлять надзор за производством по делу о несостоятельности, который может выполнять судебные функции в отношении производства, связанного с в ОВА (например, рассмотрение оспариваемых требований или управление процедурой расторжения сделок). Для удобства термин «суд» охватывает также «компетентный орган»: административный или судебный орган, отвечающий за ведение упрощенного производства по делам о несостоятельности или осуществление надзора за ним, или же за обе функции (Руководство, часть пятая, раздел второй, п. 25 (b)). Там, где этого требовал контекст, эти термины использовались отдельно.

20. В то же время ОВА сопряжено с решением определенных задач. Например, решающее значение для принятия своевременных мер по ОВА, включая расторжение сделок, часто имеет сотрудничество должника и третьих сторон, имевших отношения с должником. Расторжение сделок, хотя и является мощным средством ОВА, может оказаться непредсказуемым или неэффективным, если этот процесс будет медленным, сложным или возможным только на очень узких основаниях. Кроме того, отсутствие или недостаточный объем средств в имущественной массе может препятствовать ОВА, если не будут обеспечены альтернативное финансирование или другие механизмы (например, для выплаты вознаграждения). Тем не менее, если обычные гарантии (например, надзор за действиями и расходами, оценка их разумности и необходимости, снижение рисков какого-либо влияния на ход разбирательства) не позволяют устранить напряженность, которую такие альтернативные решения могут создать с учетом других соображений в рамках производства по делу о несостоятельности, суд может отказать в применении таких решений.

21. В делах о трансграничной несостоятельности, помимо обычных вопросов юрисдикции, процессуальной правоспособности и срока исковой давности, могут возникать особые проблемы, начиная с применения различных норм в государстве открытия производства по делу о несостоятельности и в государстве, в котором предпринимается действие по ОВА, и кончая такими вопросами законодательства о несостоятельности, как состав имущественной массы, режим определенных активов, права или требования и расторжение сделок. Непризнание последствий открытого производства по делу о несостоятельности для этих вопросов, а также меры, которые государство может принять для защиты местных интересов, могут создать дополнительные проблемы для возвращения активов, составляющих имущественную массу в деле несостоятельности.

22. В документах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности рекомендуются механизмы, которые позволяют судам решать подобные вопросы. Такие механизмы включают: a) прямой и оперативный доступ иностранного представителя и иностранных кредиторов в суды в государствах, принимающих соответствующее законодательство; b) различные виды помощи и судебной защиты, включая временную судебную защиту, которые национальные суды могут предоставить иностранному производству и иностранному представителю[39]; c) оперативные процедуры признания иностранного производства, признания и приведения в исполнение судебных решений, связанных с несостоятельностью[40], и предоставления судебной защиты; d) прямые связи и сотрудничество между судами и управляющими в делах о несостоятельности; e) координацию параллельных производств; и f) [*применение единообразных норм, касающихся применимого законодательства в производстве по делам о несостоятельности*]. В делах о трансграничной несостоятельности весьма полезным для ОВА является также специализация национальных судов по делам о трансграничной несостоятельности и процессуальные нормы, разработанные специально для дел о трансграничной несостоятельности в целях обеспечения их оперативного и скоординированного рассмотрения.

---

[39] «Иностранный представитель»: лицо или учреждение — включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, — которое в рамках иностранного производства уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых операций должника или совершать действия в качестве представителя иностранного производства (ст. 2 (d) ТЗТН).

[40] «Судебное решение, принятое в связи с производством по делу о несостоятельности»: судебное решение, которое является следствием производства по делу о несостоятельности или существенно связано с ним, независимо от того, закрыто ли это производство по делу о несостоятельности (ст. 2 (d) ТЗСРН). «Судебное решение»: любое решение независимо от его названия, вынесенное судом или административным органом, при условии, что административное решение имеет ту же силу, что и решение суда. Для целей настоящего определения такое решение включает постановление или предписание и определение издержек и расходов (ст. 2 (c) ТЗСРН).

23. В то же время ОВА тесно связано с другими положениями законодательства о несостоятельности и другого законодательства, в частности с положениями, которые обеспечивают подотчетность и прозрачность действий по ОВА и положениями, которые направлены на поддержание надлежащего баланса между эффективным и действенным ОВА и обеспечением определенности на рынке в целях содействия экономической стабильности и росту[41]. Кроме того, эффективность ОВА зависит от наличия общих благоприятных условий, таких как надлежащее управление, верховенство права и институциональная поддержка (включая, как отмечалось выше, оперативность, с которой суды могут рассматривать действия по ОВА), профессионализм управляющих в делах о несостоятельности и других специалистов-практиков, участвующих в ОВА, и качество механизмов принудительного исполнения (см. пп. 45–49 ниже).

D. Структура текста

24. Последующие части текста организованы следующим образом:

a) в главе II ОВА обсуждается в более широком контексте законодательства о несостоятельности и нормативной базы для эффективного и действенного ОВА;

b) в последующих главах рассматриваются средства ОВА; и

c) в последней главе освещаются цифровые аспекты.

25. Глоссарий терминов приводится либо в сопроводительных сносках, либо в тексте. Применяются обычные правила толкования: «или» не является исключительным; использование единственного числа также включает множественное число; и слова «включает», «включая», «такой как» и «например» не предназначены для указания на исчерпывающий перечень. Ссылки на «лицо» следует толковать как охватывающие и физических, и юридических лиц, если контекст не предполагает иное.

II. ОВА в более широком контексте

A. ОВА и основные цели законодательства о несостоятельности

26. В тех случаях, когда должник в целом не способен или будет не способен оплатить свои долги по наступлении сроков их погашения или когда его обязательства превышают стоимость его активов, эффективное и действенное законодательство о несостоятельности предусматривает правовые механизмы для рассмотрения на коллективной основе требований в отношении имущественной массы посредством либо ликвидации несостоятельных предприятий, либо реорганизации жизнеспособных предприятий. Кредиторы и другие заинтересованные стороны, включая должника, его владельцев и работников, имеют серьезные стимулы для максимального увеличения стоимости имущественной массы, поскольку это будет способствовать распределению больших сумм и уменьшению бремени несостоятельности для должника. Таким образом, одной из ключевых целей законодательства о несостоятельности является сохранение, защита и максимальное увеличение стоимости имущественной массы[42]. ОВА способствует достижению этой цели, поскольку основная задача ОВА состоит в том, чтобы как можно быстрее и с минимальными затратами выявить, собрать и возвратить как можно больше активов имущественной массы в деле о несостоятельности.

27. Еще одной из ключевых целей режима несостоятельности обычно является обеспечение справедливого режима для кредиторов, находящихся в

[41] Руководство, рекомендация 1 (a).
[42] Там же, рекомендация 1 (b) и (f).

аналогичном положении[43]. Она основывается на принципе, который состоит в том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих аналогичными юридическими правами, должен быть равным, а удовлетворение их требований должно происходить в соответствии с их относительной очередностью и интересами. Это означает, что любые изменения, вносимые законодательством о несостоятельности в приоритет, предоставляемый требованиям одной категории, должны в одинаковой степени затрагивать всех, кто входит в эту категорию. Эта цель тесно связана с другими целями эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, состоящими в обеспечении прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности и признании существующих прав кредиторов[44]. ОВА способствует достижению этих целей, помогая решать проблемы, связанные с мошенничеством, фаворитизмом, преференциями[45] и другими действиями или сделками, наносящими ущерб обеспечению справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении.

28. ОВА способствует также достижению других целей эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, поскольку они взаимосвязаны и подкрепляют друг друга. Например, максимально быстрое и с минимально возможными затратами и задержками выявление, взыскание и возвращение активов имущественной массы в деле о несостоятельности способствуют достижению цели эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности[46]. Это, в свою очередь, способствует достижению цели по максимальному увеличению стоимости имущественной массы и обеспечению справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении.

B. Благоприятные условия для ОВА: законодательная база по вопросам несостоятельности

29. В приводимых ниже разделах разъясняется, каким образом законодательная база по вопросам несостоятельности, рекомендуемая в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, может способствовать ОВА.

1. Всеобъемлющая сфера применения законодательства о несостоятельности

30. В Руководстве рекомендуется, чтобы законодательство о несостоятельности регулировало производство по делу о несостоятельности в отношении всех должников, участвующих в экономической деятельности, будь то физические или юридические лица, включая государственные предприятия. Согласно Руководству исключения из сферы применения законодательства о несостоятельности должны быть ограниченными и прямо указанными в этом законодательстве[47]. В Руководстве рекомендуется создать механизмы для покрытия расходов на управление производством по делу о несостоятельности, когда у должников не имеется достаточных активов и источников доходов для покрытия таких расходов (рек. 26 и 280). Помимо других проблем, такие механизмы позволили бы решить особую проблему, возникающую в тех юрисдикционных системах, в которых заявление об открытии производства по делу о несостоятельности отклоняется из-за отсутствия активов в имущественной массе. Подверженные распылению активы не будут найдены и возвращены через ОВА для распределения между кредиторами, если не будет открыто производство по делу о несостоятельности. Некоторые законы о несостоятельности предусматривают возможность авансирования кредитором или группой кредиторов суммы, соответствующей приблизительным расходам на производство по делу о

[43] Там же, рекомендация 1 (d) и (f).
[44] Там же, рекомендации 1 (h), 3 и 4.
[45] «Преференция»: сделка, вследствие которой кредитор получает преимущество или ненадлежащий платеж (глоссарий, термин (ff)).
[46] Руководство, рекомендация 1 (e).
[47] Там же, рекомендации 8 и 9.

несостоятельности. Кредиторы действительно могут быть заинтересованы в этом, если они считают, что определенные сделки могут быть расторгнуты или скрытые активы могут быть обнаружены. Тем не менее в большинстве случаев кредиторы не желают тратить имеющиеся деньги в дополнение к уже потраченным только в надежде вернуть часть причитающегося им долга. В таких случаях решение могут обеспечить альтернативные способы финансирования процедуры открытия производства по делу о несостоятельности[48].

2. Механизмы защиты, сохранения и максимального увеличения стоимости имущественной массы

31. В документах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности рекомендуются механизмы защиты, сохранения и максимального увеличения стоимости имущественной массы, которые несколькими способами поддерживают ОВА. Они содержат рекомендации о предоставлении срочной временной защиты, чтобы избежать распыления активов до открытия или признания производства по делу о несостоятельности. Такая защита может предусматривать мораторий на исполнительные действия в отношении активов должника и передачу управления и надзора за коммерческой деятельностью должника или реализацией всех или части активов должника управляющему в деле о несостоятельности.

32. При открытии производства по делу о несостоятельности механизмы защиты, сохранения и максимального увеличения стоимости имущественной массы прежде всего направлены на: a) восстановление целостности имущественной массы, в том числе путем расторжения сделок; и b) сохранение и максимальное увеличение стоимости имущественной массы, в том числе посредством введения моратория[49]. Последняя мера позволяет предотвратить преждевременное расчленение имущественной массы в результате действий отдельных кредиторов по взысканию отдельных долгов. Сохраняя статус-кво, она обеспечивает определенную передышку для проведения более упорядоченного и эффективного ОВА, чем это было бы в том случае, если бы разрешалось продолжить отдельное индивидуальное принудительное исполнение и другое производство в отношении имущественной массы.

33. Механизмы защиты, сохранения и максимального увеличения стоимости имущественной массы, применяемые после открытия производства по делу о несостоятельности, часто предусматривают также меры, направленные на обеспечение надлежащего режима контроля над активами и деловыми операциями должника. Они могут различаться в зависимости от того, сохраняет ли должник полный контроль над предприятием (должник, сохраняющий владение) или же должник полностью или частично отстраняется от управления предприятием. В Руководстве рекомендуется обеспечить ясность в отношении прав и обязанностей должника и управляющего в деле о несостоятельности, назначенного в качестве временной меры, и всех участников производства по делу о несостоятельности в отношении использования, реализации[50] или продажи активов должника и управления его деловыми операциями[51].

---

[48] Обсуждение возможных альтернативных решений см. во второй и пятой частях Руководства в контексте рекомендаций 26, 125 и 280.

[49] «Мораторий»: мера, которая предотвращает возбуждение — или приостанавливает продолжение, — судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязательств или ответственности должника, включая действия, направленные на придание обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон или на принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; а также предотвращает взыскание в отношении активов, входящих в имущественную массу, прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к любым активам или правам, входящим в имущественную массу (глоссарий, термин (rr)).

[50] «Реализация активов»: любое средство передачи или отчуждения активов или интересов в активах, будь то полностью или частично (глоссарий, термин (n)).

[51] См., например, рекомендации 41, 112 и 284–287.

3. Удобные способы выявления, взыскания, сохранения и возвращения активов имущественной массы

34. Обеспечению эффективности и действенности ОВА способствуют также положения законодательства о несостоятельности, которые обеспечивают удобные способы выявления, взыскания, сохранения и возвращения активов имущественной массы. Например, такая распространенная мера, как уведомление о решении открыть производство по делу о несостоятельности, позволяет, в частности, предупредить кредиторов или третьи стороны о нежелательности заключения с должником сделок, которые будут считаться недействительными, не имеющими исковой силы или подлежащими расторжению в соответствии с законодательством о несостоятельности. Это уведомление предупреждает также должников должника о нежелательности осуществления платежа должнику и целесообразности осуществления вместо этого платежа управляющему в деле о несостоятельности. В некоторых юрисдикционных системах такое уведомление обязывает всех, кто хранит какие-либо активы должника, коммерческую документацию и другие документальные доказательства, предоставить такие активы и материалы под страхом законного наказания в распоряжение суда по делам о несостоятельности или управляющего в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств. В Руководстве также рекомендуется возложить на должника конкретное обязательство в отношении раскрытия полной, достоверной и точной информации о положении должника и местонахождении его активов и коммерческой документации.

4. Стимулы и сдерживающие факторы

35. В Руководстве признается важность как a) создания надлежащих стимулов для обеспечения соблюдения обязательств в соответствии с законодательством о несостоятельности (например, в нем среди целей законодательства о несостоятельности конкретно указывается стимулирование сбора и распространения информации); так и b) обеспечения эффективных средств правовой защиты для предотвращения несоблюдения обязательств (например, может быть наложен штраф на любое лицо, контролирующее или владеющее коммерческой документацией должника, за каждый день задержки с доставкой этой документации управляющему в деле о несостоятельности). В то же время в Руководстве подчеркивается важность предотвращения несоблюдения, в том числе посредством повышения осведомленности, разъяснения, раннего оповещения и предупреждающих сигналов.

36. Хотя стимулы и средства правовой защиты, связанные с соблюдением обязательств в рамках производства по делу о несостоятельности, часто встречаются не только в законодательстве о несостоятельности, но и в законодательстве, не связанном с вопросами несостоятельности, например в законодательстве, регулирующем деятельность компаний, административном праве и уголовном законодательстве, для кредиторов и других заинтересованных сторон стимулы и средства правовой защиты, предусмотренные в законодательстве о несостоятельности, могут быть предпочтительнее, чем наложение уголовных или административных санкций, которые преследуют иные цели и могут не обеспечивать той степени гибкости, которая требуется в рамках производства по делу о несостоятельности. В Руководстве рекомендуется, чтобы законодательство о несостоятельности предоставляло судам свободу действий в отношении применения в каждом конкретном случае целевых и адаптированных стимулов и средств правовой защиты в зависимости от обстоятельств и рассматриваемого дела[52]. Судам, рассматривающим дела о несостоятельности, возможно, потребуется, в частности, применять более широкий подход к рассмотрению лиц, в отношении которых могут быть применены стимулы и средства правовой защиты, предусмотренные в законодательстве о несостоятельности. Кроме того, с точки зрения законодательства о несостоятельности основная цель ОВА заключается

[52] См., например, рекомендации 20, 28, 301 и 309 и сопроводительные комментарии.

в содействии возвращению активов имущественной массы в интересах всех кредиторов, а не только тех из них, которые, например, могли оказаться жертвами преступления и, следовательно, получить выгоду от постановления о возмещении ущерба в рамках уголовного производства.

37. Стимулы и средства правовой защиты, предусмотренные в законодательстве о несостоятельности, могут быть реализованы посредством освобождения от обязательств[53] (например, предоставления досрочного освобождения или, наоборот, отказа в освобождении или отмены уже предоставленного освобождения от обязательств), отклонения заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, прекращения или преобразования производства и постановлений о возмещении расходов и убытков. Непосредственное отношение к ОВА имеют положения о составе имущественной массы, которые, в частности, могут предусматривать, как это рекомендуется в Руководстве (рек. 314), что любые нераскрытые или сокрытые активы составляют часть имущественной массы в деле о несостоятельности.

38. Сдерживающим фактором для распыления активов и в то же время важным фактором своевременного ОВА являются положения Руководства, в которых рекомендуется разрешить как должникам, так и кредиторам ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности, а также рекомендуется обеспечить оперативные, действенные и рентабельные процедуры рассмотрения заявлений и открытия производства по делу о несостоятельности при условии соблюдения гарантий от ненадлежащего применения законодательства о несостоятельности (см. рек. 14–29 и 292–301).

39. В Руководстве предусматривается, например, специальный режим открытия производства для индивидуальных предпринимателей и других ММП, устраняющий необходимость доказывания факта их несостоятельности[54]. В то же время, учитывая легкость, с которой ММП могут использовать упрощенный режим несостоятельности и добиться освобождения от обязательств, часть пятая Руководства рекомендует предусмотреть специальные меры защиты от злоупотреблений, в том числе от возможного распыления активов до открытия производства. К таким средствам защиты относятся возражения кредиторов против открытия упрощенного производства по делу о несостоятельности или определенного его вида или против решения суда о прекращении производства по делу о несостоятельности и освобождении от обязательств в случае отсутствия активов в имущественной массе. Возражения кредиторов могут привести к дополнительным проверкам должника, его предприятия и активов. После таких проверок может возникнуть необходимость в возбуждении процедур по расторжению сделок или в совершении других действий по ОВА, что, в свою очередь, может потребовать преобразования упрощенного производства по делу о несостоятельности в стандартное производство.

40. Для более крупных предприятий из двух наборов критериев и стандартов открытия производства приоритет в Руководстве отдается критерию прекращения платежей по сравнению с балансовым критерием. Приоритет критерия прекращения платежей позволяет кредиторам выявлять определяющие факторы и призван обеспечить открытие производства по делу о несостоятельности на достаточно ранних этапах ухудшения финансового положения должника, с тем чтобы свести к минимуму распыление активов и избежать острой конкуренции между кредиторами в борьбе за активы. Если возможность открытия производства будет предусмотрена только после того, как должник сможет продемонстрировать наступление балансовой несостоятельности, то это может привести к сокращению размера возмещения.

---

[53] «Освобождение от обязательств»: освобождение должника в соответствии с применимым законодательством от требований, которые были урегулированы в рамках производства по делу о несостоятельности.

[54] Руководство, рекомендации 272, 275 и 292.

41. В тех случаях, когда заявление об открытии производства по делу о несостоятельности не приводит автоматически к открытию производства по делу о несостоятельности, в Руководстве рекомендуются механизмы для упрощения оценки приемлемости заявления, поскольку задержка между подачей заявления и открытием производства может привести к распылению активов в результате действий как должника, так и кредиторов. Например, для упрощения оценки в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности рекомендуется включить положения о презумпции несостоятельности (см., например, рек. 17 Руководства и статью 31 ТЗТН). В контексте трансграничной несостоятельности важное значение имеет презумпция несостоятельности, основанная на признании основного иностранного производства, когда в признающем государстве может возникнуть срочная необходимость в открытии местного производства по делу о несостоятельности для обеспечения доступа иностранного представителя к внутренним средствам правовой защиты. В некоторых юрисдикционных системах существуют дополнительные презумпции несостоятельности. К ним относятся закрытие предприятия (административной штаб-квартиры или иного места, где должник осуществляет свою основную коммерческую деятельность) или ситуация, когда сотрудники административного органа или законные представители скрываются или покидают свою зарегистрированную контору или основное место деятельности на срок, превышающий установленное количество дней, не оставляя законных представителей, обладающих достаточными полномочиями и активами или средствами для исполнения своих обязанностей. Кроме того, основанием для презумпции неспособности предприятия выполнять свои обязательства и правовым основанием для открытия производства по делу о несостоятельности может быть неспособность представить (проверенную) годовую финансовую отчетность за установленное законом определенное количество лет.

5. Ясность и определенность

42. Положения Руководства о критериях правомочности заявлений и открытии производства дополняются положениями о юрисдикции и применимом праве. В зависимости от действий по ОВА, участвовать могут разные суды внутри страны и за рубежом, а к ОВА могут применяться разные положения о юрисдикции в соответствии с законодательством о несостоятельности и в соответствии с другим законодательством. Могут, в частности, существовать различные связующие факторы (например, местонахождение должника, связанных с ним лиц или других лиц, которым могли быть переданы или направлены активы, местонахождение третьей стороны, на которую распространяется постановление суда, или местонахождение доказательств или активов).

43. В Руководстве рекомендуется, чтобы в законодательстве о несостоятельности четко определялся суд, обладающий юрисдикцией в отношении открытия и ведения производства по делу о несостоятельности, включая вопросы, возникающие в ходе такого производства[55], а также определялось, какие должники имеют достаточные связи с государством, для того чтобы на них распространялось действие законодательства этого государства о несостоятельности. Согласно Руководству, такие основания должны включать местонахождение ЦОИ или предприятия в данном государстве[56]. В текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности косвенно признается координирующая роль суда, открывающего производство по делу о несостоятельности в юрисдикционной системе ЦОИ (или плановое производство в контексте несостоятельности предпринимательской группы). Тем не менее, в этих текстах признается также, что для открытия местного производства в отношении местных активов применяются такие другие критерии, как наличие активов.

[55] Руководство, рекомендация 13.
[56] Там же, рекомендация 10.

44. Из-за различных критериев правомочности заявлений должника или различных толкований одного и того же критерия может оказаться, что должник, имеющий активы в более чем одном государстве, будет удовлетворять требованиям для того, чтобы на него распространялось действие законодательства о несостоятельности более чем одного государства, в результате чего в этих государствах могут быть открыты отдельные производства по делу о несостоятельности. Поэтому предсказуемость и ясность по таким вопросам, как где могут быть инициированы производство по делу о несостоятельности или действия по ОВА, где может быть получена срочная судебная защита и какое законодательство подлежит применению, имеют важное значение, особенно в делах о трансграничной несостоятельности. Тексты ЮНСИТРАЛ о несостоятельности содержат рекомендации в отношении нормативной базы для регулирования таких случаев (см. п. 22 выше). [*Будет дополнено: аспекты регулирующего права*.]

C. Благоприятная среда для ОВА: другие области права и институциональная основа

45. Успех действий по ОВА зависит от многих факторов, в том числе от адекватности судебной инфраструктуры. Если судебная инфраструктура не в состоянии реагировать на просьбы принять оперативные меры, включение в законодательство положений о средствах ОВА не приведет к достижению целей ОВА.

46. Помимо судов, важную роль в обеспечении своевременности и прозрачности действий по ОВА при надлежащем уровне подотчетности и добросовестности играют специалисты, участвующие в ОВА (управляющие в делах о несостоятельности, юрисконсульты, бухгалтеры, эксперты-криминалисты или другие профессиональные консультанты). Обычно они должны соответствовать профессиональным стандартам, по которым оценивается их работа. Несоблюдение стандартов может привести к дисквалификации. Они могут быть обязаны проходить регулярную переподготовку, чтобы сохранить свою лицензию на практику, или же проходить повторную сертификацию по применимым стандартам, в том числе по стандартам, касающимся ОВА.

47. На ОВА влияют также различные параллельные процессы на национальном, региональном и международном уровнях, в том числе процессы, которые поддерживают международные усилия по борьбе с незаконными финансовыми потоками и финансированием терроризма в целях ликвидации убежищ для сокрытия средств, полученных в результате коррупционных деяний, предупреждения отмывания доходов от коррупции и содействия более систематизированному и своевременному возврату украденных активов для использования в публичных интересах. Эти процессы требуют от государств среди прочего налаживания сотрудничества и улучшения координации усилий по отслеживанию и возвращению активов[57], и это способствовало, в частности: a) принятию во многих юрисдикционных системах законодательства о конечном бенефициарном владении (КБВ), включая также правило «знай своего клиента» (ЗСК)[58]; b) созданию

[57] См., например, соответствующие положения КПК ООН, в которых возвращение активов является основополагающим принципом Конвенции, а также связанные с ними рекомендации по отслеживанию и возвращению активов.

[58] «Бенефициарный владелец» — это физическое лицо (лица), которое в конечном счете владеет юридическим лицом или образованием или контролирует их, даже если право собственности или контроль осуществляется через цепочку владения или посредством контроля, отличного от прямого контроля. Стандарты КБВ и ЗСК направлены на упрощение идентификации конечных бенефициаров средств и защищают предприятия и финансовые учреждения от мошенничества, коррупции, отмывания денег и финансирования терроризма. Обычно помимо проверки бенефициарного владения они требуют идентификации клиента, проверки в отношении политически значимых лиц и санкций, установления источников средств и проверки благосостояния, усиленной должной осмотрительности в случае высоких рисков или предупреждения об опасности в отношениях с клиентом, соблюдения требований к документации и уведомлениям, а также замораживания активов. Кроме того, применяется «правило прохождения», которое требует, чтобы финансовые учреждения передавали определенную информацию, связанную с переводом средств, в следующее

реестров, способствующих ОВА, например, реестров директоров и бенефициарных владельцев[59]; и c) внедрению управленческих принципов и систем информирования о нарушениях[60].

48. Кроме того, многие общепринятые стандарты организации и управления компаниями (например, стандарты бухгалтерского учета и системы управления активами) основаны на концепциях и принципах, которые помогают предотвратить или свести к минимуму потерю активов и возвратить утраченные активы. К таким концепциям и принципам относятся: a) система двойной записи, при которой каждая хозяйственная операция записывается как минимум в двух счетах по дебету или кредиту; b) журнал первой записи, в котором изначально регистрируются все сделки, и центральный регистр, в котором отражаются все сделки; c) надлежащим образом задокументированная информация, включая информацию, касающуюся активов (в реестре и инвентарных перечнях активов), финансового положения, доходов, операций с аффилированными компаниями и любую другую информацию, важную для оценки перспектив развития предприятия (в финансовых отчетах и ведомостях); и d) оперативные корректирующие действия для устранения несоответствующей практики. Все эти требования дополняются требованиями в отношении аудита, отчетности и публичного раскрытия информации, чтобы гарантировать, что информация, представленная в коммерческой документации, является точной, полной, прозрачной и доступной и может быть в надлежащих случаях предоставлена государственным органам (например, налоговым органам, органам социального обеспечения), акционерам[61], кредиторам, потенциальным инвесторам и общественности. Во многих юрисдикционных системах искажение или предоставление неполной информации в финансовых отчетах или аудиторских заключениях или сокрытие этих фактов является уголовным преступлением. Уголовным преступлением во многих юрисдикционных системах является также несообщение компетентным органам или иное нераскрытие информации в соответствии с требованиями законодательства о фактах мошенничества и других экономических преступлениях, неминуемой угрозе сохранению предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы и о других фактах, которые могут причинить существенный ущерб предприятию, акционерам, кредиторам или инвесторам, или о подозрениях в этом отношении.

49. Некоторые из этих стандартов, а также стандарты, специально разработанные для приложений информационных технологий (ИТ), имеют отношение к идентификации и отслеживаемости продуктов и операций (например, в транспортном и финансовом секторах), идентификации цепочки владения, а также отслеживанию и наблюдению за движением товаров по всей цепочке поставок. Стандарты, разработанные специально для операций с цифровыми активами, включают стандарты, касающиеся обеспечения надлежащей безопасности, обязанностей хранителя и мониторинга на интегрированных платформах (например, Интернет вещей (ИВ)). Некоторые другие стандарты устанавливают особые требования в отношении управления идентификационными данными и смарт-контрактов в системах ТРР.

финансовое учреждение в рамках электронных переводов или аналогичной передачи средств.

[59] Стандарты КБВ побуждают государства среди прочего проводить всесторонние оценки рисков в отношении юридических лиц, в том числе путем их регистрации в общедоступном реестре компаний с указанием их фирменного наименования, свидетельства о регистрации, организационно-правовой формы и статуса, адреса зарегистрированной конторы, основные регулятивных полномочий и списка директоров. Компании обязаны обновлять информацию о своих акционерах (см., например, рекомендацию 24 ФАТФ по адресу www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/ pdfs/FATF_Recommendations.pdf).

[60] См., например, статью 33 КПК ООН, касающуюся защиты лиц, сообщающих информацию. Focus areas - whistleblower protection (unodc.org).

[61] «Акционер»: держатель выпущенных акций или обладатель аналогичного интереса, представляющего собой требование из собственности на часть капитала корпорации или другого предприятия (глоссарий, термин (p)).

III. Обзор средств ОВА

A. Средства, специально предназначенные для производства по делам о несостоятельности: внутригосударственный контекст

1. Профилактические меры

50. Эффективной профилактической мерой против растраты имущественной массы является возложение на должника и лиц, осуществляющих фактический контроль[62] над предприятием должника, в период, предшествующий несостоятельности, обязательств должным образом учитывать интересы кредиторов и других заинтересованных сторон и предпринимать разумные шаги для предотвращения несостоятельности, а в случае ее неизбежности — для сведения к минимуму ее масштабов[63]. Разумные шаги, перечисленные в Руководстве, включают: a) обеспечение надлежащего ведения учетных записей и их актуальности; b) защита активов в целях максимального увеличения их стоимости и исключения потери ключевых активов; c) отказ от совершения сделок, которые могут быть расторгнуты, за исключением случаев, когда имеется соответствующее коммерческое обоснование; и d) обеспечение того, чтобы методы управления учитывали интересы кредиторов и других заинтересованных сторон. В Руководстве рекомендуется применять аналогичные требования в отношении ММП, включая индивидуальных предпринимателей[64]. Нарушение этих обязательств может повлечь за собой ответственность (гражданскую, административную и уголовную) должника и лиц, контролирующих должника, которые будут обязаны возместить убытки и ущерб (см. ниже раздел «Действия против директоров, акционеров и других лиц»).

51. Такие обязательства выходят за рамки обязательств компании или индивидуального предпринимателя и лиц, осуществляющих фактический контроль над предприятием в обычных условиях ведения коммерческой деятельности (т. е. не в период, предшествующий неплатежеспособности). Примером обязательства, возникающего в период, предшествующий неплатежеспособности, может быть ведение подробного перечня преференциальных передач и обоснований их осуществления. Целью установления таких обязательств являются минимизация потенциальных потерь для кредиторов и недопущение несостоятельности[65]. В то же время эти обязательства облегчают также ОВА, в частности, обязывая ответственных лиц вести учет активов, обеспечивать прозрачность бухгалтерских книг должника и избегать преференциальной и иной передачи активов, которая может нанести ущерб кредиторам. В случае несостоятельности эти меры при условии их соблюдения обеспечивают суду и управляющему в деле о несостоятельности возможность быстро и точно оценить имущественную массу и устраняют необходимость в возбуждении процедур по расторжению сделок и других действий по ОВА. Аналогичные обязательства могут быть возложены на представителей должника, например на адвоката, в частности, для сохранения существующего статуса имущества должника до подачи добровольного ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности.

---

[62] «Контроль»: способность прямо или косвенно определять оперативную и финансовую стратегию предприятия (Руководство, часть третья, термин (c) и ст. 2 (c) ТЗНПГ). «Контролируемый член группы»: члены группы, которые контролируются материнской компанией независимо от их правовой структуры (Руководство, часть третья, п. 5). В контексте ОВА термин «материнская компания» и «контроль» следует понимать в широком смысле, как охватывающий способность определять, прямо или косвенно, не только операционную и финансовую стратегию физического или юридического лица, должника или иного лица, но и, например, их активы.

[63] Руководство, часть четвертая и рекомендация 372.

[64] Рекомендация 372.

[65] Там же, часть четвертая, с. 10 и далее.

52. Кроме того, в контексте упрощенного режима несостоятельности Руководство предусматривает, что компетентный орган может назначить независимого специалиста на самых ранних этапах до подачи заявления об открытии упрощенного производства по делу о несостоятельности, например для оказания помощи должнику в подготовке такого заявления[66]. Функции, возложенные на независимого специалиста, могут включать функции, связанные с восстановлением целостности того, что в конечном счете станет имущественной массой в рамках производства по делу о несостоятельности после его открытия.

2. Временные меры

53. В Руководстве рекомендуется, чтобы в тех юрисдикционных системах, в которых подача заявления автоматически не приводит к открытию производства по делу о несостоятельности, суд имел возможность предписывать временные меры по просьбе должника, кредиторов или третьих сторон в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства. В некоторых юрисдикционных системах временные меры предписываются судами ex officio.

54. Цель временных мер заключается в защите активов должника, которые потенциально могут составлять имущественную массу, от распыления. Поэтому просьбы о временных мерах должны рассматриваться оперативно, особенно в случае подозрений на мошенничество. В противном случае, когда о заявлении станет известно, у должника, кредиторов и других сторон может возникнуть желание перевести активы вне досягаемости кредиторов и предпринять другие действия, которые могут значительно затруднить последующие усилия по ОВА.

55. В Руководстве приводится неисчерпывающий перечень временных мер, при этом отмечается, что любая другая, не включенная в перечень, временная защита в соответствии с законодательством о несостоятельности может относиться к категории мер, применимых или доступных при открытии производства по делу о несостоятельности. К числу конкретно перечисленных мер относятся: a) мораторий на исполнительные действия в отношении активов должника; b) поручение управляющему в деле о несостоятельности или какому-либо иному лицу, назначенному судом осуществлять управление или надзор за предприятием должника; и c) поручение осуществлять реализацию всех или части активов должника управляющему в деле о несостоятельности или какому-либо иному лицу, назначенному судом. Другие средства правовой защиты могут включать установление фактов, судебные проверки, опрос свидетелей, сбор и обеспечение доказательств и распоряжение о предоставлении информации об активах, коммерческих операциях, правах, обязанностях или обязательствах должника.

56. В некоторых юрисдикционных системах при подаче заявления об открытии производства по делу о несостоятельности автоматически вводится мораторий на реализацию движимого или недвижимого имущества должника. В других юрисдикционных системах суды по ходатайству заинтересованного лица, управляющего в деле о несостоятельности, назначенного в качестве временной меры (если таковая предусмотрена), или на основании собственных полномочий обязаны или уполномочены сохранять стоимость активов должника и с этой целью могут a) распорядиться о немедленном составлении подробной описи активов должника и посещении объектов, осмотре помещений или принятии других подобных мер управляющим в деле о несостоятельности, назначенным в качестве временной меры; b) издать временный запретительный приказ в отношении должника, его активов или третьих лиц (например, временное замораживание, наложение ареста, опечатывание, превентивные запретительные меры и эмбарго), в том числе в целях обеспечения права на расторжение сделок; и c) ограничить полномочия должника в отношении его активов (например, требовать получения разрешения управляющего в деле о несостоятельности, назначенного

[66] Там же, рекомендации 275–279 и сопроводительный комментарий.

в качестве временной меры, на передачу или обременение всех или определенных активов). В некоторых юрисдикционных системах может быть назначен судебный контролер, роль которого заключается в анализе и составлении отчета об экономическом и финансовом положении должника. Такое ограниченное вмешательство может в конечном счете потребовать более жесткого вмешательства, например отстранения должника от управления его предприятием.

57. В некоторых юрисдикционных системах после получения заявления об открытии производства по делу о несостоятельности судам разрешается запрашивать у должника, различных регистров и других третьих лиц информацию, касающуюся должника, в том числе информацию о банковских счетах должника, заключенных контрактах и движимом и недвижимом имуществе. Эти меры направлены на то, чтобы помочь суду решить, открывать ли производство по делу о несостоятельности или отклонить заявление, и если открывать, то какой вид производства следует открыть. В некоторых юрисдикционных системах право запрашивать такую информацию предоставляется также управляющему в деле о несостоятельности, назначенному в качестве временной меры, и кредиторам.

58. Временные меры обычно сопровождаются гарантиями от их неправомерного использования. В Руководстве упоминаются следующие гарантии: a) требование к подателю ходатайства продемонстрировать, что помощь является неотложной и перекрывает любой потенциальный ущерб, который такие меры могут нанести, а также информировать суд обо всех существенных изменениях, которые могут потребовать модификации или прекращения временной меры[67]; b) требование к подателю ходатайства предоставить возмещение за введение временных мер и, когда это необходимо, оплатить издержки или сборы[68]; и c) наложение санкций в связи с ходатайством о временных мерах, в том числе в отношении заявителя, если временная мера была получена ненадлежащим образом[69].

59. Могут быть предусмотрены дополнительные гарантии, особенно при назначении управляющего в деле о несостоятельности в качестве временной меры, что в некоторых юрисдикционных системах считается грубым вмешательством в дела должника и по этой причине не может быть легко предписано, особенно если другие меры достаточны для поддержания статуса-кво. К числу случаев, когда в качестве временной меры может быть назначен управляющий в деле о несостоятельности, относятся случаи, когда директора выводят или распыляют активы (например, посредством незаконных операций по закрытию предприятия), директора осуществляют управление предприятием без надлежащей осмотрительности и если возникают споры между акционерами и директорами.

60. В Руководстве рекомендуется, чтобы в законодательстве о несостоятельности четко устанавливался баланс прав и обязательств между должником и любым управляющим в деле о несостоятельности, назначаемым в качестве временной меры. Согласно Руководству, в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства должник имеет право продолжать свою коммерческую деятельность, а также использовать и реализовывать активы в ходе обычных коммерческих операций[70], кроме как в той мере, в которой это запрещено ему судом[71].

---

[67] Там же, часть вторая, с. 90.
[68] Там же, рекомендация 40.
[69] Там же.
[70] «Обычные коммерческие операции»: сделки, соответствующие как i) операциям коммерческого предприятия должника до открытия производства по делу о несостоятельности, так и ii) обычным коммерческим условиям (глоссарий, термин (bb)).
[71] Руководство, рекомендация 41.

61. Любое затронутое лицо имеет право оспаривать введение временных мер и добиваться освобождения от их действия. Соответственно, действуют требования о направлении затронутым лицам надлежащего уведомления и предоставлении возможности быть заслушанными с некоторыми ограничениями. В частности, временные меры могут быть предписаны без предварительного уведомления в порядке ex parte, что означает, что право быть заслушанным будет предоставлено ex post. В подобном случае должник или другая заинтересованная сторона, затронутая временной мерой, по закону может иметь право на незамедлительное заслушивание по вопросу о том, следует ли продолжать применение этой меры.

62. Временные меры могут подлежать периодическому пересмотру по закону, либо они могут быть пересмотрены и изменены или прекращены по собственной инициативе суда или по просьбе ходатая или затронутого лица. Обстоятельства, оправдывающие прекращение таких мер, обычно существуют в следующих случаях: a) отказ в удовлетворении ходатайства об открытии производства; b) постановление о введении временных мер успешно оспорено; и c) меры, применяемые с момента открытия, вступают в силу, если только суд не продлит действие временных мер. В некоторых юрисдикционных системах продолжительность действия временных мер ограничивается определенным сроком или действиями, которые должны быть предприняты ходатаем или другими лицами.

63. При рассмотрении временных мер в Руководстве признается, что в идеальном случае промежуток времени между подачей заявления и открытием производства по делу о несостоятельности должен быть очень коротким[72].

3. Меры после открытия производства

64. Руководство предусматривает следующие меры при открытии производства по делу о несостоятельности: a) мораторий[73] и особый режим контрактов, исполнение которых продолжается, и оговорок ipso facto[74]; b) определение активов должника, в отношении которых будет возбуждено производство по делу о несостоятельности, и образование имущественной массы[75]; и c) установление контроля за использованием и распоряжением активами имущественной массы[76] и над предприятием должника[77]. В нем рассматривается также режим несанкционированных сделок[78]. Во многих юрисдикционных системах предусматриваются аналогичные меры.

a) Мораторий и режим контрактов, исполнение которых продолжается, и оговорок ipso facto

65. Обычно вводится мораторий на: i) индивидуальные иски или процессуальные действия; ii) действия по приданию обеспечительным интересам силы в отношении третьих сторон и по принудительной реализации обеспечительных интересов; и iii) исполнительные действия или иное взыскание в отношении активов имущественной массы. В некоторых юрисдикционных системах мораторий вводится в силу закона (т. е. автоматически) на все или определенные действия на срок, установленный законом или судом, в то время как в других юрисдикционных системах мораторий предписывается судом по ходатайству заинтересованных лиц или управляющего в деле о несостоятельности либо в порядке ex officio (срок действия и объем моратория могут быть различными).

66. Кроме того, в силу законодательства о несостоятельности права контрагента на прекращение контракта с должником могут быть лишены исполнительной силы. Существуют исключения из этого правила. Специальные правила обычно действуют также в отношении режима контрактов, исполнение которых

---

[72] Там же, рекомендации 18 и 296 и сопроводительный комментарий.
[73] Там же, рекомендации 46–51 и 317–318 и сопроводительный комментарий.
[74] Там же, рекомендации 69–86 и сопроводительный комментарий.
[75] Там же, рекомендации 35–38 и 313–315 и сопроводительный комментарий.
[76] Там же, рекомендация 46 (e).
[77] Там же, рекомендации 112–114 и 284–287.
[78] Там же, часть вторая, глава II, п. 16 и глава III, пп. 2, 12, 33.

продолжается, в частности применительно к их расторжению, продолжению или переуступке.

67. Принятие таких мер преследует множество целей. Применительно к ОВА они призваны защитить имущественную массу от действий кредиторов и должника, в том числе лиц, осуществляющих фактический контроль над должником, сохранить статус-кво и обеспечить передышку для справедливого и упорядоченного управления производством по делу о несостоятельности и максимального увеличения стоимости имущественной массы, в том числе за счет ОВА.

68. Поскольку эти меры ущемляют законные интересы затронутых лиц, они обычно сопровождаются гарантиями. В частности, срок действия моратория может быть ограничен. Кроме того, могут быть предусмотрены исключения из моратория. Например, в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предусматривается, что мораторий не затрагивает право возбуждать или продолжать индивидуальный иск или процессуальные действия, необходимые для сохранения требования к должнику (рек. 47). В некоторых юрисдикционных системах из сферы применения моратория исключаются также любые действия, направленные на увеличение стоимости имущественной массы, actio pauliana или действия в отношении управляющего в деле о несостоятельности. В Руководстве упоминается также возможность ходатайствовать о снятии моратория и обеспечение защиты от уменьшения стоимости обремененных активов или активов, принадлежащих третьим сторонам, затронутым мораторием.

b) Определение активов имущественной массы и образование имущественной массы

69. Законодательство многих стран о несостоятельности обязывает суд или, сразу же после назначения, управляющего в деле о несостоятельности установить, какие активы относятся к имущественной массе, составить подробную опись активов имущественной массы, оценить стоимость каждого актива и принять на хранение бухгалтерские книги, записи и другие доказательства. Законы о несостоятельности различаются в определении требований в отношении ареста, опечатывания или просто маркировки активов, над которыми должник больше не имеет контроля. Это может зависеть от вида актива, от вероятности распыления в отсутствие такой меры, а также от того, идет ли речь о ликвидации или реорганизации предприятия и от того, применяется ли в полном объеме или частично режим должника, сохраняющего владение, или же режим полного отстранения должника. При ликвидации обычно имеет место полное закрытие складов или всего предприятия и секвестр взаимозаменяемых активов, таких как наличные денежные средства.

70. Опись активов представляет собой подробный перечень с разбивкой по группам и статьям с указанием всех подтверждающих документов. К описи различных категорий активов могут применяться разные правила, например: i) для движимых активов указывается их вид, количество, качество, состояние и любая другая справочная информация или спецификация, необходимая для их надлежащей детализации; ii) для наличных денег указываются количество, сумма и валюта; iii) для денежных средств, находящихся на банковских счетах, указываются название банка, номер счета и остаток; iv) для автотранспортных средств включаются сведения о регистрации в соответствующем реестре; и v) для недвижимого имущества указываются его местонахождение, регистрационный номер собственности и другие сведения из соответствующего реестра недвижимого имущества. Для составления описи управляющим в деле о несостоятельности может потребоваться надзор со стороны суда или публичного удостоверяющего должностного лица. Кроме того, во всех случаях может потребоваться присутствие должника. При обеспечении аналогичных гарантий может осуществляться посещение объектов. К обращению с деловой документацией могут применяться особые правила, например, при ликвидации, в дополнение к их детализации, может потребоваться их закрытие для дальнейших записей.

71. В некоторых юрисдикционных системах суд или, после назначения и при наличии полномочий, управляющий в деле о несостоятельности может издать распоряжение о проведении обыска или поиска, если в результате проверки деловой документации должника он обнаружит, что активы имущественной массы существуют, но исчезли. Некоторые законы о несостоятельности предусматривают возобновление производства по делу о несостоятельности в случае обнаружения активов, которые должны были войти в состав имущественной массы, или установления факта сокрытия или незаконной передачи таких активов после закрытия производства по делу о несостоятельности.

c) Контроль за использованием и реализацией активов имущественной массы и функционированием предприятия должника

72. При отсутствии режима должника, сохраняющего владение, что обычно имеет место при ликвидации, после завершения и удостоверения описи суд или управляющий в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств, берет на себя контроль и ответственность в отношении всех активов, записей и документации, указанных в описи, включая их сохранность и реализацию активов, которые по своему характеру или в силу иных обстоятельств являются скоропортящимися, подверженными обесцениванию или иным образом находящимися в опасности. В получении контроля над активами им обычно помогают правоохранительные органы. Если эти меры затрагивают права третьих лиц, применяются такие гарантии, как разрешение суда и рассмотрение возражений. Для оценки стоимости активов могут быть назначены эксперты.

73. При реорганизации управляющий в деле о несостоятельности может быть назначен для частичного или полного отстранения должника от деловых операций. При наличии режима должника, сохраняющего владение, управляющий в деле о несостоятельности может быть назначен для надзора за должником, сохраняющим владение, в ходе повседневного функционирования предприятия. Для распоряжения определенными активами или заключения определенных сделок может потребоваться разрешение суда. Управляющий в деле о несостоятельности может быть назначен также для выполнения конкретных функций (например, для расторжения сделок, поскольку может возникнуть коллизия интересов: должник, сохраняющий владение, который заключил сделки по заниженной стоимости или преференциальные сделки, скорее всего, не будет их оспаривать). В некоторых юрисдикционных системах, например, назначается коммерческий посредник, в функции которого может входить передача под надзором суда всех или некоторых активов должника одному или нескольким третьим лицам с целью предотвращения их сокрытия должником, сохраняющим владение, и обеспечения их сохранности.

74. В некоторых законах о несостоятельности сделки должника, связанные с активами, над которыми должник утратил контроль, считаются недействительными и не имеющими исковой силы в отношении имущественной массы, если они не были санкционированы управляющим в деле о несостоятельности или судом. Такие законы позволяют истребовать переданные активы и вернуть их в имущественную массу, а также объявить любые обязательства, созданные ultra vires, не имеющими исковой силы в отношении имущественной массы, за исключением некоторых юрисдикционных систем, в которых предусматривается, что контрагент, добросовестно заключивший сделку, возместил стоимость или может доказать, что эта сделка не ущемляет права кредиторов. В других юрисдикционных системах, в зависимости от обстоятельств дела, некоторые несанкционированные сделки могут быть автоматически признаны недействительными, в то время как другие могут быть расторгнуты управляющим в деле о несостоятельности. Примеры несанкционированных сделок включают передачу должником права собственности или обременение значительных активов имущественной массы и принятие должником платежа, который может быть правомерно принят только управляющим в деле о несостоятельности. В некоторых юрисдикционных системах управляющий в деле о несостоятельности может

разрешить любую сделку, которая приводит к фактическому увеличению стоимости активов должника или к положительному результату для кредиторов.

75. Без ущерба для сохранения возможности корректировки в Руководстве рекомендуется обеспечивать в рамках каждого дела о несостоятельности ясность в отношении допустимой реализации активов должником или управляющим в деле о несостоятельности. Как правило, проводится различие между использованием или реализацией активов имущественной массы в ходе обычных коммерческих операций должника и использованием или реализацией в других обстоятельствах («вне рамок обычных коммерческих операций») с точки зрения того, кто может принимать решения относительно использования или реализации, а также необходимых защитных мер. Для использования и реализации вне рамок обычных коммерческих операций обычно требуется одобрение суда или кредиторов.

76. Понятие «обычные коммерческие операции» понимается неодинаково в разных юрисдикционных системах. При определении понятия «обычные коммерческие операции» различные аспекты акцентируются в государствах в различной степени. В большинстве юрисдикционных систем общепринятой целью являются определение содержания повседневного проведения коммерческих операций и предоставление коммерческому предприятию возможности осуществлять обычные платежи и заключать обычные контракты без риска расторжения таких сделок в случае несостоятельности. К таким обычным платежам могут относиться арендные платежи, расчеты за коммунальные услуги, такие как энергоснабжение, а также, возможно, оплата поставок сырья и материалов для коммерческой деятельности предприятия. В некоторых юрисдикционных системах при оценке того, какие сделки относятся к категории обычных коммерческих операций, учитываются размеры и частота сделок. Тем не менее, незаконные и неправомерные сделки, такие как схемы Понци, подлежат исключению.

77. В Руководстве в качестве сделок в обычных коммерческих операций рассматриваются сделки, соответствующие как операциям коммерческого предприятия должника до открытия производства по делу о несостоятельности, так и обычным коммерческим условиям. В нем рекомендуется разрешать в рамках обычных коммерческих операций использование и реализацию активов имущественной массы (включая обремененные активы), за исключением поступления наличных средств, в отношении которых действует специальный режим, предназначенный для защиты интересов обеспеченных кредиторов[79] в таких поступлениях наличных средств. В Руководстве предусматривается также, что: i) использование и реализация активов имущественной массы вне рамок обычных коммерческих операций могут осуществляться только при условии уведомления кредиторов, за исключением срочных продаж; ii) кредиторам должна быть предоставлена возможность быть заслушанными в суде; iii) способы продажи должны обеспечивать максимальное повышение цены, которую можно получить за продаваемые активы; iv) третьим сторонам — собственникам активов, находящихся во владении должника, а также обеспеченным кредиторам и держателям других прав в активах предоставляется специальная защита, включая защиту стоимости[80], в случае продажи этих активов свободными от такого

[79] «Обеспеченный кредитор»: кредитор, обладающий обеспечительным интересом. «Обеспеченное требование»: требование, которое подкрепляется обеспечительным интересом, принятым в качестве гарантии долга, подлежащего принудительному взысканию в случае неисполнения со стороны должника. «Обеспечительный интерес»: право в обремененных активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств (глоссарий, термины (nn), (oo) и (pp)).

[80] «Защита стоимости»: меры, направленные на сохранение экономической стоимости обремененных активов и активов, принадлежащих третьим сторонам, в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые «надлежащей защитой»). Защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления обеспечительного интереса в альтернативных или дополнительных активах или с помощью других средств, которые, по определению суда, обеспечат необходимую защиту (глоссарий, термин (ii)).

обременения и других интересов; v) реализация активов лицам, связанным с должником[81], подлежит тщательной проверке, прежде чем она будет разрешена; и vi) отказ от обременительных активов разрешается при условии уведомления кредиторов и предоставления им возможности высказать свои возражения, за исключением обремененных активов, если их стоимость ниже стоимости обеспеченного требования и если обремененный актив не требуется для реорганизации.

d) Другие меры

78. Другие меры могут быть предусмотрены законодательством или санкционированы судом в пределах, установленных законодательством. В некоторых юрисдикционных системах, например, суд может распорядиться, в том числе в порядке ex parte, о перехвате корреспонденции должника при определенных условиях и при соблюдении определенных гарантий, таких как право быть заслушанным. В других юрисдикционных системах такая мера применяется автоматически (т. е. постановления суда не требуется). Некоторые меры могут быть направлены против активов нынешних и бывших администраторов, ликвидаторов или директоров.

79. Во многих юрисдикционных системах требуется, чтобы решение суда об открытии производства по делу о несостоятельности незамедлительно направлялось во все соответствующие органы, например в органы, регистрирующие имущественные права (например, земельные кадастры). В соответствии с законодательством они могут быть обязаны немедленно внести данные в регистрационные записи, касающиеся должника или его активов, для предотвращения несанкционированных операций с активами имущественной массы.

4. Обязательства должника[82] и третьих сторон, включая правительственные учреждения

a) Обязательства должника

80. От должника обычно требуется, в частности:

i) сотрудничать с судом, управляющим в деле о несостоятельности и любым другим должностным лицом, назначенным судом, в зависимости от обстоятельств, и оказывать им содействие в выполнении их функций в связи с производством по делу о несостоятельности, включая установление эффективного контроля над коммерческой документацией и имущественной массой. Это обязательство может включать обязанность предоставлять документацию, необходимую для эффективного истребования активов или доступа к ним;

ii) предоставлять точную, надежную и полную информацию о своем финансовом положении и состоянии дел, включая перечни сделок, которые были заключены до открытия производства и в которых участвовал должник или были задействованы его активы; текущих судебных, арбитражных или административных процедур, включая исполнительные процедуры; активов, обязательств, доходов и расходов, включая оценочную стоимость активов и обязательств; должников и их обязательств; и кредиторов и их требований. Это обязательство может относиться не только к имеющимся в настоящее время сведениям, но и к

---

[81] «Лицо, связанное с должником»: применительно к должнику, являющемуся юридическим лицом, в круг лиц, связанных с должником, включаются: a) лицо, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника, и b) материнская или дочерняя компания, партнер или филиал. Применительно к должнику, являющемуся физическим лицом, в круг лиц, связанных с должником, включаются лица, связанные с должником родственными или свойственными отношениями. В контексте ОВА охват термина «лица, связанные с должником» может быть открытым и определяться судом в каждом конкретном случае. Лицами, связанными с должником, могут быть, в частности, любые соучастники в сокрытии активов. В контексте ОВА этот термин следует также толковать как относящийся не только к отдельному физическому или юридическому лицу, но и к группе таких лиц в любом сочетании.

[82] Руководство, рекомендации 110, 111, 284–286 и 290 и сопроводительный комментарий.

требованию выполнить всю подготовительную работу, необходимую для предоставления соответствующей информации. В некоторых юрисдикционных системах от должника может требоваться предоставить эту информацию в виде заявления под присягой (аффидевита);

iii) предоставить средства, позволяющие сделать содержание всей предоставляемой информации удобочитаемым в разумные сроки;

iv) давать необходимые разъяснения относительно несостоятельности суду, управляющему в деле о несостоятельности или кредиторам, действующим через комитет кредиторов[83] или иным образом, по их требованию;

v) передать все активы и документы компании суду или управляющему в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств, в течение срока, установленного судом;

vi) содействовать или сотрудничать в возвращении активов или контроле за имущественной массой и коммерческой документацией, где бы они ни находились; и

vii) немедленно после открытия производства по делу о несостоятельности разрешать доступ в свои помещения и открывать контейнеры, склады и другие соответствующие места для осмотра и описи их содержимого.

81. Как отмечалось в предыдущем разделе, на должника, сохраняющего владение, могут быть возложены дополнительные обязательства и различные меры контроля.

82. Во многих юрисдикционных системах требуется, чтобы должник или некоторые из его должностных лиц или директоров оставались в распоряжении суда и управляющего в деле о несостоятельности, если таковой имеется, в течение всего срока производства по делу о несостоятельности. Как следствие, должник, являющийся физическим лицом, может быть обязан уведомить суд, прежде чем изменить свое обычное место жительства, в то время как должник, являющийся юридическим лицом, обычно должен получить согласие суда, прежде чем перенести свою штаб-квартиру. В некоторых юрисдикционных системах это обязательство может быть наложено на должника только по постановлению суда. В других юрисдикционных системах эта обязанность закреплена в законе, и несогласный должник может быть автоматически принужден к ее исполнению.

83. К должнику в судебном порядке могут быть применены принудительные меры, а также санкции (включая уголовные санкции, такие как штрафы и конфискация имущества) в случае невыполнения им своих обязательств по законодательству о несостоятельности или наличия оснований полагать, что он попытается уклониться от выполнения своих обязательств в соответствии с законодательством о несостоятельности. В качестве санкции в соответствии с законодательством о несостоятельности за нарушение должником своих обязательств могут быть предусмотрены замена должника, сохраняющего владение, управляющим в деле о несостоятельности, преобразование реорганизационного производства в ликвидационное и отказ в освобождении от обязательств или отзыв уже предоставленного освобождения. Помимо самого должника, лица, контролирующие должника, и их сообщники могут быть привлечены к ответственности и подвергнуты штрафу, дисквалификации и предписанию возместить ущерб, причиненный неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательств, налагаемых на должника после открытия производства по делу о несостоятельности. В тяжких случаях могут применяться уголовные санкции, включая тюремное заключение. В некоторых юрисдикционных системах уклонение от

[83] «Комитет кредиторов»: представительный орган кредиторов, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности (глоссарий, термин (k)).

сотрудничества со стороны должника или контролирующих лиц, в том числе путем сокрытия, дезинформации или введения в заблуждение, рассматривается как презумпция виновности. Неблагоприятные выводы также могут быть сделаны в ходе соответствующих гражданских или уголовных разбирательств. С другой стороны, сотрудничество с судом по делам о несостоятельности и управляющим в деле о несостоятельности может привести к смягчению приговора для соответствующих лиц в случае их осуждения за преступления, связанные с несостоятельностью.

84. Должнику обычно предоставляются гарантии против злоупотреблений. В частности, информация, которая должна предоставляться должником или о должнике, может принадлежать должнику или находиться под его контролем, либо она может принадлежать третьему лицу или находиться под его контролем. Информация может быть коммерчески чувствительной, конфиденциальной, защищенной стандартами персональных данных или являться предметом обязательств перед другими лицами (например, коммерческая тайна, списки клиентов и поставщиков, информация об исследованиях и разработках, профессиональная тайна или привилегированная информация). При работе с различными видами информации могут применяться специальные правила для предотвращения ее ненадлежащего раскрытия или использования.

b) Обязательства третьих сторон и правительственных учреждений

85. В некоторых юрисдикционных системах третьи стороны (например, те, которые имели отношения с должником или обладают информацией о должнике или его активах), включая правительственные учреждения, такие как налоговые органы и учреждения социального страхования, могут нести обязательства в соответствии с законодательством о несостоятельности: i) предоставить информацию и документы об активах, счетах и контрагентах должника (в короткие сроки и бесплатно); ii) открыть помещения и контейнеры для осмотра; и iii) передать активы должника и, в случае криптовалют, передать соответствующую информацию и ключи доступа. Лицам, которые брали в аренду, занимали, имели на хранении или иным образом использовали или владели имуществом должника, может быть запрещено вступать в сделки с третьими лицами в отношении этого имущества.

86. В некоторых юрисдикционных системах эти обязательства носят законодательный характер и возникают после публичного уведомления об открытии производства по делу о несостоятельности, которое, в частности, может предупреждать о том, что любое лицо, которое хранит какие-либо активы должника, обязано под страхом законного наказания предоставить эти активы в распоряжение суда по делам о несостоятельности или управляющего в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств. Это позволяет управляющему в деле о несостоятельности требовать исполнения этих обязательств без предварительного получения судебного постановления о раскрытии информации или проведении обыска. В других юрисдикционных системах требуется получение судебного постановления.

87. К числу ограничений относятся следующие: i) определенные привилегии и правила, такие как привилегия адвоката-клиента и правила банковской тайны, которые могут препятствовать полному раскрытию определенной информации, хотя они обычно не применяются, когда управляющий в деле о несостоятельности заменяет должника (см. п. 91 ниже); ii) в зависимости от вида полученной информации ограничения на ее последующее раскрытие и использование; и iii) ограничение выдачи активов должника, используемых в публичных целях (например, с целью наложения ареста в ходе уголовного разбирательства).

5. Обязанности и полномочия управляющего в деле о несостоятельности

88. Общее обязательство управляющего в деле о несостоятельности заключается в защите и сохранении активов имущественной массы (рек. 120). Из этого

общего обязательства вытекает ряд обязанностей и функций, включая те, которые имеют отношение к ОВА. В Руководстве подчеркивается важность того, чтобы законодательство о несостоятельности наделяло управляющего в деле о несостоятельности полномочиями, необходимыми для эффективного и действенного выполнения им этих обязанностей и функций.

89. Полномочия управляющего в деле о несостоятельности, связанные с ОВА, вытекают из законодательства о несостоятельности и другого законодательства, постановлений суда и условий назначения, а также зависят от вида производства по делу о несостоятельности, в рамках которого назначен управляющий в деле о несостоятельности (ликвидация или реорганизация), и от того, заменяет ли управляющий в деле о несостоятельности полностью или частично должника в отношении контроля над имущественной массой и повседневного функционирования предприятия. В тех случаях, когда действует ограниченное отстранение, в Руководстве рекомендуется, чтобы в законодательстве было оговорено распределение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности (рек. 112). Таким образом, ожидается, что полномочия, обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности будут согласованы с правами и обязанностями должника, например, в отношении предоставления информации и оказания иного содействия управляющему в деле о несостоятельности.

90. Полномочия, обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности, связанные с ОВА, можно сгруппировать по следующим категориям:

a) подготовка подробной описи (в том числе путем получения изображений, например, судебных копий электронных документов) и установление непосредственного контроля над активами, образующими имущественную массу, и коммерческой документации должника;

b) получение информации, касающейся должника, его активов, обязательств и ранее заключенных сделок (особенно сделок, заключенных в течение подозрительного периода), из различных источников (например, реестров, правительственных досье, судебных и следственных протоколов) и с помощью различных средств (например, проведения опросов должника и любых третьих лиц, поддерживающих деловые отношения с должником; осмотра помещений, контейнеров, сейфов и банковских ячеек; направления запросов и проведения других расследований). На использование некоторых из этих средств могут быть установлены ограничения. Например, для (публичного) опроса в целом или только некоторых лиц могут потребоваться специальные судебные постановления. Могут быть установлены ограничения на вопросы, которые могут быть заданы в ходе опроса должника и третьих лиц (т. е. «подлежащие проверке дела»). В некоторых юрисдикционных системах, например, должник не обязан предоставлять информацию, не связанную с несостоятельностью, и от него не ожидается представления документов, находящихся в распоряжении третьих лиц. Могут также налагаться ограничения на методы, которые могут быть использованы при проведении опросов, и на то, как впоследствии могут быть использованы результаты опросов. Могут быть предусмотрены особые гарантии при опросе определенных лиц, например наемных работников. Нарушение этих требований может повлечь за собой предъявление управляющему в деле о несостоятельности обвинений в злоупотреблении властью или злоупотреблении процессуальными полномочиями;

c) принятие всех необходимых мер для защиты и сохранения активов имущественной массы и коммерческого предприятия должника, включая предотвращение несанкционированной реализации таких активов. С этой целью управляющий в деле о несостоятельности может закрыть склады или все предприятие, наложить секвестр на определенные взаимозаменяемые активы, такие как наличные денежные средства, зарегистрировать права имущественной массы (когда регистрация необходима для формализации прав имущественной массы в отношении других лиц) и обеспечить внесение других надлежащих

записей в реестры для предотвращения несанкционированных сделок с активами имущественной массы. Он может ходатайствовать о вынесении судом постановлений о замораживании и обеспечении сохранности активов. В некоторых юрисдикционных системах управляющий в деле о несостоятельности может издавать «уведомления о приостановлении действий» независимо от предусмотренного законом моратория или постановлений суда, чтобы в течение короткого срока (например, 14 дней) лица, которым направлены такие уведомления, не могли предпринимать определенные действия (например, передавать акции);

d) принятие всех необходимых мер для восстановления целостности имущественной массы, в том числе путем i) определения местонахождения любых пропавших активов и отчетности, ii) их отслеживания и возвращения, iii) ходатайства, при необходимости, о вынесении судебных постановлений об отслеживании, определении местонахождения, поиске или изъятии, iv) возбуждения процедур по индивидуальному принудительному исполнению и других действий, включая действия по расторжению сделок, действия против директоров, партнеров и других лиц, несущих личную ответственность по обязательствам должника, v) представления имущественной массы во всех действиях и производствах, связанных с должником, его активами или требованиями в отношении имущественной массы (например, в хозяйственных спорах, арбитражных, административных и других разбирательствах), vi) требования выплат, причитающихся должнику, и возвращения активов имущественной массы, vii) предъявления исполнительных листов судебному приставу (например, на основании векселей, окончательных судебных решений и мировых соглашений), viii) затребования возмещения налоговых выплат и ix) предъявления других потенциальных требований о возвращении активов имущественной массы;

e) принятие других мер, разрешенных применимым законодательством для защиты, сохранения и максимального увеличения стоимости имущественной массы, включая i) проверку и признание требований и оспаривание требований или их сумм, ii) урегулирование задолженности, взаимозачеты и аналогичные действия, iii) уступку требований, обязательств или задолженности, iv) изучение контрактов, которые еще не исполнены в полном объеме, с целью принятия решения о принятии, отклонении или продолжении их исполнения;

f) назначение бухгалтеров, юристов и других специалистов, помощь которых может потребоваться управляющему в деле о несостоятельности для выполнения его функций, и выплата им вознаграждения (например, для оценки активов или проведения экспертиз). В некоторых юрисдикционных системах для привлечения третьих лиц может потребоваться разрешение суда;

g) периодическое предоставление суду и кредиторам информации о ходе производства; и

h) представление окончательного отчета и отчета об управлении имущественной массой суду или кредиторам, по мере необходимости.

91. В юрисдикционных системах, в которых управляющий в деле о несостоятельности не только замещает должника в управлении предприятием, но и становится представителем должника, многие полномочия управляющего в деле о несостоятельности, связанные с ОВА, осуществляются без постановлений суда. В этом качестве управляющий в деле о несостоятельности может осуществлять права, которыми пользовался бы должник, если бы не наступила несостоятельность, включая предъявление требований о предоставлении информации должникам или кредиторам должника, участие или вступление в судебные, арбитражные, административные и иные разбирательства, сношения с правительственными органами и т. д. Если управляющий в деле о несостоятельности выступает в этом качестве, третьи стороны (например, страховые компании, банки, поставщики криптовалютных услуг) обязаны по запросу предоставить ему ту же информацию, которую они должны были бы предоставить должнику. Это часто устраняет необходимость в каких-либо судебных постановлениях; например, для того, чтобы добиться раскрытия информации, которая в противном случае

являлась бы привилегированной или защищенной, или воспользоваться помощью правоохранительных органов для принуждения не склонного к сотрудничеству должника к выполнению его обязательств по законодательству о несостоятельности. Если полномочия управляющего в деле о несостоятельности более ограничены, ему, возможно, потребуется получить постановления суда для принуждения третьих сторон к сотрудничеству с управляющим в деле о несостоятельности. К лицам, не соблюдающим требования, могут быть применены санкции в виде штрафа или тюремного заключения.

92. На стратегии и шаги управляющего в деле о несостоятельности в отношении ОВА могут повлиять практические соображения. К ним относятся наличие средств в имущественной массе или, в их отсутствие, финансирование третьими сторонами или через специальный фонд, шансы на успех, ожидаемые выгоды для всех кредиторов, возможное предъявление кредиторами или третьими сторонами исков в связи ОВА, а также общие требования в отношении обязанности управляющего в деле о несостоятельности действовать с должной заботой и осмотрительностью разумного предпринимателя. Например, отслеживание и возвращение определенных активов, например спорных активов, может быть затруднено, в то время как проведение специальных расследований в нескольких юрисдикционных системах, хотя это и было бы желательно, может оказаться невозможным из-за ограничений, действующих в соответствующих юрисдикционных системах, высоких затрат или других соображений. Кроме того, некоторые полномочия управляющего в деле о несостоятельности могут быть ограничены по срокам (например, могут применяться предельные сроки для предъявления определенных исков), в то время как другие полномочия могут прекращаться после открытия судебного разбирательства. Последнее может повлечь за собой формальный процесс раскрытия информации и правовой защиты соответствующего лица, например, от самообвинения.

93. Гарантии обычно применяются для обеспечения сбалансированности полномочий управляющего в деле о несостоятельности с их возможными последствиями для имущественной массы, должника, кредиторов и третьих сторон. Достижение надлежащего баланса требуется, например, когда управляющий в деле о несостоятельности получает доступ к конфиденциальной или секретной информации и право использовать такую информацию. В Руководстве рекомендуется также предусмотреть гарантии для обеспечения того, чтобы управляющий в деле о несостоятельности выполнял свои обязанности и осуществлял свои полномочия с требуемой честностью и качеством (например, во избежание сговора или неправомерного давления со стороны кредиторов или третьих сторон, например обеспечивающих финансирование для действий по ОВА). Обычные гарантии включают квалификационные требования, раскрытие информации о коллизии интересов, надзор за назначением, вознаграждением и деятельностью, а также специальные процедуры отстранения и замены (см. рек. 115–125). Кроме того, к действиям управляющего в деле о несостоятельности по ОВА применяются обычные стандарты прозрачности (например, своевременное раскрытие суду и кредиторам информации о запланированных и совершенных действиях по ОВА).

94. Управляющий в деле о несостоятельности несет личную ответственность за выполнение своих обязанностей. Управляющий в деле о несостоятельности может быть привлечен к ответственности (штрафы, отстранение, возмещение ущерба, причиненного любому из кредиторов, должнику или третьему лицу) и подвергнут дисквалификации за неспособность обеспечить ОВА или его ненадлежащее исполнение. Если управляющие в деле о несостоятельности требуют оплаты своих услуг из публичных фондов, законодательство может обязать их продемонстрировать, что они предприняли все необходимые меры для отслеживания, изъятия и реализации активов должника. Можно ожидать, что они представят соответствующему органу информацию, которая позволит ему проверить, были ли предприняты меры для отслеживания активов имущественной массы в деле о несостоятельности. Такая информация может включать записи

об изъятии (и проведенной описи), протоколы собраний кредиторов, подтверждающие любые принятые решения воздержаться от отслеживания и возвращения определенных активов, информацию об осмотре транспортных средств, налоговую информацию и копии документов о передаче правовых титулов.

6. Расторжение сделок и аналогичные действия

95. В Руководстве рекомендуется включить в законодательство о несостоятельности положения, которые позволят сохранить целостность имущественной массы и облегчить возвращение денежных средств или активов от лиц, участвующих в сделках, включая обеспеченные сделки, которые были заключены до открытия производства по делу о несостоятельности и которые подлежат расторжению (положения о расторжении сделок)[84]. Основанием для включения положений о расторжении сделок является содействие достижению коллективных целей производства по делу о несостоятельности, обеспечение для кредиторов справедливого распределения активов имущественной массы в соответствии с установленными приоритетами и недопущение в период, предшествующий несостоятельности, действий, которые могли бы нанести ущерб коллективным интересам кредиторов.

96. Положения о расторжении сделок содержатся в законодательстве о несостоятельности многих стран. Обычно они касаются: a) критериев определения сделок, которые можно расторгнуть; b) продолжительности подозрительного периода[85]; c) лиц, которые могут возбуждать процедуры по расторжению сделок; d) сроков для возбуждения таких действий; e) последствий расторжения сделок; и f) имеющихся средств правовой защиты и других гарантий.

97. В некоторых юрисдикционных системах рассматривается также порядок осуществления действий по расторжению сделок, продолжающихся после закрытия производства по делу о несостоятельности, что позволяет создавать в таких случаях целевые компании, которые распоряжаются результатами таких действий (т. е. распределением любых дополнительных поступлений между кредиторами и т. д.). Такая мера устраняет необходимость продолжать производство по делу о несостоятельности (или возобновлять его, если того требуют результаты расторжения сделок) и привлекать управляющего в деле о несостоятельности на весь срок производства по расторжению, который в некоторых юрисдикционных системах может быть продолжительным. Перспективы длительной работы без вознаграждения или с недостаточным вознаграждением вынуждали управляющих в делах о несостоятельности в некоторых юрисдикционных системах воздерживаться от возбуждения процедур по расторжению сделок.

98. Действия по расторжению сделок отличаются от аналогичных действий, доступных кредиторам или управляющему в деле о несостоятельности в соответствии с законодательством, не связанным с вопросами несостоятельности. Например, во многих юрисдикционных системах предусмотрены действия, которые кредиторы могут предпринять в соответствии с обязательственным правом, чтобы защитить себя от мошеннических сделок, направленных на уменьшение имущественной массы должника путем недобросовестной передачи третьим лицам (actio pauliana). В некоторых юрисдикционных системах такие действия могут быть приостановлены или прекращены после открытия производства по делу о несостоятельности, и управляющий в деле о несостоятельности может принять их к исполнению или же вместо этого возбудить производство по расторжению сделок в соответствии с законодательством о несостоятельности. В других юрисдикционных системах открытие производства по делу о несостоятельности не имеет таких последствий, и это означает, что действия кредиторов

[84] Руководство, рекомендации 87–99, 217–218, 228 и 316 и сопроводительный комментарий.

[85] «Подозрительный период»: период, к которому относятся некоторые сделки, которые могут подлежать расторжению. Этот период обычно рассчитывается ретроактивно от даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или от даты открытия этого производства (глоссарий, термин (ss)).

могут быть продолжены до достижения урегулирования и их результаты будут включены в производство по делу о несостоятельности, когда и как это уместно. В некоторых юрисдикционных системах в качестве эффективного и действенного средства защиты имущественных прав может использоваться конструктивный траст для возбуждения иска об отслеживании и возвращении незаконно присвоенного или использованного не по назначению имущества или имущества, полученного в результате «противоправных действий». Конструктивные трасты создаются в силу закона, когда представляется несправедливым разрешать получателю актива утверждать полное бенефициарное владение таким активом. Цель состоит в том, чтобы защитить права собственности, если актив был передан неправомерно. Такие альтернативные средства иногда позволяют быстрее, чем расторжение сделок, восстановить имущественную массу.

a) Сделки, которые могут быть расторгнуты

99. Критерии для определения того, какие сделки могут быть расторгнуты, значительно различаются в разных юрисдикционных системах и могут включать объективные и субъективные аспекты и различные презумпции, в том числе в отношении ущерба для кредиторов. В Руководстве перечислены следующие категории: i) сделки, направленные на затруднение, задержку или воспрепятствование действиям кредиторов по взысканию требований, если результатом сделки является вывод активов за пределы досягаемости кредитора или потенциальных кредиторов или нанесение иного ущерба интересам кредиторов; ii) сделки, в рамках которых передача интереса в имуществе или принятие на себя должником обязательств осуществляется на безвозмездной основе или в обмен на номинальную или менее чем эквивалентную или ненадлежащую стоимость и которые совершаются в момент, когда должник уже является несостоятельным, либо приводят к несостоятельности должника (сделки по заниженной стоимости); iii) сделки, которые совершаются в момент, когда должник уже является несостоятельным, и по которым кредитор получает долю в активах должника либо долю выгоды от таких активов, превышающую его пропорциональную долю (преференциальные сделки). В качестве примера можно привести уплату или зачет задолженности, срок погашения которой еще не наступил, или предоставление обеспечительного интереса для обеспечения существующей необеспеченной задолженности. Могут быть также аннулированы действия по представлению или регистрации обеспечительных интересов после истечения установленного законом срока.

100. В некоторых юрисдикционных системах отсутствует понятие сделок по заниженной стоимости. Вместо этого директоров преследуют за реализацию активов ниже рыночной стоимости или, чаще, за нарушение своих фидуциарных обязанностей при осуществлении такой сделки. В других юрисдикционных системах критерии для расторжения сделок прописаны в законодательстве или толкуются судами очень узко. В других же юрисдикционных системах могут применяться другие или дополнительные критерии помимо тех, которые перечислены в Руководстве, и недействительными сделками или сделками, которые могут быть признаны недействительными, считаются, например, следующие сделки: i) любые другие платежи, произведенные должником в счет погашения задолженности, и любые другие сделки, совершенные должником за стоимостное вознаграждение после прекращения платежей и до объявления о несостоятельности, если лица, получавшие платежи от должника или имевшие с ним дело, знали о прекращении платежей; и ii) законное осуществление права на раздел имущества в течение подозрительного периода, которое нанесло ущерб интересам всех или некоторых кредиторов.

b) Подозрительный период

101. В различных юрисдикционных системах предусматривается также разная продолжительность подозрительного периода. В пределах одной и той же юрисдикционной системы эта продолжительность может варьироваться в

зависимости от вида сделки и того, с кем она была заключена. Например, когда в сделках, подлежащих расторжению, участвуют лица, связанные с должником, законы о несостоятельности обычно предусматривают более продолжительный подозрительный период. Датой, от которой ретроактивно исчисляется подозрительный период, является либо дата подачи заявления об открытии, либо дата открытия производства по делу о несостоятельности. В случаях материальной консолидации могут применяться специальные правила для ретроактивного расчета подозрительного периода[86].

c) Право на возбуждение процедур по расторжению сделок

102. В зависимости от юрисдикционной системы основную или исключительную ответственность за возбуждение процедур по расторжению сделок можем нести управляющий в деле о несостоятельности. В тех случаях, когда расторжение сделки является исключительной обязанностью управляющего в деле о несостоятельности, любые действия кредитора, возбужденные до открытия производства, возможно, придется прекратить, а управляющий в деле о несостоятельности может взять на себя эти исковые действия. Затраты, связанные с исками по расторжению сделок, оплачиваются как административные расходы, однако могут существовать также альтернативные подходы к вопросам предъявления и финансирования таких исковых требований. В некоторых юрисдикционных системах кредиторы могут добиваться расторжения сделок только с согласия управляющего в деле о несостоятельности или, в отсутствие такого согласия, с разрешения суда. В Руководстве рекомендуется именно такой подход. Некоторые законы разрешают одному или нескольким кредиторам, желающим этого, возбуждать процедуры по расторжению сделок в случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности, исходя из баланса соображений, принимает решение не возбуждать такие процедуры.

103. В тех случаях, когда кредиторам разрешается возбуждать процедуры по расторжению сделок на тех же основаниях, что и управляющему в деле о несостоятельности, либо потому, что управляющий решил не открывать такое производство, в законах о несостоятельности применяются различные подходы к возвращению активов или их стоимости. Наиболее распространенным подходом (и подходом, который отражен в Руководстве) является рассмотрение возвращаемых активов или их стоимости в качестве части имущественной массы на том основании, что целью расторжения сделки является возвращение активов или их стоимости в состав имущественной массы в интересах всех кредиторов. В таком случае при успешном проведении процедуры расторжения сделки в виде административных расходов в первоочередном порядке могут быть возмещены только расходы и издержки на процедуры кредиторов по расторжению сделок, в пределах, установленных законодательством. Другие законы могут обязывать кредиторов, желающих расторгнуть сделку, делать это на свой страх и риск и за свой счет, т. е. расходы им не возмещаются. В других законах предусматривается, что все взысканные средства могут быть использованы для покрытия расходов и удовлетворения требований кредиторов, возбудивших соответствующие процедуры, и только оставшаяся часть средств направляется в имущественную массу при условии выполнения кредиторами обязательств по представлению подробной отчетности.

d) Сроки для возбуждения процедур по расторжению сделок

104. Сроки для возбуждения процедур по расторжению сделок могут быть установлены или не установлены. В тех случаях, когда они установлены, они обычно начинают отсчитываться с момента открытия производства по делу о несостоятельности. В случае скрытых сделок, обнаружение которых управляющим в деле о несостоятельности нельзя было ожидать, такой срок может исчисляться с

[86] «Материальная консолидация»: режим, при котором активы и пассивы двух или более членов предпринимательской группы рассматриваются как часть единой имущественной массы в деле о несостоятельности (Руководство, часть третья, термин (e)).

момента их обнаружения. Никакие сроки не могут быть установлены для возбуждения процедур по расторжению мошеннических сделок.

e) Элементы, подлежащие доказыванию, и бремя доказывания

105. Могут существовать различные презумпции в отношении расторжения сделок, в том числе в отношении причинения ущерба кредиторам. Например, относительная или опровержимая презумпция ущерба для кредиторов может существовать, когда сделки заключаются с лицами, связанными с должником, или связаны с новым обеспечением по ранее существовавшей задолженности или погашением обеспеченных требований, срок оплаты которых не наступил. В частности, в отношении сделок с лицами, связанными с должником, законодательство может не содержать требований о том, чтобы должник был несостоятельным на момент совершения сделки или стал несостоятельным в результате сделки. Неопровержимая презумпция причинения ущерба кредиторам может существовать в тех случаях, когда речь идет о безвозмездных актах реализации, за исключением бесплатного пользования, и об оплате необеспеченных требований, срок оплаты которых не наступил.

106. В законодательстве о несостоятельности используются различные подходы к установлению элементов, которые необходимо доказать, чтобы расторгнуть конкретную сделку. В некоторых законах бремя доказывания того, что сделка не относится ни к одной из категорий сделок, подлежащих расторжению, возлагается на должника. Другие законы о несостоятельности предусматривают, что доказать, что сделка удовлетворяет требованиям о расторжении, должен управляющий в деле о несостоятельности. В соответствии с некоторыми законами бенефициар сделки обязан опровергнуть по крайней мере некоторые элементы, например наличие осведомленности о несостоятельности должника на момент совершения сделки или знание того факта, что сделка была совершена по заниженной цене. Другие законы допускают перекладывание бремени доказывания на контрагента в тех случаях, когда управляющему в деле о несостоятельности трудно установить, что фактические намерения должника заключались в том, чтобы обмануть кредиторов, или же в отношении тех элементов, которые управляющему в деле о несостоятельности может быть трудно доказать, поскольку он не являлся стороной сделки.

107. В контексте предпринимательской группы суд может принять во внимание обстоятельства, в которых была заключена сделка, в том числе отношения между сторонами сделки, степень интеграции между членами предпринимательской группы [87], являющимися сторонами сделки, цель сделки, способствовала ли сделка деятельности группы в целом и создавала ли сделка для членов предпринимательской группы или других связанных с ними лиц преимущества, которые обычно не предоставляются в отношениях между несвязанными сторонами.

f) Последствия расторжения сделок

108. Контрагент по расторгнутой сделке обычно обязан либо возвратить в имущественную массу полученные активы, либо по предписанию суда произвести платеж наличными в имущественную массу на сумму сделки. Контрагент может сохранить обычное необеспеченное требование к имущественной массе. В случае недобросовестности контрагента может быть произведена субординация его требования. Если контрагент не выполнит постановление суда, то его требование может быть отклонено. В некоторых юрисдикционных системах действует

[87] «Член предпринимательской группы»: предприятие, которое образует часть предпринимательской группы; «предпринимательская группа»: два или несколько предприятий, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности; «предприятие»: любой субъект, независимо от его юридической формы, который занимается экономической деятельностью и на который может распространяться действие законодательства о несостоятельности (Руководство, часть третья, термины (a) и (b); часть четвертая, раздел второй, термин (a); ст. 2(a), (b) и (d) ТЗНПГ).

требование о том, чтобы исковые требования были урегулированы одновременно с возвращением активов и прав, ставших предметом расторжения сделок.

g) Гарантии

109. Полномочия по расторжению сделок ограничиваются законодательством. Обычно встречающиеся ограничения, помимо уже перечисленных выше, исключают определенные сделки из категории сделок, подлежащих расторжению, и предусматривают определенные средства защиты от расторжения, например на основании того, что сделка была заключена в рамках обычных коммерческих операций.

7. Действия против директоров, акционеров и других лиц[88]

a) Осуществление действий против директоров за нарушение их обязательств перед кредиторами в период, предшествующий несостоятельности

110. Как отмечалось выше в разделах «Превентивные меры» и «Обязательства должника и третьих сторон, включая правительственные учреждения», при определенных условиях может возникать личная ответственность директоров за их поведение в период, когда должник был неплатежеспособным, или в период, предшествующий несостоятельности. Когда возбуждаются иски против директоров, цель состоит не в том, чтобы возвратить активы должника (или определенную денежную сумму в пользу имущественной массы в размере стоимости сделки), как в случае расторжения сделки, а в возмещении ущерба, понесенного кредиторами в результате действий директоров и оцениваемого судом в каждом конкретном случае. Такие действия могут быть предприняты в дополнение к действиям, которые могут быть предприняты для расторжения сделок, которые могли быть заключены между должником и директорами, и в дополнение к другим средствам правовой защиты, которые могут быть доступны в соответствии с законодательством о несостоятельности в отношении директоров, таким как отсрочка платежей, причитающихся им от должника, или субординация их требований или отказ в их удовлетворении. Например, в некоторых юрисдикционных системах директора могут нести субсидиарную ответственность, и им может быть предписано оплатить часть или все обязательства имущественной массы в случае серьезного и злостного неправомерного поведения (например, отказ от подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности, когда это требуется сделать). В других юрисдикционных системах при определенных ограниченных условиях производство по делу о несостоятельности может быть распространено на директоров, и они могут нести солидарную ответственность с должником. Кроме того, в некоторых юрисдикционных системах в отношении бывших директоров могут быть предприняты действия за переманивание сотрудников, перевод предприятия и активов в новое предприятие (незаконные операции по закрытию предприятия) и использование директорами в их новой должности коммерческой тайны, ноу-хау и другой защищенной или незащищенной интеллектуальной собственности должника.

111. Действия против директоров имеют много общего с расторжением сделок. Согласно ряду законов о несостоятельности, все требования к директорам в связи с нарушением их фидуциарных обязанностей составляют часть имущественной массы. Таким образом, основание для иска относится к имущественной массе, и управляющий в деле о несостоятельности несет основную ответственность за осуществление действий в связи с нарушением этих обязательств. Затраты на такие действия погашаются как административные расходы, но могут применяться альтернативные подходы к их оплате и финансированию. В частности, кредиторы или любая другая заинтересованная сторона могут предпринять действия против директоров с согласия управляющего в деле о

[88] Руководство, часть четвертая.

несостоятельности или, если управляющий в деле о несостоятельности не дает своего согласия, с разрешения суда.

112. Производство в отношении директоров может быть продолжено после закрытия производства по делу о несостоятельности, и его результаты могут потребовать или не потребовать повторного открытия производства по делу о несостоятельности. В дополнение к средствам правовой защиты в соответствии с законодательством о несостоятельности директора могут быть лишены права занимать должность директора или принимать участие в руководстве и управлении компанией. Некоторые законы предусматривают другие санкции в отношении директоров в зависимости от того, как их поведение повлияло на несостоятельность и производство по делу о несостоятельности.

113. Действия против директоров могут обеспечить значительные активы для имущественной массы и увеличить возмещение кредиторам. Кроме того, привлечение директоров к ответственности за их поведение в период, предшествующий несостоятельности, может исключить необходимость в ОВА или же обеспечить эффективность усилий по ОВА.

114. В то же время в Руководстве отмечается озабоченность по поводу негативных последствий, которые чрезмерные меры в отношении директоров могут иметь для управления предприятием, особенно в период, когда предприятие сталкивается с финансовыми трудностями. Поэтому рекомендуется тщательно подходить к регулированию обязанностей директоров в период, предшествующий несостоятельности, и ответственности директоров за нарушение этих обязанностей. Регулирование некоторых вопросов, связанных с характером и стандартами ответственности и доступными средствами правовой защиты, оставляется на усмотрение государств. В некоторых юрисдикционных системах предусмотрен более высокий пороговый критерий для установления ответственности директоров в период, предшествующий несостоятельности, например, вина и некомпетентность должны быть доказаны. В других юрисдикционных системах определяются параметры ожидаемого поведения директоров в период, предшествующий несостоятельности, нарушение которых может привести к возникновению личной ответственности. При этом особо указывается на необходимость повышения осведомленности директоров об их обязанностях, возникающих в период, предшествующий несостоятельности, по сравнению с обязанностями директоров в ходе обычных коммерческих операций.

b) Проверка и признание требований

115. Механизмы для проверки и признания требований выполняют важную функцию, связанную с выявлением фальсификации и аналогичных действий, которые могут привести к предъявлению мошеннических или несуществующих требований. Они предназначены для предотвращения признания мошеннических или несуществующих требований в рамках производства по делу о несостоятельности и устранения необходимости в последующем ОВА, если такие требования были признаны.

116. Некоторые требования, например требования лиц, связанных с должником, могут быть подвергнуты дополнительной проверке и особому режиму, например уменьшению их суммы или субординации[89].

c) Расширение ответственности (снятие корпоративной защиты)

117. В некоторых юрисдикционных системах предусмотрена возможность снятия корпоративной защиты и распространения ответственности на акционеров, директоров и других лиц, например на лицо, которое контролирует должника или владеет им в значительной степени (например, материнская компания в контексте корпоративной группы)[90]. К обстоятельствам, в которых такие меры

[89] Там же, рекомендации 169–184, 319–325 и часть третья.
[90] См., например, часть третья, п. 5.

могут быть оправданы, относятся использование должника или злоупотребление его доверием со стороны акционера или контролирующей компании, а также мошеннические действия, в том числе искусственное дробление и использование коммерческой структуры в качестве простого прикрытия[91].

d) Приказы о долевом участии

118. В контексте несостоятельности предпринимательской группы суд в определенных обстоятельствах может обязать платежеспособного члена группы внести определенные средства для покрытия всей или части задолженности других членов группы, в отношении которых возбуждено производство по делу о несостоятельности. К таким обстоятельствам могут относиться случаи, когда платежеспособный член группы действовал ненадлежащим образом по отношению к несостоятельному члену группы (например, передал активы убыточного члена группы другому члену группы по несправедливой цене или использовал налоговые льготы, причитающиеся убыточному члену группы, в результате чего кредиторам убыточного члена после его признания несостоятельным достается меньше средств для выплаты возмещения). Приказы о долевом участии могут быть изданы и вне контекста несостоятельности предпринимательской группы, например в том случае, если какое-либо лицо скрывает свою коммерческую деятельность через должника.

119. В Руководстве отмечается, что приказы о долевом участии используются редко, поскольку они затрагивают множество различных интересов, которые может быть трудно согласовать.

e) Материальная консолидация

120. Материальная консолидация может быть предписана в качестве средства справедливой правовой защиты или в ином порядке, когда суд убедится в том, что: i) активы или обязательства отдельных юридических лиц смешаны до такой степени, что право собственности на активы и ответственность за обязательства не могут быть определены без несоразмерных затрат или задержек; и ii) отдельные юридические лица участвуют в мошеннических схемах или в деятельности, не преследующей законной коммерческой цели, и что для устранения последствий таких схем или деятельности необходима материальная консолидация. В таких случаях активы и обязательства предприятий, по которым проводится материальная консолидация, рассматриваются так, как если бы они были частью единой имущественной массы, и требования и задолженность между предприятиями, по которым проводится материальная консолидация, включая обеспеченную задолженность, погашаются, а требования в отношении отдельных предприятий рассматриваются так, как если бы они были требованиями к единой имущественной массе. В некоторых прецедентах указывается, что материальная консолидация может затрагивать не все, а только некоторые активы и обязательства предприятий, по которым проводится материальная консолидация.

121. В Руководстве признается, что к материальной консолидации следует подходить осторожно, поскольку она затрагивает деликатные вопросы, включая необходимость соблюдения принципа самостоятельной правосубъектности. Поэтому она предусматривает общепринятые гарантии в связи с применением такой чрезвычайной меры, включая: i) судебный приказ и возможность для суда изменить этот приказ в случае необходимости; ii) уведомление заинтересованных сторон о слушании по вопросу о возможном вынесении судебного приказа; iii) исключение некоторых активов и требований из сферы действия приказа о материальной консолидации при определенных условиях; iv) соблюдение, как общее правило, прав и приоритетов кредитора, имеющего обеспечительный интерес в соответствующем активе; и v) признание приоритетов, установленных в соответствии с законодательством о несостоятельности и применимых в отношении отдельного юридического лица до вынесения приказа о материальной

[91] Там же, часть третья.

консолидации. Тем не менее в Руководстве подчеркивается необходимость не упускать из виду мнения кредиторов и признается, что в тех случаях, когда несостоятельный член предпринимательской группы передает активы платежеспособному члену группы, следует предусмотреть возможность проведения материальной консолидации активов и обязательств таких несостоятельных и платежеспособных членов, если во всем остальном критерии материальной консолидации соблюдаются[92].

f) Процедурная координация[93] и другие формы консолидации

122. В некоторых юрисдикционных системах законодательство предусматривает возможность процедурной координации или консолидации (или совместного управления) связанных между собой производств по делам о несостоятельности (например, в отношении должника и аффилированных с ним лиц). В случае консолидированного дела по нему обычно готовится единое досье, оно передается одному и тому же судье по делам о несостоятельности и назначается один управляющий в деле о несостоятельности. В то же время, в отличие от материальной консолидации, активы и обязательства каждого участвующего должника остаются отдельными и отличными.

123. В Руководстве процедурная координация рассматривается в контексте несостоятельности предпринимательской группы и упрощенного производства по делу о несостоятельности[94]. В последнем случае речь идет о процедурной консолидации и координации связанных дел о несостоятельности предприятий, потребителей и физических лиц в целях комплексного урегулирования взаимосвязанных элементов коммерческой, потребительской и личной задолженности индивидуальных предпринимателей, владельцев ММП с ограниченной ответственностью и членов их семей (см. рек. 364–366). Для целей ОВА процессуальная консолидация может выявить сделки между связанными должниками или активы одного из них, находящиеся во владении другого, которые в противном случае должник мог бы скрыть.

[*К другим вопросам, которые предлагается уточнить, относятся следующие: особенности ОВА (например, действия по расторжению сделок) в рамках реорганизационного производства, в том числе в ходе и после реализации плана реорганизации; и в обратную сторону (т. е. возмещение ущерба, вызванного последующим изменением стоимости актива, переданного по расторгнутой сделке, когда возврат актива в натуре невозможен).*]

B. Средства, специально предназначенные для производства по делам о несостоятельности: трансграничный контекст

1. Общие соображения

124. Некоторые законы разрешают управляющему в деле о несостоятельности осуществлять полномочия в отношении ОВА в трансграничном контексте; другие же ограничивают их внутренним контекстом. При подготовке запроса об оказании помощи со стороны иностранного органа управляющий в деле о несостоятельности может быть обязан привлекать компетентный государственный орган (например, омбудсмена по делам о несостоятельности), если, например, должник, имущественная масса или директора находятся за границей. В некоторых юрисдикционных системах трансграничные действия по ОВА, связанные с

[92] Там же, рекомендации 219–231 и сопроводительный комментарий.

[93] «Процедурная координация»: координация управления производством по двум или более делам о несостоятельности в отношении членов предпринимательской группы. Все члены, включая их активы и пассивы, остаются отдельными и отличными друг от друга субъектами (Руководство, часть третья, термин (d)).

[94] Руководство, рекомендации 202–210 и 364–366 и сопроводительный комментарий.

дополнительными расходами на производство по делу о несостоятельности, должны быть санкционированы судом и должны быть обоснованы.

125. При осуществлении своих полномочий в отношении ОВА за границей управляющий в деле о несостоятельности обязан соблюдать законодательство государства, на территории которого он намеревается предпринять действия по ОВА (см., например, ст. 5 ТЗТН). Такие действия обычно не включают принудительные меры, если только они не предписаны судом принимающего государства. Представитель неосновного иностранного производства может иметь меньше полномочий, чем представитель основного иностранного производства.

126. Осуществлению полномочий по ОВА в трансграничном контексте способствуют некоторые международные документы и положения внутреннего законодательства, в том числе положения о введении в действие типовых законов ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, о чем говорится ниже. Такие документы, помимо прочего, устраняют необходимость соблюдения иностранным представителем формальных требований, например в отношении лицензий, дипломатических или консульских действий (таких, как легализация или судебные поручения), чтобы получить доступ к иностранным судам или получить необходимое содействие и судебную помощь в связи с действиями по ОВА.

2. Доступ к средствам ОВА в иностранном государстве независимо от признания

127. Помощь, связанная с ОВА, может предоставляться иностранными государствами независимо от признания (см., например, ст. 7 ТЗТН). В некоторых юрисдикционных системах помощь не ограничивается той, которая предоставляется в соответствии с внутренним законодательством признающего государства.

128. Кроме того, доступ к средствам ОВА в иностранном государстве может быть получен путем открытия местного производства, которым может быть производство по делу о несостоятельности или иное производство (см., например, ст. 7 или 9 ТЗТН). Например, в соответствии со статьей 11 ТЗТН иностранный представитель (как основного, так и неосновного производства по делу о несостоятельности) может ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности в иностранном государстве без предварительного признания иностранного производства этим государством.

3. Признание

a) Временные меры, предписанные иностранным судом

129. В некоторых юрисдикционных системах временные меры в контексте незавершенного производства по делу о несостоятельности могут быть признаны и приведены в исполнение посредством экзекватуры. Другие юрисдикционные системы не признают временные меры или признают только те временные меры, которые предписываются судом, обладающим юрисдикцией в отношении открытия основного иностранного производства. Решение о признании таких мер обычно обусловливает продолжение этих мер подачей ходатайства о признании основного иностранного производства (например, в течение 20 дней).

b) Иностранное производство

130. Во многих государствах предварительным условием для получения судебной помощи на местном уровне может быть признание иностранного производства. Кроме того, заявления о признании часто подаются в условиях непосредственной опасности распыления или сокрытия активов имущественной массы. По этим причинам юрисдикционные системы, в которых действуют соответствующие положения ТЗТН, обязывают свои суды принимать решение по ходатайствам о признании «в кратчайшие возможные сроки». В них предусмотрена также простая и оперативная структура, позволяющая судам завершить процесс признания в течение непродолжительного срока.

131. Во многих юрисдикционных системах, в которых ТЗТН не был введен в действие и которые не связаны режимами признания, аналогичными или более строгими, чем те режимы, которые предусмотрены в ТЗТН, может быть признано только основное иностранное производство. В некоторых юрисдикционных системах такие разбирательства признаются через экзекватуру. Другие юрисдикционные системы требуют, чтобы режим несостоятельности запрашивающего государства был сопоставим с внутренним режимом несостоятельности, в частности в отношении режима кредиторов. В других государствах основное иностранное производство признается только на основе принципа взаимности или международного договора. В некоторых таких юрисдикционных системах может быть признано только основное иностранное производство в соответствующих странах.

c) Иностранные судебные решения, связанные с несостоятельностью

132. Судебные решения о расторжении сделок и другие судебные решения, связанные с несостоятельностью, например иски против третьих сторон, заявляющих, что они являются владельцами определенных активов, часто не имеют силы в иностранной юрисдикционной системе без предварительного признания иностранного производства или самого судебного решения. Во многих странах признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений не происходит автоматически и может быть возможно только на ограниченных основаниях или вообще невозможно. В тех случаях, когда признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений в целом возможно, судебные решения, связанные с несостоятельностью, например решения о расторжении сделок, могут быть исключены из числа решений, подлежащих признанию и приведению в исполнение.

133. В некоторых юрисдикционных системах предусматривается признание иностранных решений о расторжении сделок и других судебных решений, связанных с несостоятельностью, и предоставление, когда это требуется, надлежащей судебной помощи при соблюдении определенных условий (например, иностранное производство, к которому относится судебное решение, может быть признано на местном уровне или ответчик не имеет местного домициля на момент подачи иска). Разрешается также признавать и приводить в исполнение постановления, не относящиеся к производству по делу о несостоятельности, например постановления о замораживании или аресте активов, связанные с требованием, которое было уступлено третьей стороне (и больше не связано с имущественной массой), или когда требование не основано на законодательстве о несостоятельности (например, неправомерные действия директоров) и не исходит от управляющего в деле о несостоятельности. При этом применяются обычные условия, например представление правового титула (например, иностранного судебного решения) и соблюдение требований надлежащей правовой процедуры (например, ответчик должен иметь право быть заслушанным).

134. ТЗСРН разрешает признавать и приводить в исполнение решения иностранных судов по делам о несостоятельности, в том числе решения, вынесенные в юрисдикционных системах, которые не являются ни местом основного, ни местом неосновного производства (ст. 14(h)) или в судах, которые не управляют иностранным производством по делу о несостоятельности (например, в гражданских судах, рассматривающих дела о расторжении сделок). Эти положения способствуют возвращению в имущественную массу дополнительных активов, а также урегулированию споров, связанных с такими активами.

4. Судебная помощь

a) Временная судебная помощь

135. Если иное не предусмотрено внутренним законодательством[95], иностранному представителю, возможно, потребуется ходатайствовать о принятии временных мер в соответствующей юрисдикционной системе. Юрисдикционные системы, в которых введена в действие статья 19 ТЗТН[96], разрешают принятие решений о временных мерах в пользу иностранного представителя, в том числе назначенного на временной основе, с момента подачи ходатайства о признании иностранного производства до вынесения решения по этому ходатайству. В некоторых юрисдикционных системах иностранный представитель может ходатайствовать о принятии временных мер ex parte.

136. К числу обычно запрашиваемых и принимаемых мер относятся следующие:

i) приостановление исполнительного производства в отношении любой части местного имущества должника;

ii) прекращение или ограничение управления должником своими активами в принимающем государстве вместе с назначением одного или нескольких местных управляющих в деле о несостоятельности или предоставлением иностранному представителю права полностью или частично управлять активами должника в принимающем государстве;

iii) срочная реализация активов должника в силу характера таких активов или по любой другой причине; и

iv) опрос свидетелей, находящихся под юрисдикцией принимающего государства, получение доказательств, находящихся в государстве пребывания, или передача иностранному представителю информации об активах, делах, правах, обязанностях или обязательствах должника.

137. При назначении или отказе в применении любой из этих мер суд обычно обязан обеспечить надлежащую защиту интересов кредиторов и других заинтересованных лиц, включая должника. В тех случаях, когда запрашивается постановление об опечатывании, замораживании или аресте местных активов должника, возможно, потребуются представить доказательства prima facie в отношении наличия и местонахождения таких активов, а также того факта, что должник является их законным или бенефициарным владельцем.

b) Судебная помощь после признания

138. Во многих юрисдикционных системах, которые приняли соответствующие положения ТЗТН, предусматриваются: i) автоматическое приостановление процессуальных действий, включая приостановление права должника на передачу и обременение его активов или на иное распоряжение ими после признания основного иностранного производства; и ii) введение дискреционного моратория по ходатайству иностранного представителя после признания иностранного неосновного производства. Объем, изменение, прекращение и последствия моратория регулируются законодательством признающей юрисдикционной системы. К числу других видов судебной помощи могут относиться меры, упомянутые в разделе «Временные меры» выше, и любые дополнительные виды помощи, которые суды могут быть уполномочены предоставлять. В некоторых

---

[95] Например, документы Европейского союза (ЕС), имеющие обязательную силу и прямое применение в государствах — членах ЕС, предусматривают автоматическое признание судебных решений, вынесенных в государствах — членах региона, в том числе касающихся мер по сохранению имущественной массы. Кроме того, они уполномочивают временного управляющего, назначенного в рамках основного производства по делу о несостоятельности в ЕС, запрашивать любые меры, предусмотренные законодательством государства — члена ЕС, в котором находятся активы должника, для обеспечения наличия и сохранения таких активов.

[96] См. также статью 12 ТЗСРН и статьи 20 и 22 ТЗНПГ.

юрисдикционных системах виды помощи не ограничиваются теми, которые доступны в соответствии с внутренним законодательством.

139. В некоторых юрисдикционных системах признанное производство имеет последствия, аналогичные последствиям местного производства по делу о несостоятельности, но не имеет обратной силы (например, уже проведенная ликвидация не может быть отменена). В большинстве юрисдикционных систем после признания основного иностранного производства любое решение, вынесенное в рамках такого производства, признается без необходимости осуществления какой-либо дополнительной процедуры. В других юрисдикционных системах признание иностранного производства может привести к открытию местного вспомогательного производства, которое ведется в соответствии с внутренним законодательством о несостоятельности. Некоторые законы предоставляют иностранному представителю право ходатайствовать о том, чтобы не открывать после признания какое-либо вспомогательное производство. Такой возможности не существует, если, например, местные привилегированные кредиторы (например, местные работники) подали свои иски в ответ на призыв предъявлять имеющиеся требования после признания производства. В таких случаях должно быть открыто вспомогательное производство.

140. В некоторых юрисдикционных системах после признания иностранный представитель будет иметь те же права и обязанности, что и назначенный местный управляющий, или же может осуществлять свои полномочия в соответствии с законодательством государства, в котором было открыто основное иностранное производство, если только их осуществление не противоречит публичному порядку или внутреннему законодательству признающего государства или несовместимо с последствиями открытого внутреннего производства по делу о несостоятельности или с принятыми в этом государстве временными мерами.

141. В юрисдикционных системах, в которых после признания иностранного производства открывается местное вспомогательное производство (всегда или только при определенных обстоятельствах), местный управляющий в деле о несостоятельности, назначенный в рамках вспомогательного производства, может нести основную ответственность за действия по ОВА. Помимо запрашивания любой информации у любой стороны, он может принять меры предосторожности для обеспечения сохранности соответствующих активов. Иностранный представитель основного производства может возбуждать местные процессуальные действия по расторжению сделок или другие действия против третьей стороны (например, требования в отношении ответственности, реституции и компенсации), только если назначенный местный управляющий в деле о несостоятельности отказывается это делать. Если местное вспомогательное производство не было открыто, иностранный представитель может ходатайствовать о любой защитной мере, предусмотренной местным законодательством, и подавать иски против третьих лиц о возвращении активов имущественной массы. Иностранный представитель может также запрашивать информацию на основании законодательства основного производства, исключая информацию, которая может быть запрошена в порядке осуществления публичных полномочий.

142. В соответствии с ТЗТН после признания иностранный представитель (как основного, так и неосновного производства по делу о несостоятельности) может подавать просьбы, ходатайства или представления в рамках производства по делу о несостоятельности в отношении должника в признающем государстве (см., например, статью 12 ТЗТН). Они могут касаться вопросов защиты активов имущественной массы в деле о несостоятельности. Кроме того, после признания иностранный представитель (как основного, так и неосновного производства по делу о несостоятельности) может вступать в любое индивидуальное производство, возбужденное должником или против должника, которое не было приостановлено в признающем государстве в результате признания иностранного производства (см., например, статью 24 ТЗТН). Более того, после признания иностранному представителю предоставляется процессуальное право возбуждать действия по расторжению сделок на местном уровне (статья 23 ТЗТН). Это не

должно наносить ущерба другим положениям внутреннего законодательства, касающимся таких действий, и возможно при условии, что в случае иностранного неосновного производства такое действие касается активов, управление которыми в соответствии с законодательством признающей юрисдикционной системы должно осуществляться в рамках иностранного неосновного производства.

143. Обязательства должника и другие обязательства, оговоренные в контексте внутреннего урегулирования вопросов несостоятельности, могут возникать по отношению к назначенному на местном уровне управляющему в деле о несостоятельности или иностранному представителю, в зависимости от обстоятельств, после признания иностранного производства. Это может быть единственным способом связаться с должником, директорами или свидетелями, находящимися за пределами юрисдикционной системы суда, поскольку они не могут быть принуждены к исполнению постановления о даче показаний в иностранном суде или иностранному представителю, если только они не признали юрисдикцию иностранного суда, не находятся в пределах этой иностранной юрисдикционной системы на момент вынесения постановления или суд не дал им разрешение давать показания за границей. Существуют различные основания и механизмы для вручения документов за пределами юрисдикционной системы, в том числе в соответствии с Гаагской конвенцией о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года[97] (Гаагская конвенция о вручении документов) и Гаагской конвенцией о получении за границей доказательств по гражданским и торговым делам от 18 марта 1970 года[98] (Гаагская конвенция о доказательствах), договорами о взаимной правовой помощи (ДВПП) и региональными документами.

5. Непосредственные сношения и сотрудничество между судами и управляющими в делах о несостоятельности

144. Генеральная Ассамблея, отметив принятие Комиссией ТЗТН и ТЗСРН, признала, что неадекватность координации и сотрудничества в случаях трансграничной несостоятельности повышает вероятность того, что активы должника будут укрыты или распылены[99]. В рамках системы для трансграничной несостоятельности, предложенной ЮНСИТРАЛ, непосредственные сношения и сотрудничество между судами и управляющими в делах о несостоятельности могут осуществляться на ранней стадии, до подачи ходатайства о признании. Они не зависят от наличия, признания или конкретного вида иностранного производства (основное, неосновное или производство, основанное на наличии активов в данном государстве)[100]. Кроме того, они не требуют участия назначенных органов и применения других средств, традиционно используемых в сношениях между судами (например, через вышестоящие суды или по дипломатическим или консульским каналам, с использованием судебных поручений), что имеет решающее значение в контексте ОВА, когда суды или управляющие в делах о несостоятельности должны действовать безотлагательно. Например, суды могут запрашивать информацию или помощь, связанные с действиями по ОВА, непосредственно у иностранных судов или иностранных представителей. Такими же полномочиями обладают управляющие в делах о несостоятельности при условии надзора со стороны суда.

145. В юрисдикционных системах, в которых приняты соответствующие положения текстов ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности, суды уполномочены вступать в непосредственные сношения и сотрудничать в максимально

---

[97] О статусе этой Конвенции и заявлениях и оговорках, сделанных к ней, см. www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17.

[98] О статусе этой Конвенции и заявлениях и оговорках, сделанных к ней, см. www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82.

[99] Резолюции Генеральной Ассамблеи 52/158, четвертый пункт преамбулы, и 73/200, пятый пункт преамбулы.

[100] РПТ, пп. 211 и 212.

возможной степени со своими иностранными коллегами и иностранными представителями, а также разрешены различные формы сотрудничества, включая: a) назначение лица или учреждения, которое будет совершать действия по указанию суда, включая согласование назначения управляющего в деле о несостоятельности; b) передачу информации с помощью любых средств, которые суд сочтет надлежащими; c) координацию управления активами и деловыми операциями должника и надзор за ними; d) утверждение или использование судами соглашений о координации производств; и e) координацию параллельных производств в отношении одного и того же должника. Для сравнения, в государствах, не принявших ТЗТН и не связанных режимами, аналогичными или более строгими, чем режимы, предусмотренные ТЗТН, общая обязанность в отношении сотрудничества между иностранными судами и иностранными представителями может возникнуть только после признания и только в отношении основного иностранного производства.

146. [*Будет доработано: положения Практического руководства и руководящие принципы в отношении сношений и сотрудничества между судами (например, Руководящие принципы ССН).*]

6. Другие средства

147. В некоторых юрисдикционных системах разрешается или требуется опубликование в национальном официальном бюллетене определенной информации, относящейся к производствам по делам о трансграничной несостоятельности. Такая публикация направлена, в частности, на выполнение требования о трансграничном обмене информацией между судами и управляющими в делах о несостоятельности и координации параллельных производств.

148. Цифровизация производства по делу о несостоятельности может способствовать ОВА как в национальном, так и в международном контексте. Могут быть, например, созданы общедоступные онлайн-реестры производств по делам о несостоятельности и других производств, которые позволят объединить в одном месте информацию о должнике, его активах, активах имущественной массы, требованиях кредиторов и производствах в отношении должника, которую можно будет использовать для ОВА в смежных или связанных производствах по делам о несостоятельности.

C. Средства общего применения

149. Как отмечалось выше, при осуществлении своих следственных полномочий управляющий в деле о несостоятельности использует различные источники информации. Доступ к ним может зависеть от различных требований. Некоторые источники могут быть общедоступными (например, социальные сети, газеты и т. д.), в то время как доступ к другим может быть ограничен для общественности или для получения доступа могут быть предусмотрены особые условия. Такие ограничения могут быть установлены в соответствующем законодательстве, не связанном с вопросами несостоятельности, или условиях работы держателя соответствующей информации (например, торговые платформы для драгоценных металлов, товаров или цифровых активов). К управляющему в деле о несостоятельности с учетом его особого статуса они могут применяться или не применяться или применяться иным образом. Например, управляющий в деле о несостоятельности может получить доступ к ограниченным источникам информации непосредственно или через суд, который рассматривает дело о несостоятельности. Во многих юрисдикционных системах суды, в том числе гражданские суды и суды по торговым делам и по делам о несостоятельности, могут иметь прямой доступ ко всем источникам информации, необходимой для выполнения их функций (за некоторыми исключениями, которые требуют специального постановления суда и обоснований (например, доступ к определенной секретной информации)).

150. В приводимых ниже разделах описаны источники, обычно используемые для ОВА, доступ к которым регулируется законодательством. Многие из них выполняют другие функции, такие как предотвращение несанкционированных сделок с активами имущественной массы и регистрация прав и приоритета в отношении третьих лиц.

1. Реестры

151. В рамках юрисдикционных систем существуют различные реестры, полезные для ОВА. К их числу относятся земельные кадастры и другие реестры недвижимого и движимого, материального и нематериального имущества, в том числе реестры автотранспортных средств, судов, воздушных судов, интеллектуальной собственности и центральные реестры банковских счетов, облигаций и других ценных бумаг. Эти реестры служат различным целям, таким как: a) подтверждение права собственности; b) предоставление информации об обеспечении и интересах третьих лиц в имуществе и подтверждение действительности и приоритета прав и интересов в одном и том же имуществе; и c) идентификация предприятий, их бенефициарных владельцев, а также директоров, должностных лиц и других лиц, уполномоченных принимать обязательства от имени предприятия. Применительно к некоторым реестрам действует презумпция правильности содержащейся в них информации.

152. Такие реестры используются для целей ОВА разными способами. Например, они позволяют управляющему в деле о несостоятельности получить информацию об активах должника; сделках, заключенных в течение подозрительного периода, которые являются недействительными или могут быть признаны недействительными; действиях, которые будут возбуждены против владельцев предприятия, директоров и других лиц; и производстве, затрагивающем имущественную массу. Регулярные проверки могут привести к обнаружению информации, которая появляется позже или в течение ограниченного срока. Реестры являются также средством обеспечения соблюдения временных мер, моратория и других последствий производства по делу о несостоятельности: соответствующие записи (например, добавление к наименованию предприятия должника пометки «в режиме несостоятельности») предостерегают третьи стороны от заключения несанкционированных сделок в отношении активов, затрагиваемых такими мерами, предотвращают регистрацию результатов любых несанкционированных сделок (например, передачи активов должника, создания обременений) и придание им силы в отношении третьих лиц. В то же время в реестрах фиксируются результаты сделок, санкционированных в ходе производства по делу о несостоятельности, и подтверждается право собственности и приоритет имущественной массы в отношении третьих сторон. Записи реестров могут использоваться в гражданском процессе или другом производстве, которое открывает или к которому присоединяется управляющий в деле о несостоятельности.

153. Большинство упомянутых реестров являются публичными. В то же время могут возникать трудности при получении доступа или проведении поиска в некоторых реестрах (например, местные реестры, основанные на бумажных документах и требующие личного и ручного поиска в каждом месте, где может находиться недвижимое имущество должника; некоторые реестры могут быть доступными для проведения поиска по активам или другим критериям, а не по имени должника). Доступ к другим реестрам может быть предоставлен только лицам, которые могут продемонстрировать законный интерес. К другим же реестрам могут обращаться только конкретные лица (например, по поводу своей собственной информации, внесенной в реестр) или правительственные учреждения, обычно в силу того, что информация, содержащаяся в реестре, является (коммерчески) чувствительной или конфиденциальной. В некоторых странах, например, к определенным реестрам, таким как реестры банковских счетов, могут обращаться только прокуроры и суды в рамках уголовных дел или в рамках определенных уголовных дел, например, связанных с отмыванием денег. Для получения информации из таких реестров может потребоваться специальное

постановление суда. Для сравнения, в других юрисдикционных системах все суды имеют прямой доступ к централизованным системам, в которых собирается информация об операциях с банковскими счетами, и доступ к таким системам также предоставляется в контексте ДВПП. В некоторых юрисдикционных системах обеспечивается и облегчается также телематический поиск активов должника управляющим в деле о несостоятельности как в контексте производства по делу о несостоятельности, так и в рамках других производств (например, гражданского судопроизводства) без необходимости для управляющего в деле о несостоятельности подтверждать имеющий исковую силу правовой титул.

154. Стандарты доступа к реестрам могут изменяться. Например, материалы о финансовом положении бенефициарного владельца, включенные в реестры бенефициарных владельцев, которые ранее были общедоступными, в настоящее время являются в ряде юрисдикционных систем защищенной информацией на том основании, что беспрепятственный доступ и возможность сохранения и дальнейшего распространения такой информации нарушает основные права человека (например, право на неприкосновенность частной жизни).

[*Этот раздел может быть расширен ссылками на другие виды реестров (например, посреднических ценных бумаг) и обсуждением влияния токенизации единиц на ведение реестра и оказание агентских услуг.*]

2. Досье правительственных учреждений

155. Досье таких правительственных учреждений, как налоговые органы и органы социального страхования, а также органы, отвечающие за выдачу лицензий на определенные виды деятельности (например, добычу полезных ископаемых), могут содержать важную информацию об активах и операциях должника, включая имена контрагентов должника по сделкам, которые являются недействительными или могут быть признаны недействительными. В некоторых юрисдикционных системах правительственные учреждения в соответствии с законодательством о несостоятельности обязаны предоставлять управляющему в деле о несостоятельности информацию из своих досье, касающуюся активов и операций должника. Доступ к определенным данным может быть ограничен (например, в связи с преобладанием соображений защиты частной жизни) или обусловлен (например, управляющий в деле о несостоятельности может иметь возможность получать только ту информацию, которая имеет непосредственное отношение к идентификации активов должника и которая важна для этой цели). Могут быть наложены ограничения на последующее использование полученной информации (например, управляющий в деле о несостоятельности может быть обязан не раскрывать полученную информацию другим лицам или следить за тем, чтобы эта информация не использовалась в целях, не связанных с производством по делу о несостоятельности).

156. В других юрисдикционных системах, хотя суды могут иметь прямой доступ к правительственным досье (например, к базам данных по налогам и социальному обеспечению), управляющему в деле о несостоятельности для получения доступа к правительственным досье или любым досье третьих лиц требуется постановление суда.

3. Обязательства по раскрытию информации

157. Обязательства по раскрытию информации могут применяться к определенным лицам, например, к политически значимым лицам в отношении их активов и доходов. Хотя определенная информация часто защищена законодательством о персональных данных и недоступна при гражданском судопроизводстве, раскрытая информация может стать доступной для управляющего в деле о несостоятельности на основании постановления суда или в результате участия управляющего в деле о несостоятельности в уголовном производстве (см. соответствующий раздел ниже) и впоследствии может быть использована в производстве по делу о несостоятельности. Другая информация, предоставляемая исходя из

обязательств по раскрытию информации, может быть общедоступной, например, информация, которую зарегистрированные на бирже компании обязаны раскрывать инвесторам или широкой общественности.

D. Средства, используемые в гражданском судопроизводстве

158. Как отмечалось в предыдущих разделах, у управляющего в деле о несостоятельности может быть много причин для возбуждения внутреннего или иностранного гражданского производства, затрагивающего должника и его активы или операции, вступления в такое производство или присоединения к нему. Такие шаги могут, например, потребоваться для расторжения сделок, урегулирования оспариваемых требований или возбуждения действий против директоров (например, для возмещения ущерба), должников должника (например, по невыплаченным платежам в имущественную массу), лиц, связанных с должником (например, в связи с отказом передать активы, образующие имущественную массу) или других третьих лиц (например, за неоказание содействия управляющему в деле о несостоятельности в установлении контроля над активами имущественной массы). В зависимости от норм, касающихся юрисдикции, такое производство может проводиться как внутри страны, так и за рубежом гражданскими судами или судами по торговым делам параллельно с производством по делу о несостоятельности. В таких случаях вне производства по делу о несостоятельности применяются обычные гражданско-процессуальные нормы, в том числе для сбора доказательств и вынесения постановлений об обеспечительных мерах или предварительных постановлений. Эти нормы обсуждаются ниже. Тем не менее они не заменяют специальные нормы, применимые к управляющему в деле о несостоятельности, которые обсуждались в предыдущих разделах (например, отмена требования о подтверждении имеющего исковую силу правового титула, с тем чтобы получить возможность проводить телематический поиск активов должника).

1. Сбор доказательств

a) Виды мер

159. Почти во всех юрисдикционных системах предусматривается сбор доказательств в той или иной форме на досудебном, судебном и послесудебном этапах, хотя не все средства сбора доказательств, доступные в ходе судебного разбирательства, могут быть доступны на досудебном и послесудебном этапах. Кроме того, на таких других этапах могут применяться более строгие требования.

160. Средства сбора доказательств предполагают процесс обнаружения или раскрытия доказательств, в котором центральную роль играют стороны, в одних странах, и процесс сбора доказательств, в котором центральную роль играет суд, в других странах, и оба процесса предусматривают сбор доказательств, которые в противном случае не могут быть получены как от сторон, так и от лиц, не являющихся сторонами[101]. В некоторых юрисдикционных системах компетентный суд может опрашивать стороны и свидетелей, осматривать вещи или просматривать документы или назначать эксперта и может выдавать сторонам и свидетелям постановления о явке для дачи показаний, а также выдавать лицам, имеющим определенные документы, предписание предъявить эти документы. С другой стороны, в других юрисдикционных системах сбор доказательств осуществляется в форме раскрытия или обнаружения, включая повестки о явке в суд для дачи показаний и предоставления документов и других материалов, где это применимо.

[101] Если раскрытию подлежит информация о банковском счете, раскрываемая информация может включать: i) карточку подписи, прилагаемую к счету; ii) информацию об открытии счета; iii) копии квитанций о депозитах или банковских переводах; iv) копии чеков или детали банковских переводов; v) текущий остаток средств на счете; и vi) электронные письма или корреспонденция, касающиеся счета, и другая соответствующая информация.

b) Условия применения

161. В большинстве юрисдикционных систем досудебный сбор доказательств проводится в целях обеспечения доказательств в преддверии судебного разбирательства, планируемого или ожидаемого, когда время играет важнейшую роль и существует опасность того, что соответствующие доказательства исчезнут, будут утрачены или значительно изменены до начала судебного разбирательства или до того, как судебный процесс перейдет на стадию сбора доказательств. В некоторых юрисдикционных системах досудебный сбор доказательств может также проводиться — по крайней мере, в определенной степени, — если у заявителя имеется какой-либо другой интерес, в первую очередь заинтересованность в оценке доказательств для определения шансов на успешный исход судебного разбирательства, что, в свою очередь, призвано способствовать справедливому урегулированию. Заявитель должен подтвердить вероятность успеха своего требования по существу и необходимость получения или сохранения доказательств или их оценки. В зависимости от конкретного постановления к заявителю могут быть предъявлены дополнительные требования[102].

162. Для сравнения, поскольку цель судебного разбирательства состоит в оценке требований, сбор доказательств является частью этого процесса и не требует дополнительного обоснования. По той же причине определенные интересы, например интересы в обеспечении конфиденциальности и защиты данных, могут иметь меньшее значение на этапе судебного разбирательства.

163. В некоторых юрисдикционных системах в целях обеспечения исполнения судебного решения кредитору по судебному решению разрешается получать информацию после завершения судебного разбирательства от должника по судебному решению или третьих сторон. Это позволяет кредитору по решению суда получать информацию об активах должника, включая скрытые и утаенные активы. Подобное раскрытие информации является широким, если она запрашивается у должника. Раскрытие информации, запрашиваемой у третьих сторон, как правило, ограничивается активами должника и не может быть распространено на активы третьей стороны. Вместе с тем в тех случаях, когда третья сторона имеет тесные связи с должником, разрешается более широкое раскрытие информации.

c) Ограничения

164. В большинстве юрисдикционных систем сбор доказательств возможен только в отношении доказательств, имеющих отношение к требованиям сторон судебного разбирательства по существу. В некоторых юрисдикционных системах требование относимости иногда толкуется широко, так что при определенных обстоятельствах оно может включать доказательства, касающиеся наличия активов одной из сторон. В других юрисдикционных системах критерий относимости понимается таким образом, что собираемые доказательства должны относиться только к фактам, которые необходимы для доказательства определенного элемента заявленного основания для иска. Такой подход будет редко распространяться на доказательства в отношении активов другой стороны, если только основанием для иска не является коммерческое мошенничество. На этапе после судебного разбирательства соответствующая мера должна иметь отношение к обнаружению активов кредитора по судебному решению.

165. В юрисдикционных системах, где существует строгое правило, запрещающее «выуживание» доказательств, ожидается, что стороны достаточно

[102] См., например, *Anton Piller KG v. Manufacturing Processes Ltd*. [1975] EWCA Civ 12, требование объяснить, в чем состоит правонарушение со стороны ответчика; представить веские доказательства того, что ущерб, нанесенный заявителю в результате поведения ответчика, является серьезным; представить четкие доказательства наличия у ответчика компрометирующих документов или доказательств; и показать, что существует реальная возможность того, что ответчик может уничтожить такие материалы до их обнаружения или до того, как будут заслушаны все стороны.

конкретно определят доказательства, которые они намереваются собрать. В этих юрисдикционных системах суды могут получить значительно более обширные доказательства (например, посредством приказов судебным приставам), чем те, которые будут раскрыты сторонам и использованы в деле, если стороны не смогут доказать относимость каждого конкретного доказательства к их делу.

166. Помимо критерия относимости предусматриваются требования в отношении необходимости и соразмерности, которые могут быть особенно применимы в контексте конфиденциальной информации (например, информации, составляющей банковскую тайну или адвокатскую тайну). Такая информация может рассматриваться по-разному в различных юрисдикционных системах. В некоторых юрисдикционных системах конфиденциальная информация обычно считается привилегированной и может быть раскрыта только в том случае, если стороны согласны ее раскрыть. В других юрисдикционных системах решение о том, следует ли предписывать одной из сторон тяжбы или третьему лицу, обладающему такой информацией, раскрыть ее, принимается судом на основании баланса соответствующих интересов или анализа соразмерности. Еще в одной группе юрисдикционных систем такая информация защищена в меньшей степени или должна предоставляться на основании применимого законодательства.

167. Могут быть установлены ограничения на последующее использование документов или информации, полученных в результате мероприятий по сбору доказательств. Обычно требуется использовать их только для целей, указанных в ходатайстве о принятии данной меры (например, для отслеживания активов или доходов от них). Если вышеуказанные ограничения не соблюдены, доказательства могут оказаться недопустимыми в судебном разбирательстве.

2. Обеспечительные меры и предварительные постановления

a) Виды мер и постановлений

168. Существуют различные меры и постановления для защиты активов или обеспечения исполнения обязательств. К ним относятся: постановления о наложении ареста или обращении взыскания[103]; секвестр[104]; эмбарго[105]; постановления о замораживании[106]; судебные постановления об обеспечительном интересе

---

[103] Когда публичный орган налагает арест на активы, указанные в постановлении суда, или обращает на них взыскание. (Досудебное) наложение ареста, как правило, не приводит к изменению юридического права собственности, но приводит к тому, что должник теряет возможность передавать или обременять активы. В некоторых юрисдикционных системах кредитору не нужно конкретно указывать активы должника, на которые может быть наложен арест или обращено взыскание. В этих юрисдикционных системах поиск активов для этой цели является задачей органа, который налагает арест или осуществляет взыскание. От банков и других третьих лиц может потребоваться предоставление информации об активах, которыми может владеть должник. В других юрисдикционных системах кредитор обязан конкретно указать активы, которые следует изъять, и их местонахождение, прежде чем наложить арест или взыскание, что предполагает осведомленность кредитора об активах, которыми владеет должник в пределах соответствующей юрисдикции, хотя в некоторых юрисдикционных системах может быть достаточно общего описания, например, «все машины на складе X» или «все предпринимательские счета в банке Y». В случае имущества, подлежащего регистрации, арест производится посредством регистрации меры в публичных реестрах, что обеспечивает эффект публичности в отношении третьих лиц.

[104] Когда активы забираются у должника или третьего лица.

[105] Когда должник может использовать активы, на которые наложено эмбарго, но должен воздерживаться от их отчуждения и должен обеспечить их надлежащее сохранение. Если не существует известных активов, может быть запрошено наложение общего ареста на активы.

[106] В некоторых юрисдикционных системах эта процедура также известна как запрет Mareva. *Mareva Compania Naviera S.A. v. International Bulk Carriers S.A*. [1975] 2 Lloyd's Rep. 509. Если они вынесены в отношении всех активов ответчика в любой точке мира, они именуются «постановлением о замораживании активов по всему миру» (WFO) и обычно выдаются в дополнение к обычным требованиям, предъявляемым к постановлениям о замораживании, когда внутренних активов ответчика в пределах данной юрисдикционной системы недостаточно для исполнения возможного судебного решения.

или залоговом праве[107]; и изъятия[108]. Кроме того, суд может предписать ответчику или третьему лицу совершить или не совершать какие-либо действия. К таким постановлениям относятся, в частности, постановления не перемещать определенную вещь из определенного места; не передавать имущество конкретному лицу или какому-либо лицу либо не обременять его обеспечительным правом; не выплачивать долг или не получать платеж по долгу; вернуть вещь в определенное место; передать вещь на хранение доверенному третьему лицу или суду. Постановления могут быть направлены операторам определенных реестров или регистрирующим органам, таким как земельный кадастр, коммерческий регистр или регистр компаний.

169. В некоторых юрисдикционных системах проводится различие между наложением ареста и обращением взыскания и другими постановлениями. Если требование истца является требованием о выплате денежных средств, оно обеспечивается арестом или взысканием. Если речь идет о требовании совершить или не совершать какие-либо конкретные действия, выдается постановление. Там, где проводится это различие, могут существовать незначительные различия в требованиях к использованию этих мер и в отношении применимых гарантий.

170. В зависимости от последствий обеспечительные меры и предварительные постановления могут носить характер как in personam, так и in rem, хотя грань между ними может быть размыта. Например, постановление о наложении ареста может повлечь за собой как i) обязательство ответчика не распоряжаться арестованным активом под угрозой уголовного наказания, так и ii) фактическое замораживание актива после исполнения постановления путем признания любой сделки или обременения недействительными, в том числе для соответствующей третьей стороны.

b) Условия применения

171. Обеспечительные меры и предварительные постановления могут быть вынесены на разных основаниях в зависимости от того, запрашиваются ли они до, во время и после судебного разбирательства и направлены ли они против ответчика (например, изъятие паспортов или постановления об ограничении свободы передвижения, включая аресты), его активов или таких третьих сторон, которые владеют активами или контролируют активы должника или активы, находящиеся в бенефициарном владении должника, как доверенное лицо, банк или оператор криптовалютной биржи (например, постановления о замораживании счета).

172. В тех случаях, когда меры запрашиваются до или в ходе судебного разбирательства, когда еще не ясно, существует ли требование, заявленное истцом, и поскольку запрос может быть подан в суд, отличный от того, который выносит решение по требованию истца, в большинстве юрисдикционных систем истец должен представить определенные доказательства относительно существования такого требования. Вместе с тем, поскольку целью обращения с просьбой о принятии таких мер является быстрое получение помощи и, следовательно, без необходимости ожидать решения по существу дела, стандарт доказывания основания для обращения за введением этих мер не может быть таким же высоким, как тот, который требуется для вынесения решения по существу дела. Таким образом, обычно достаточно более низкого стандарта доказывания, например, наличия веских аргументов или конкретно определенной минимальной степени вероятности. Иногда используется такое понятие, как fumus boni iuris или видимость законного права (в вольном переводе — «ощущение присутствия обоснованного права»).

173. В большинстве юрисдикционных систем требуется также, чтобы истец доказал особую необходимость в такой мере. Обычно требуется, чтобы без этой

[107] Например, залоговое право по решению суда на недвижимое имущество, в соответствии с которым право на принудительное взыскание рассматриваемого недвижимого имущества устанавливается независимо от того, получило ли после этого третье лицо в результате передачи или обременения право собственности на это имущество.

[108] Когда изъятое имущество передается в распоряжение суда.

меры приведение в исполнение судебного решения было бы невозможным или существенно затрудненным. В некоторых юрисдикционных системах истец должен доказать, что без принятия меры он может понести ущерб, который не может быть возмещен в результате удовлетворения искового требования о возмещении убытков или предоставления другого средства правовой защиты против ответчика, или что вероятность того, что истец понесет непоправимый ущерб, будет более высокой без такой меры, в то время как вероятность того, что ответчик понесет непоправимый ущерб при принятии такой меры, будет более низкой. Необходимость применения такой меры может быть установлена различными способами, в том числе путем доказывания того, что имеются основания опасаться распыления активов должника. В других юрисдикционных системах основания для принятия таких мер могут быть определены более узко, например в исчерпывающем перечне конкретных возможных оснований для введения этих мер (включая, например, опасность того, что должник может скрыться или вывести свои активы за пределы соответствующей юрисдикционной системы). В подобных случаях могут быть приняты также и некоторые вспомогательные меры.

174. Если исковые требования уже были признаны в судебном решении, то само решение служит доказательством этих требований. После вступления судебного решения в силу обеспечительные меры и предварительные постановления могут быть недоступны в некоторых юрисдикционных системах, поскольку кредитор может немедленно возбудить исполнительное производство. В некоторых юрисдикционных системах принудительное исполнение осуществляется судебным приставом без необходимости получения дополнительного постановления суда о наложении ареста или взыскании. В других юрисдикционных системах может предоставляться временная защита на период между подачей заявления о приведении в исполнение и фактическим исполнением для обеспечения приведения в исполнение судебного решения.

c) Ограничения

175. На некоторые активы ответчика, такие как личные вещи или заработная плата в объеме, необходимом для обеспечения базового уровня дохода, не может быть наложен арест или обращено взыскание. Могут существовать и другие ограничения на активы, в отношении которых могут применяться такие меры, или же соответствующий актив может определять характер принимаемых мер.

176. В отношении мер, затрагивающих человеческое достоинство и права человека (например, свобода передвижения, частная жизнь), обычно предусматриваются более строгие гарантии. Они предусматривают требование о том, что соответствующая мера должна быть соразмерной. Например, если для обеспечения исполнения судебного решения достаточно предписать ответчику регулярно являться в местный орган власти или сдать свои документы, удостоверяющие личность, до тех пор, пока ответчик не укажет свои активы или не предоставит их для наложения ареста или обращения на них взыскания, то такому постановлению должно быть отдано предпочтение перед любой более ограничительной мерой, включая в худшем случае арест должника. Кроме того, такие постановления обычно имеют короткий срок действия, который может быть продлен только в чрезвычайных обстоятельствах для достижения цели, для которой они были вынесены.

3. Гарантии

177. Как отмечалось выше, обычно применяются требования в отношении (достаточного или убедительного) доказательства prima facie, необходимости, относимости и соразмерности. В результате объем меры обычно ограничивается строго необходимым, а интересы заявителя в получении меры соотносятся с возможным ущербом для заявителя в результате соблюдения меры. Например, от заявителя может потребоваться указать помещения, которые необходимо обыскать, или активы, которые необходимо арестовать. Суд может принять меры для защиты лица, у которого запрашивается постановление, от назойливости, излишних затруднений, притеснения, чрезмерного бремени или расходов. В

случае мер, предполагающих особое вмешательство, таких как посещение объектов, обыск помещений, судебная экспертиза электронных систем и мобильных телефонов, проверка или изъятие доказательств или активов, могут применяться дополнительные гарантии. Они предполагают наличие более веских оснований для назначения меры (например, конкретные и четкие доказательства сокрытия, уничтожения или несохранения документов, информации или активов), применение меры в обычное рабочее время и присутствие во время ее применения ответчика, его адвоката или третьих лиц в качестве свидетелей, а также составление подробного протокола о предпринятых шагах и изъятых предметах, где это уместно.

178. Обычно заявитель обязан подать жалобу или возбудить исполнительное производство по данному вопросу в течение определенного, как правило, короткого, срока, чтобы поддержать данную меру, если судебное или исполнительное производство еще не было открыто. Ответчик имеет право быть заслушанным до принятия меры. Ответчик может иметь возможность добиваться отмены этой меры или ходатайствовать о назначении менее строгой меры, предоставив обеспечение по иску. В некоторых юрисдикционных системах ответчик может добиваться отмены этой меры в более поздний момент, если обстоятельства изменились, например ответчик выплатил задолженность или задолженность была погашена иным образом. Предписанные меры могут подлежать обязательному периодическому пересмотру судом, и заявитель, который ходатайствовал о принятии этой меры, может быть обязан информировать суд об изменениях, которые потребуют отмены или изменения меры.

179. В случае срочности или опасности распыления активов такие меры могут быть приняты ex parte. В таком случае ответчик имеет возможность быть заслушанным по вопросу о введенной мере на более позднем этапе и добиться ее отмены судом, если будет доказано отсутствие заранее оговоренных необходимых условий. В некоторых юрисдикционных системах для принятия меры ex parte заявитель обязан также изложить доводы, которые мог бы выдвинуть ответчик, если бы он был заслушан (полное и откровенное раскрытие информации). В некоторых юрисдикционных системах определенные меры принимаются ex parte в обычном порядке, исходя из предпосылки о том, что при наличии опасности распыления активов соображения быстроты и внезапности должны всегда играть определяющую роль. Они могут сопровождаться, при дополнительных гарантиях, вспомогательными постановлениями (например, постановлениями о неразглашении и закрытии информации; см. ниже).

180. От заявителя может потребоваться предоставить обеспечение в отношении расходов ответчика на осуществление меры, которые могут быть взысканы с лица, совершившего неправомерные действия, в качестве возмещения ущерба. Во многих юрисдикционных системах заявитель несет также ответственность перед ответчиком за любой ущерб, причиненный мерой, которая оказалась необоснованной. В некоторых юрисдикционных системах такая ответственность представляет собой ответственность без вины, т. е. заявитель несет ответственность перед ответчиком за неправомерное назначение меры независимо от того, действовал ли заявитель с умыслом или по небрежности при получении этой меры. Внесение обеспечения может быть обязательным во всех или большинстве случаев для предоставления соответствующей меры. В качестве альтернативы суд может по своему усмотрению определить, существует ли особая опасность того, что ответчик не сможет получить от заявителя возмещение ущерба, если окажется, что мера была применена неправомерно.

181. Лицо, в отношении которого выноситься постановление, лично обязано подчиняться постановлению. За злоупотребление мерой и ее несоблюдение могут быть применены санкции.

182. Другие гарантии могут различаться в зависимости от юрисдикционной системы, а в пределах одной юрисдикционной системы могут зависеть от конкретного запрашиваемого постановления, запрашивающей стороны и контекста.

Например, в некоторых юрисдикционных системах не может применяться право на отказ от дачи показаний и защита от самообвинения, однако полученная информация не может быть использована в последующем уголовном производстве. В других юрисдикционных системах может быть иначе. В некоторых юрисдикционных системах от ответчика может не требоваться разрешения на обыск и изъятие каких-либо доказательств, которые могут привести к возникновению уголовной ответственности ответчика или которые защищены привилегией. В других юрисдикционных системах может быть иначе. Одно и то же постановление может быть исполнено с различными изменениями, продиктованными обстоятельствами. Например, опрос или допрос может проводиться устно или письменно, публично или конфиденциально, под присягой, в суде или иным образом, в присутствии доверенных лиц или иным образом.

183. В большинстве юрисдикционных систем за судами сохраняется право решать, применять ли ту или иную меру с учетом всех обстоятельств дела. В некоторых юрисдикционных системах суды могут комбинировать и адаптировать постановления, включая гарантии в отношении их исполнения, с учетом конкретных потребностей[109].

4. Трансграничные аспекты

184. Во многих юрисдикционных системах требуется, чтобы для вручения процессуальных документов за рубежом использовались дипломатические каналы. Если заинтересованные страны являются участниками Гаагской конвенции о вручении документов, то процедуры этой конвенции должны использоваться во всех случаях, «при которых судебный или внесудебный документ необходимо направить для передачи или вручения за границей»[110]. В статьях 2–7 этой Конвенции оговорена процедура направления и выполнения запроса, а в статьях 8–9 (вручение через консульских или дипломатических агентов запрашивающего государства) и статье 10 (вручение путем непосредственного отправления по почте или через непосредственные сношения между судами) предусматриваются альтернативные процедуры.

185. Если хотя бы часть собираемых доказательств находится за рубежом или если лицо, контролирующее собираемые доказательства, находится за границей, то может потребоваться направление запроса в компетентный иностранный

---

[109] Например. суды часто комбинировали и применяли с изменениями постановления Norwich и Bankers Trust, адаптируя их совсем недавно к потребностям отслеживания цифровых активов. *Norwich Pharmacal Co. v. Customs and Excise Commissioners* [1974] A.C. 133: этот иск был подан в суд с целью получения информации, которой владела невиновная третья сторона и которая требовалась для отслеживания и возвращения активов, находившихся во владении ответчика или третьей стороны, не имевшей права удерживать такие активы. Следовало представить веские доказательства того, что невиновная третья сторона была причастна к осуществлению сделки, квалифицированной как соответствующее правонарушение (т. е. постановление не действует в отношении лица, которое не имеет никакого другого отношения к правонарушению, кроме того, что оно было свидетелем или имеет в своем распоряжении какой-либо относящийся к нему документ). Постановление не может быть: i) получено в отношении лиц, которые могут выступать свидетелями или являться обвиняемыми prima facie в любом судебном разбирательстве, возбужденном на основании предполагаемого правонарушения, и наоборот; ii) использовано для получения доказательств, в отличие от информации; и iii) использовано для содействия иностранному производству, если в иностранной юрисдикционной системе действует установленный законом режим, посредством которого должны быть получены доказательства из-за рубежа. *Bankers Trust Co. v. Shapira and Others* [1980] 1 WLR 1274: это постановление требует, чтобы финансовое учреждение раскрыло в целом конфиденциальную информацию об отношениях между банком и его клиентом на основании веских доказательств того, что средства, о которых запрашивается информация, принадлежали заявителю, средства были растрачены обманным путем, запрошенная информация позволит определить местонахождение или обеспечить сохранение средств, и что задержка в раскрытии информации может привести к дальнейшему расходованию или переводу средств. Такая мера может быть запрошена как до, так и после возбуждения любого разбирательства. Если она будет запрошена, то это приведет к отмене обязательства по обеспечению конфиденциальности. От заявителя может потребоваться взять на себя обязательство, что раскрытая информация будет использоваться только для целей действий по отслеживанию средств.

[110] Статья 1 (более подробную информацию см. также Практический справочник по применению Конвенции о вручении, пп. 29–51).

орган (в соответствии с ДВПП или иным образом) или использование процедур Гаагской конвенции о доказательствах, где это применимо[111]. Эти процедуры включают процедуру направления запроса[112] и альтернативные процедуры (через дипломатических служащих, консульских агентов и уполномоченных)[113]. На региональном уровне разрешается прямой сбор доказательств членами суда одного государства в другом, если лицо, от которого должны быть получены доказательства, добровольно сотрудничает[114].

186. В некоторых юрисдикционных системах суд может распорядиться о раскрытии информации внутри страны для использования в разбирательстве в иностранном или международном судебном органе, запланированном или незавершенном. Постановление о раскрытии информации выносится по усмотрению самого суда и может зависеть от ряда факторов, включая то, может ли иностранный суд сам распорядиться о раскрытии искомых доказательств и пытается ли заявитель обойти ограничения на сбор доказательств, установленные иностранным государством.

187. Как правило, обращаться за применением мер по сбору доказательств могут как иностранные стороны судебного процесса, так и местные. Вместе с тем правила о юрисдикции судов могут требовать наличия юрисдикции над ответчиком в планируемом или уже ведущемся судебном процессе, с тем чтобы суд мог вынести постановление о применении этой меры, независимо от того, находятся ли соответствующие доказательства на территории страны В других странах суд также обладает юрисдикцией во всех случаях, когда собираемые доказательства находятся на территории страны. В других же странах наличие юрисдикции зависит от причин сбора доказательств. Поскольку меры по сбору доказательств действуют in personam, они могут быть применены в пределах данной юрисдикционной системы в отношении лица или его активов, находящихся в пределах этой юрисдикционной системы. По этой причине некоторые суды могут неохотно предписывать такие меры в отношении лиц, находящихся за границей, если только эти лица не представлены в данной юрисдикционной системе. Другие же суды делают это, в том числе в отношении неизвестных лиц и в неизвестных юрисдикционных системах в цифровом контексте.

188. Юрисдикция в отношении принятия обеспечительных мер и предварительных постановлений обычно принадлежит суду, который обладает юрисдикцией в отношении ответчика или который обладал бы юрисдикцией в отношении ответчика в рамках разбирательства по существу. Предварительные постановления, предписывающие ответчику или третьим сторонам делать или не делать что-либо, обычно действуют in personam. Они могут быть предписаны судом независимо от местонахождения активов и того, должна ли соответствующая деятельность осуществляться в пределах или за пределами его юрисдикционной системы. Для сравнения, юрисдикция по обеспечению соблюдения вещных мер, например постановлений о наложении ареста и взыскания, обычно ограничивается юрисдикционной системой, в которой находятся рассматриваемые активы. Тем не менее, существуют юрисдикционные системы, в которых постановления об аресте и аналогичные постановления также могут быть вынесены судом, который обладает или будет обладать юрисдикцией в отношении разбирательства по существу.

---

[111] Аналогичная процедура предусмотрена в Регламенте (ЕС) Европейского парламента и Совета 2020/1783 от 25 ноября 2020 года о сотрудничестве между судами государств-членов при получении доказательств по гражданским или коммерческим делам (сбор доказательств) (в новой редакции).

[112] Статьи 1–14 Гаагской конвенции о доказательствах. См. также статьи 5–18 Регламента ЕС о доказательствах.

[113] Статьи 15–22 Гаагской конвенции о доказательствах.

[114] Статья 19 Регламента ЕС о доказательствах.

189. Существуют различные режимы трансграничного признания и приведения в исполнение обеспечительных мер и предварительных постановлений[115]. [*будет дополнено*]

[*Предлагаемые дополнительные аспекты: вопросы ОВА, возникающие в связи с отслеживанием и возвращением конкретных активов, таких как углеродные квоты и квоты на биоразнообразие, мобильное оборудование*[116] *и ценные бумаги, хранящиеся у посредника*[117]*, а также в контексте арбитражного разбирательства*[118].]

E. Вспомогательные меры

1. Постановления о неразглашении и закрытии информации

190. Суды в некоторых юрисдикционных системах могут выносить постановления о неразглашении или закрытии информации или о комбинации таких мер. Постановление о неразглашении — это постановление, запрещающее публичное раскрытие информации о деле. Его можно использовать, чтобы предписать ответчику по постановлению о раскрытии информации, например банку, не сообщать своему клиенту, что ему было предписано раскрыть информацию об активах этого клиента.

191. Постановление о закрытии информации — это предписание сотрудникам суда хранить судебное дело или определенные записи в нем под печатью, что означает не разглашать информацию, содержащуюся в деле, общественности и не разрешать публичный доступ к делу. В контексте ОВА цель таких постановлений может заключаться в том, чтобы не дать (предполагаемому) правонарушителю или другим причастным лицам узнать о действиях по ОВА и, таким образом, предотвратить дальнейшее распыление активов этими лицами. Постановление о закрытии информации может быть особенно важным в юрисдикционных системах, в которых судебные досье обычно доступны для общественности. Как правило, такие постановления требуют надежной доказательной базы и ограничены по срокам, поскольку они противоречат принципу открытых судов.

---

[115] См., например, статью 3(1)(b) Гаагской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных решений по гражданским и торговым делам от 2 июля 2019 года и ТЗСРН, которые исключают их из сферы применения. Для сравнения, они включены в Конвенцию ОАГ об исполнении превентивных мер, наднациональное законодательство в рамках ЕС и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (ТЗА), статьи 17H–17I.

[116] См., например, Конвенцию о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (2001 год) (Кейптаунская конвенция) и протоколы к ней (Протокол к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования по вопросам, относящимся к авиационному оборудованию (Кейптаун, 16 ноября 2001 года; Авиационный протокол), Люксембургский протокол к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования по вопросам, касающимся железнодорожного подвижного состава (Люксембург, 23 февраля 2007 года; Железнодорожный протокол), Протокол к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования по вопросам, касающимся космического имущества (Берлин, 9 марта 2012 года; Протокол по космосу) и Протокол к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования по вопросам, касающимся горнодобывающего, сельскохозяйственного и строительного оборудования (Претория, 2019 год; Протокол ГСС)). На момент подготовки настоящего документа доступно по адресу Security interests – UNIDROIT.

[117] См., например, Конвенцию УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг (Женевская конвенция) (еще не вступила в силу; доступна на момент подготовки настоящего документа по адресу Geneva Convention – UNIDROIT) и Конвенция о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг от 5 июля 2006 года (Гаагская конвенция о ценных бумагах 2006 года) (доступно на момент публикации настоящего документа по адресу HCCH | #36 – Full text).

[118] См. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (ТЗА), статья 17. Доступно по адресу: International Commercial Arbitration | United Nations Commission On International Trade Law.

2. Уголовно-правовые процедуры в помощь ОВА

192. Производство по делу о несостоятельности и уголовное производство могут взаимодействовать по-разному. Например, тесное взаимодействие будет иметь место в тех случаях, когда предприятие должника представляет собой не что иное, как мошенничество (подлог, схемы Понци). Два производства могут взаимодействовать также потому, что некоторые мошеннические сделки с участием должника имели место до открытия производства по делу о несостоятельности (должник обманул третьи стороны или третьи стороны обманули должника). Кроме того, преступления, связанные с несостоятельностью (например, растрата активов в ущерб кредиторам, доведение до банкротства по причине грубой небрежности, непредставление в установленном порядке заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности) и другие экономические преступления (например, уклонение от уплаты налогов, коррупция, отмывание денежных средств) могут совершаться директорами и иными лицами, влияющими на должника. Такие сделки и действия могут быть единственной, основной или второстепенной причиной несостоятельности должника, но в любом случае становятся достаточным основанием для представления и защиты интересов имущественной массы в уголовном процессе. Кроме того, в ходе производства по делу о несостоятельности управляющий в деле о несостоятельности, должник, сохраняющий владение, или представители кредиторов могут совершить преступление, которое может иметь различные последствия для производства по делу о несостоятельности и ОВА. В случае обнаружения признаков уголовных преступлений лица обязаны сообщить о них в компетентные органы.

193. В случае вынесения обвинительного приговора потерпевшей стороной в связи с преступлением может быть признана общая масса кредиторов должника. В таких случаях в соответствии с любыми постановлениями о компенсации потерпевшим, которые могут быть вынесены, конфискованные активы и доходы от преступления могут быть возвращены в имущественную массу (по крайней мере, в определенной степени, поскольку могут быть вынесены многочисленные постановления о конфискации и о компенсации потерпевшим и, в соответствии с применимыми международными инструментами, приоритет могут иметь интересы государства и других потерпевших). Кроме того, на основании обвинительного приговора гражданский суд может установить более широкую гражданско-правовую ответственность, вытекающую из совершенного преступления.

194. Уголовное судопроизводство может содействовать ОВА в производстве по делам о несостоятельности и в других отношениях. Например, в некоторых юрисдикционных системах жертва преступления или иногда, в более общем плане, заинтересованное лицо, например должник, сохраняющий владение, или управляющий в деле о несостоятельности, может иметь возможность добиваться возбуждения уголовного расследования и уголовного разбирательства и может участвовать в таких разбирательствах в качестве «гражданской стороны». В некоторых юрисдикционных системах гражданская сторона имеет широкие права в отношении сбора доказательств и доступа ко всем доказательствам, собранным в ходе этих разбирательств. В результате она может получить доказательства, которые может быть очень трудно или невозможно получить в рамках гражданского производства. Ей может быть разрешено использовать эти доказательства для ОВА в деле о несостоятельности или в рамках гражданского производства. Кроме того, гражданская сторона может также иметь право запрашивать постановления о получении доказательств и замораживании активов в соответствии с ДВПП, а также возможность требовать возмещения ущерба в соответствии с применимым деликтным правом по параллельному гражданскому иску, решение по которому выносит тот же суд. Она может также обладать правом обжаловать определенные решения суда.

195. В других юрисдикционных системах управляющий в деле о несостоятельности может получить доступ к материалам уголовных расследований ex officio или на основании специального постановления суда. В таком случае, возможно,

потребуется продемонстрировать, что запрос направлен на получение записей с учетом их особой ценности с единственной целью отследить активы и что необходимость раскрытия информации перевешивает необходимость сохранения секретности. Применяются и другие обычные гарантии защиты интересов уголовного расследования и прав обвиняемого.

IV. Цифровые аспекты

196. В последующих разделах рассматриваются цифровые аспекты ОВА, в частности: a) данные как отслеживаемый и возвращаемый актив; b) данные в качестве доказательства; c) данные как источник информации для отслеживания и возвращения физических или цифровых активов и идентификации их держателя, владельца или бенефициара; d) данные для вручения уведомлений в отношении действий по ОВА и для осуществления возвращения (т. е. получения контроля над активом); и e) данные для предотвращения мошенничества и других оснований, приводящих к необходимости ОВА. Во всех этих контекстах анализируется роль посредников (например, поставщиков услуг облачных вычислений, операторов платформ), а также разработчиков и операторов ИИ, ИВ и других решений в рамках коммерческих онлайн-операций. Их роль может быть различной, но незаменимой для ОВА, для простого поиска и обеспечения информации или для более сложных действий, таких как замораживание, изъятие и возвращение цифровых активов или доказательств. В частности, ключевую информацию для ОВА часто хранят централизованные биржи.

197. В приводимых ниже разделах обсуждаются также вопросы, связанные с уязвимостью и изменчивостью данных. В частности, сохранение, целостность и последующее использование данных в качестве актива, доказательства или иным образом зависят от многих факторов, включая совместимость технологий, систем и процессов. В последующих разделах затрагиваются также вопросы, возникающие в связи с децентрализованными, (псевдо) анонимными, автономными и безотзывными процессами, связанными с технологией распределенного реестра (ТРР), воспроизводимостью данных (оригинал/копия), изменением контроля над данными, обратимостью операций, а также положения о защите и локализации данных, которые могут налагать ограничения на экстерриториальный доступ к определенным данным и их использование.

A. Данные как актив (цифровые активы)

198. Цифровые активы могут иметь разные формы. Они могут находиться во владении напрямую или через посредников, которые могут выполнять разные функции в отношении таких активов. Цифровые активы могут признаваться или не признаваться в качестве объекта имущественных прав, который может быть включен в состав имущественной массы. В рамках производства по делу о несостоятельности эти аспекты будут регулироваться применимым законодательством (см. рек. 30 и 31 Руководства). В тех случаях, когда они признаются в качестве объекта имущественных прав, который может быть включен в состав имущественной массы, вид цифрового актива, способ его создания и хранения могут повлиять на определение того, существует ли имущественное требование к самому активу или личное требование в отношении держателя или хранителя актива, и можно ли идентифицировать цифровой актив в рамках ОВА как отдельный объект или как пропорциональную долю в смешанных активах, держателем которого является хранитель в интересах всех его клиентов. Эти определения, которые зависят от конкретных случаев и фактов, в конечном счете укажут, будет ли определенный цифровой актив частью имущественной массы хранителя в случае его несостоятельности или имущественной массы клиента хранителя в случае несостоятельности клиента. Виды средств ОВА, которые будут использоваться в отношении цифровых активов, будут зависеть от таких определений.

199. Если цифровые активы признаются в качестве активов, входящих в имущественную массу, могут возникнуть различные основания, как и в случае любых других активов, для их отслеживания и возвращения. Основным видом коммерческих операций должника может быть торговля цифровыми активами. В таком случае цифровые активы могут быть распределены по разным онлайн-площадкам, не все из которых будут обязательно находиться под контролем должника. В противном случае должник может инвестировать средства в приобретение цифровых активов. В обоих сценариях можно предположить, что должник может скрыть существование, стоимость и местонахождение любых или всех цифровых активов, или же раскрытые цифровые активы могут быть украдены. Например, обменные кошельки, личные кошельки или любой другой метод хранения или передачи цифровых активов могут быть взломаны, или должник мог сознательно или неосознанно участвовать в мошеннических схемах, которые не позволяют имущественной массе установить контроль над цифровыми активами (например, когда предпринимается попытка вывести активы, однако требование отклоняется держателем активов, и активы переводятся со счета должника). После этого похищенные активы могут быть проданы с использованием методов “on-ramping” (торговля между неизвестными владельцами кошельков, взлом записи операции), “off-ramping” (т. е. продажа украденных цифровых активов за необеспеченную валюту) или обоих методов, с тем чтобы попытаться скрыть происхождение и конечный пункт назначения активов. К методам, используемым для таких целей, относятся кольцевые подписи (т. е. цифровая подпись, созданная членами группы, у каждого из которых есть свои ключи, что делает невозможным определение конкретного лица в такой группе, проставившего подпись), одноразовые адреса для каждой операции (скрытые адреса) и тумблерные услуги (т. е. одна сделка разбивается на большое количество случайных машинных операций, которые, в свою очередь, делятся на более мелкие операции между различными участниками).

200. Как отмечалось в предыдущих разделах, в некоторых юрисдикционных системах судам предоставлены широкие дискреционные полномочия в отношении вынесения постановлений о принятии любых мер, необходимых в связи с рассматриваемым делом. Они могут включать меры, которые имеют глобальные последствия. Суды используют средства ОВА, рассмотренные в этом тексте, для отслеживания и возвращения цифровых активов, адаптируя их к цифровой среде и текущим потребностям и сочетая их с обычными принудительными мерами для обеспечения соблюдения законодательства, защищая, когда это необходимо и уместно, анонимность онлайн-трейдеров и конфиденциальность их учетных данных для онлайн-идентификации. С учетом природы цифровых активов и онлайн-торговли оперативно выносятся постановления о замораживании операций и раскрытии информации в глобальных масштабах, чтобы защитить перспективы успешного возвращения активов. В тех случаях, когда ответчик может быть неизвестен, в некоторых юрисдикционных системах стало возможным предписывать меры в отношении «неизвестных лиц» (например, выносить постановления о замораживании известных цифровых активов, владелец которых пока неизвестен), хотя эти меры и порождали противоречия с устоявшимися нормами в отношении защиты добросовестных правопреемников. Возможно и обратное: операторы цифровых платформ могут получить постановления о замораживании операций в отношении всех цифровых активов известного пользователя; при этом сами активы такого пользователя могут быть неизвестны.

201. В тех случаях, когда торговля цифровыми активами осуществляется с использованием TPP и аналогичных технологий, программное обеспечение для анализа данных и криминалистический анализ позволяют отслеживать цифровые активы, даже если задействованы услуги по смешиванию и перемешиванию. Это связано с тем, что TPP и аналогичные технологии создают постоянную и общедоступную запись операций и представляют собой системы, использующие псевдонимы. Иными словами, цифровые активы и операции с ними, которые видны любому участнику сети, могут быть привязаны к открытому ключу, который выполняет функцию псевдонима конкретного участника сети и, таким

образом, виден всем. Хотя соответствующий закрытый ключ известен (или должен быть известен) только соответствующему участнику сети, путем сравнения открытого ключа с известными учетными записями, адресами электронной почты или другими идентифицирующими признаками можно привязать определенные токены и операции к конкретной учетной записи или адресу электронной почты. Таким образом, программное обеспечение для анализа данных и криминалистический анализ позволяют раскрывать историю операций любой конкретной платформы блокчейна, сервера, оператора цифрового рынка или поставщика услуг электронного кошелька, увязывать цифровые кошельки с реальными личными данными их владельцев, отслеживать операции по платежам в цифровые кошельки и из них и доказывать наличие цифрового актива, принадлежащего имущественной массе.

202. Если TPP или аналогичные технологии не используются, могут потребоваться прямые постановления о раскрытии информации и другие постановления в отношении соответствующего субъекта. Многие операторы цифровых активов приняли строгие правила ЗСК, что облегчает идентификацию владельца конкретной учетной записи. Поэтому операторы цифровых платформ, на которые распространяются эти правила и аналогичные положения, могут идентифицировать своих клиентов и выполнять обязательства по раскрытию информации и другие связанные с ОВА обязательства, постановления и запросы, исходящие от суда или управляющего в деле о несостоятельности. Например, если украденные цифровые активы, принадлежащие имущественной массе, были отслежены до учетной записи, которая остается на платформе, оператору платформы может быть предписано заблокировать или отключить эту учетную запись, чтобы предотвратить распыление ее стоимости, перевыпустить учетную запись для управляющего в деле о несостоятельности или раскрыть личность владельца учетной записи для осуществления дальнейших действий в интересах имущественной массы (например, действий по расторжению сделок). В таком случае местонахождение поставщика цифровых активов может быть важным фактором при определении того, где ходатайствовать о принятии временных мер или подавать иск. Если конечные владельцы учетных записей будут определены, против них могут быть предъявлены иски о расторжении сделок для возвращения цифровых активов или возмещения стоимости операций. В таких случаях важным фактором при определении места подачи иска может быть местонахождение этих лиц.

203. Вместе с тем такие постановления и меры, вероятно, дадут результат, если они будут адресованы зарегистрированным предприятиям, занимающимся цифровыми активами, деятельность которых подлежит регулированию и надзору. Во многих юрисдикционных системах предприятия, хранители или биржи цифровых активов не зарегистрированы и не подпадают под действие каких-либо стандартов работы цифровых платформ. Кроме того, как отмечалось выше, постоянно предпринимаются попытки совершать операции с цифровыми активами максимально анонимно, и замаскировать происхождение и конечный пункт назначения активов. Частные кошельки (т. е. находящиеся непосредственно у человека без участия какого-либо хранителя) и холодные кошельки (т. е. физические устройства, не подключенные к сети) создают дополнительные проблемы для ОВА. Законодательство и судебная практика не предлагают также вариантов действий в отношении разработчиков цифровых активов, ИИ и других решений.

204. Особые проблемы для ОВА в контексте цифровых активов возникают не только из-за псевдонимных, а иногда и близких к анонимным систем, но и из-за скорости, с которой можно торговать цифровыми активами без учета национальных границ и без привязки к национальным валютам, эмитируемым государствами, или к физическим активам. Вовлеченность различных юрисдикционных систем может привести не только к обычным проблемам, которые связаны с вопросами юрисдикции и применимого права, борьбы за активы и создания «кольцевого ограждения» для защиты местных кредиторов и возникновения которых

тексты ЮНСИТРАЛ о несостоятельности призваны избегать, но и к коллизии режимов регулирования, что, в отсутствие координации, может привести к двойному учету и наложению чрезмерных штрафов на имущественную массу регулирующими органами из разных юрисдикционных систем. Кроме того, масштабы и последствия несостоятельности, связанные с цифровыми активами, и роль кредиторов в надзоре за ОВА и другими действиями в рамках производства по делу о несостоятельности могут быть непредсказуемыми, поскольку кредиторы могут предпочесть оставаться анонимными и не участвовать в разбирательстве на законных или незаконных основаниях. Все это делает производство по делу о несостоятельности, связанное с цифровыми активами, заведомо сложным, требующим быстрых, эффективных и творческих решений, а также тесной координации и взаимодействия всех вовлеченных юрисдикционных систем на разных этапах производства.

205. Иного рода проблемы возникают из-за гораздо более высокой волатильности некоторых видов цифровых активов (например, криптовалют) и неопределенной стоимости других видов цифровых активов (например, данных). Это делает анализ затрат и выгод для оценки желательности ОВА в отношении цифровых активов особенно сложным. Для оценки стоимости активов может потребоваться сочетание различных методов оценки и привлечение услуг специалистов.

[*Будет дополнено в зависимости от видов цифровых активов, которые будут рассмотрены в этом разделе. Хотя квалификация цифрового актива зависит от конкретной ситуации, и один и тот же цифровой актив может выполнять несколько функций (гибридные активы) или изменять свои характеристики в цепочке операций или сделок, цифровые активы, которые явно используются для инвестиций или финансирования, возможно, потребуется исключить, поскольку они могут регулироваться законами и нормативными актами, касающимися финансовых услуг, ценных бумаг и других финансовых инструментов. Особенности отслеживания и возвращения таких активов могут быть должным образом и в достаточной мере рассмотрены в предшествующих главах, посвященных, например, опосредованно удерживаемым ценным бумагам*.]

B. Данные как доказательство

206. [*Будет дополнено: вопросы допустимости данных в качестве доказательства; хранение данных в качестве доказательств; меры по устранению или снижению рисков манипулирования данными*.]

C. Данные как источник информации

207. [*Будет дополнено: вопросы ИИ и ИВ*.]

D. Данные как средство передачи информации (вручение уведомлений и т. п.)

208. [*Будет дополнено: использование электронной почты, NFT aidrop, Twitter и других учетных записей в социальных сетях для доставки уведомлений и заказов, включая обслуживание за пределами юрисдикционной системы*.]

E. Аспекты профилактики

209. [*Будет дополнено: аспекты противодействия киберпреступности и обеспечения кибербезопасности; сегрегация, капитал и другие требования; а также системы предупреждения и оповещения*.]