

Научное издание

Сахалинский государственный университет

Алексей Викторович БАКУНОВ

Внешнее управление как процедура банкротства

Монография

Корректор Рязанова М. Г.

Верстка Надточий О. А.

А. В. Бакунов

**ВНЕШНЕЕ УПРАВЛЕНИЕ
КАК ПРОЦЕДУРА БАНКРОТСТВА**

Монография



Подписано в печать 25.12.2009. Бумага «SvetoCopy».
Гарнитура «Times New Roman PS MT». Формат 60x84^{1/16}.
Тираж 500 экз. Объем 10,25 усл. п. л. Заказ № 1000-9

Издательство Сахалинского государственного университета.
693008, Южно-Сахалинск, ул. Ленина, 290, каб. 32.
Тел. (4242) 42-16-06, тел./факс (4242) 50-07-97.
E-mail: polygraph@sakhgu.ru

Южно-Сахалинск
2009

УДК 65.291.931
ББК 347.7
Б 19

*Серия «Монографии ученых
Сахалинского государственного университета»*

Основана в 2003 году

Б 19 Бакунов, А. В. Внешнее управление как процедура банкротства: монография / А. В. Бакунов. – Южно-Сахалинск: СахГУ, 2009. – 164 с.

ISBN 978-5-88811-254-0

В монографии речь идет о наиболее важных проблемах в сфере правового регулирования внешнего управления как процедуры несостоятельности (банкротства). Автор приходит к выводу о необходимости сохранения и совершенствования этой процедуры в рамках института несостоятельности (банкротства), а также ставит себе цель разработать рекомендации законодателю по совершенствованию процедуры внешнего управления.

Рецензент: Медведев С. Н., зав. кафедрой гражданского права и процесса Ставропольского государственного университета, профессор, доктор юридических наук



© Бакунов А. В., 2009
© Сахалинский государственный
университет, 2009

Постановление ФАС Поволжского округа от 17 августа 2004 г. № А55-17251/03 -33.

Постановление ФАС Поволжского округа от 25 мая 2004 г. № А72-5951/03-К419.

Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 июня 2002 г. № А74-59/02-К1-Ф02-1555/02-С2.

Постановление ФАС Северо-Западного округа от 9 апреля 2001 г. № 2095.

Постановление ФАС Центрального округа от 14 октября 2004 г. № А14-4051-04/126/22.

141. Химичев, В. А. Защита прав кредиторов при банкротстве / В. А. Химичев. – М.: изд-во Волтерс-Клувер, 2005.
142. Хозяйственное право / Отв. ред. В. К. Мамутов. – Киев, 2002.
143. Хоуман, М. Роль режима несостоятельности в рыночной экономике / М. Хоуман // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001.
144. Хохлов, Д. В. Защита предпринимателей при рассмотрении в суде дел о несостоятельности (банкротстве) / Д. В. Хохлов, О. Б. Скворцов, А. Ю. Бушев. – М., 2002.
145. Цитович, П. П. Очерк основных понятий торгового права / П. П. Цитович. – М., 2001.
146. Шамшури, Л. Л. Наблюдение как процедура банкротства / Л. Л. Шамшури // Арбитражная практика. – 2004. – № 9.
147. Шершеневич, Г. Ф. Учение о несостоятельности / Г. Ф. Шершеневич. – Казань, 1890.
148. Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – СПб., 1908.
149. Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Статут, 2000. (Классика российской цивилистики).
150. Шипицина, О. В. Государственное регулирование внешнего управления как процедуры банкротства / О. В. Шипицина // Юрист. – 2000. – № 11.
151. Яковлев, В. Влияние арбитражной практики на совершенствование законодательства / В. Яковлев // Российская юстиция. – 1999. – № 6.
152. Ярков, В. Обращение взыскания на имущество должника / В. Ярков // Хозяйство и право. – 1998. – № 6.

Данные аналитического учета Арбитражного суда Орловской области за период с 1995 года по октябрь 2004 года // Архив Арбитражного суда Орловской области.

Дело № А48-1028/04-176 // Архив Арбитражного суда Орловской области.

Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 7 июля 2003 г. № Ф08-2320/2003 // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2003. – № 5.

Постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 23.11.01 № КГ-А 40/6775-01 и от 29.12.01 № КГ-А 40/7678-01.

Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 06.11.01 № КГ-А 40/6337-01.

Постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 26.03.03 по делу № КГ-А 41/1003-03, от 31.07.01 по делу № КГ-А 40/3891-01.

Постановление ФАС Московского округа от 19 августа 2004 г. № КГ-А 40/6868-04.

СОДЕРЖАНИЕ

Глава 1. Введение внешнего управления

- § 1. Цели внешнего управления и интересы его участников. 4
- § 2. Основания введения и срок действия внешнего управления . . . 29
- § 3. Управление предприятием-должником.
Правовое положение внешнего управляющего. 50
- § 4. План внешнего управления 74

Глава 2. Правовые последствия введения внешнего управления

- § 1. Мораторий на удовлетворение требований кредиторов 88
- § 2. Продажа предприятия. 104
- § 3. Признание сделок недействительными
в ходе внешнего управления 121
- § 4. Отказ от исполнения сделок должника. 142

Список литературы 153

ГЛАВА 1. ВВЕДЕНИЕ ВНЕШНЕГО УПРАВЛЕНИЯ

§ 1. Цели внешнего управления и интересы его участников

Как представляется, основная проблема, влекущая неэффективность внешнего управления, – это несовпадение интересов участников процедуры, прежде всего кредиторов, с той целью, которую ставит законодатель. Такие интересы необходимо либо нейтрализовать, либо направить в нужное русло, т. е. привести в соответствие с указанными целями.

Прежде чем говорить о целях и задачах внешнего управления, необходимо определиться с целями и задачами банкротства вообще и с тем, насколько эти цели достижимы при нынешнем состоянии законодательства.

Вопрос о целях банкротства и о путях их достижения не праздный, о чем свидетельствует опыт, в том числе и в первую очередь это относится к нашему российскому законодательству.

Анализируя действующее ранее законодательство о банкротстве (Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 8 января 1998 года № 6-ФЗ (далее – Закон о банкротстве 1998 г.), большинство ученых «сходились во мнении, что действующая национальная система банкротства нуждается в серьезном усовершенствовании, поскольку не отвечает целям и задачам, которые ставятся перед законодательством о банкротстве в цивилизованных государствах. В частности, это было отмечено профессором, доктором юридических наук, заместителем председателя Высшего арбитражного суда РФ В. В. Витрянским. По его мнению, «многие из участников правоотношений, связанных с банкротством должников, рассматривая институт несостоятельности исключительно в качестве средства передела собственности, оказываются вовсе не заинтересованными в эффективном использовании Закона о банкротстве согласно его прямому предназначению»¹.

В первую очередь это касалось внешнего управления, относительно которого, например, бывший руководитель ФСФО Г. Таль отмечал, что «это абсолютно легальный и безвозмездный способ получения в свои руки чужих материальных и финансовых ресурсов. Пока этот способ будет существовать в законодательстве, в России процедура банкротства

ятельности (банкротства) / М. В. Телюкина. – М.: Дело, 2002.

125. Телюкина, М. В. Собрание кредиторов несостоятельного должника как субъект конкурсного права / М. В. Телюкина // Адвокат. – 2003. – № 2.

126. Телюкина, М. В. Основы конкурсного права / М. В. Телюкина. – М., 2004.

127. Терушкин, В. С. Участники и интересанты процессов банкротства / В. С. Терушкин // Комментарий к Закону «О несостоятельности (банкротстве)». – СПб., 1998.

128. Тосунян, Г. А. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» / Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин. – М., 1999.

129. Тур, Н. А. Объяснительная записка к проекту Устава о несостоятельности / Н. А. Тур. – М., 1889.

130. Туткевич, Д. В. О праве объявления судом торговой несостоятельности ex officio / Д. В. Туткевич // Журнал Министерства юстиции. – 1896. – № 5.

131. Удинцев, В. Оставление залога в пользовании должника / В. Удинцев // Вестник финансов, промышленности и торговли. – 1913. – № 14.

132. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: Комментарий / Под общ. ред. В. В. Витрянского. – М., 1998.

133. Федоренко, Н. В. Правовой статус и роль некоторых субъектов процедуры банкротства в свете Федерального закона 2002 года «О несостоятельности (банкротстве)» / Н. В. Федоренко, П. Н. Пархоменко // Вестник ВАС РФ. – 2005. – № 5.

134. Федоров, С. И. Некоторые особенности рассмотрения арбитражными судами дел о несостоятельности (банкротстве): дис. ... канд. юрид. наук / С. И. Федоров. – М., 2001.

135. Химичев, В. А. Банкротство: прекращение договорных обязательств / В. А. Химичев // Арбитражная практика. – 2002. – № 12.

136. Химичев, В. А. Теоретические и практические аспекты установления требований кредиторов при банкротстве / В. А. Химичев // Банкротство: законодательство и практика. Учебно-методические материалы консультационного семинара. – Орел, 2003.

137. Химичев, В. А. Судейское усмотрение в делах о банкротстве / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. 2004. – № 1.

138. Химичев, В. Текущие обязательства при банкротстве / В. Химичев // Хозяйство и право. – 2004. – № 4.

139. Химичев, В. А. Специальные условия недействительности сделок при банкротстве / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 7.

140. Химичев, В. А. Перспективные направления совершенствования правового регулирования в сфере несостоятельности (банкротства) / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. – 2005. – № 6.

¹ Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве / В. В. Витрянский // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 2001. – № 3. – С. 12.

109. Решения Гражданского Кассационного Департамента Правительствующего Сената. – 1884. – № 62.
110. Римское частное право: учебник / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Петерского. – М., 1994.
111. Робертсон, А. О несостоятельности в Великобритании: Материалы семинара судей арбитражных судов Российской Федерации по теме «Рассмотрение дел по спорам, связанным с несостоятельностью (банкротством)». – Москва, Российская академия государственной службы при Президенте РФ, 15–18 апреля 2003 года.
112. Розенберг, М. Г. Правовая природа процентов годовых по денежным обязательствам (практические и теоретические аспекты применения новых положений ГК РФ) / М. Г. Розенберг // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. – М., 1998.
113. Романов, О. Е. Теоретические и практические аспекты определения состава предприятия как имущественного комплекса. Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей. – Вып. 6 / О. Е. Романов; под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: издательство НОРМА, 2003.
114. Рухтин, С. Правоспособность несостоятельного юридического лица / С. Рухтин // Российская юстиция. – 2001. – № 7. – С. 26.
115. Садовский, В. Договор комиссии и несостоятельность участвующих в нем лиц / В. Садовский // Журнал гражданского и уголовного права. – 1890. – № 5.
116. Сайковский, В. Законодательное обеспечение процессов несостоятельности в Швеции / В. Сайковский // Вестник ФСФО России. – 2000. – № 7.
117. Свит, Ю. П. Восстановительные процедуры – способ предотвращения банкротства / Ю. П. Свит // Российская юстиция. – 1998. – № 3.
118. Сравнительный анализ регулирования вопросов признания сделок недействительными в законах о банкротстве нескольких стран ЕС, включая Францию, Соединенное Королевство, Германию и Нидерланды // Проект Тасис «Эффективность процедур банкротства (Банкротство-II)».
119. Степанов, В. В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. / В. В. Степанов. – М., 1999.
120. Степанов, С. А. Имущественные комплексы в российском гражданском праве / С. А. Степанов. – М.: Норма, 2002.
121. Суханов, Е. А. Договор доверительного управления имуществом / Е. А. Суханов // Вестник ВАС РФ. – 2000. – № 1.
122. Телюкина, М. В. Комментарий к ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» / М. В. Телюкина. – М.: БЕК, 1998.
123. Телюкина, М. В. Порядок действий сторон по окончании внешнего управления / М. В. Телюкина // Законодательство. – 2001. – № 4.
124. Телюкина, М. В. Конкурсное право: теория и практика несосто-

будет использоваться не для истинных целей финансового оздоровления или ликвидации неплатежеспособных хозяйствующих субъектов, а для передела собственности»².

Среди причин такого состояния дел, наряду с недостатками правового регулирования, выделялась, в частности, неготовность судебной системы «к возрастанию собственной роли. Это привело к тому, что суды в большинстве случаев отказывались каким-либо образом реагировать на недобросовестные действия участников дела о банкротстве, по существу, возложив свои самые важные функции на собрание кредиторов. В случаях, когда решения собрания кредиторов определяет преобладающий кредитор или группа кредиторов, действующая недобросовестно, это приводит к полному устранению судебного надзора в процедурах банкротства»³.

К вопросу о роли суда при проведении внешнего управления мы еще будем возвращаться неоднократно, в целом же следует отметить, что недостатки в правовом регулировании в конечном итоге привели к развитию целой системы так называемых «заказных банкротств», преследующих цели, не являющиеся законными с точки зрения Закона о банкротстве. Такие банкротства по их целям пытались классифицировать различные авторы. Например, Л. Гудцына подразделяет их на следующие группы:

«1) кредитор или группа кредиторов проводят процедуру банкротства с целью передачи всего бизнеса должника или его части определенному лицу;

2) кредитор или группа кредиторов проводят процедуру банкротства с целью снижения активов организации, которую они или связанные с ними лица намерены приобрести;

3) должник через одного из кредиторов или группу кредиторов проводит процедуру банкротства с целью добиться отсрочек, рассрочек и иных преимуществ в платежах перед кредиторами или «увести» имущество в другое, «чистое» юридическое лицо»⁴.

С. Дедиков также пытается классифицировать случаи, когда банкротство используется разными лицами в целях, далеких от тех задач, решить которые призван институт банкротства. По его мнению, «стержнем процедуры несостоятельности в большинстве случаев является, безусловно, столкновение интересов основных участников или акционеров должника (то есть тех, кто до начала процедуры банкротства

² Гудцына, Л. Новый Закон «О несостоятельности (банкротстве)» / Л. Гудцына // Адвокат. – 2003. – № 1. – С. 21.

³ Гудцына, Л. Указ. соч. / Л. Гудцына. – С. 22.

⁴ Там же. С. 23.

реально мог определять стратегию деятельности должника и через его исполнительные органы фактически распоряжался его имуществом) и кредиторов. Суть этого противоречия настолько очевидна, что, на мой взгляд, не требует каких-либо дополнительных пояснений. Но степень интенсивности и остроты указанного конфликта в значительной мере зависит от величины оставшихся у должника активов, размера долга как перед отдельными кредиторами, так и в целом, степени криминализации субъектов процедуры банкротства, связей с властью и т. д.

Когда среди крупных кредиторов имеются структуры, принадлежащие преступным сообществам либо пользующиеся покровительством высоких чиновников или правоохранительных органов, то они, как правило, пытаются самым активным образом влиять на ход и результаты процесса банкротства, зачастую вразрез с законом.

Нельзя сбрасывать со счета даже характер личных отношений участников института несостоятельности. Во всяком случае, не раз приходилось наблюдать, как должник всеми силами сам или с помощью арбитражного управляющего, а также других кредиторов противодействовал кредиторам, с которыми его основные учредители (акционеры, участники) – физические лица, собственники или менеджеры учредителей или вышние менеджеры самого должника находятся в неприязненных отношениях.

Наибольший накал страстей имеет место при использовании института банкротства как механизма передела собственности»⁵.

Объективности ради следует отметить, что должник не всегда является жертвой. Иногда «за фасадом принудительного банкротства скрывается фактически процесс самоликвидации должника, когда его банкротят доверительные кредиторы. Делается это, как правило, в тех случаях, когда должник намерен перехватить инициативу у настоящих кредиторов и сам направлять процедуру несостоятельности, в частности, провести на должность арбитражного управляющего своего человека, который должен прикрывать совершенные ранее сомнительные сделки по отчуждению имущества должника или закрывать глаза на явно уголовно наказуемые деяния менеджеров должника в прошлом»⁶.

С. Дедиков отмечает: «Для подлинных кредиторов это, пожалуй, наиболее сложная ситуация, когда помимо традиционных конфликтов интересов все время приходится делать поправки на специфические интересы доверительных кредиторов и арбитражных управляющих. Именно при такой конфигурации интересов участников процедуры

⁵ Дедиков, С. Конфликты интересов сложны, но разрешимы / С. Дедиков // Бизнес-адвокат. – 2000. – № 3. – С. 2.

⁶ Там же. С. 2.

93. Перегудов, И. В. Саморегулируемые организации арбитражных управляющих / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай // Вестник ВАС РФ. – 2003. – № 8.

94. Победоносцев, К. П. Курс гражданского права. 3 тома / К. П. Победоносцев. – С.-Петербург: Синодальная типография, 1896.

95. Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М., 1998.

96. Пономарев, И. Закон нуждается в усовершенствовании / И. Пономарев // Финансовая Россия. – 1999. – № 170.

97. Полуэктов, М. Отказ от исполнения договоров как способ защиты интересов должника и кредиторов в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) / М. Полуэктов // Юрист. – 2000. – № 1.

98. Попов, А. В. Общие положения о несостоятельности в свете нового Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / А. В. Попов // Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. – 2003. – № 1–2.

99. Попондопуло, В. Ф. Конкурсное право (правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей) / В. Ф. Попондопуло. – СПб., 1995.

100. Попондопуло, В. Ф. Конкурсное право: Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учеб. пособие / В. Ф. Попондопуло. – М.: Юрист, 2001.

101. Попондопуло, В. Ф. Закон о банкротстве: некоторые вопросы применения / В. Ф. Попондопуло // Ленинградский юридический журнал. – 2004. – № 1.

102. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. – М.: Статут, 2000.

103. Потапов, А. Как ликвидируются предприятия в Германии / А. Потапов // Проблемы теории и практики управления. – 1994. – № 2.

104. Прудникова, Т. П. План внешнего управления / Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. – 1999. – № 7.

105. Прудникова, Т. П. Внешнее управление: финансово-экономические аспекты / Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. Спец. прил., 2001. – № 3.

106. Пустовалова, Е. Ю. Практические аспекты классификации требований кредиторов. Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Е. Ю. Пустовалова; под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: Издательство НОРМА, 2003.

107. Ращевский, Е. Мораторий на удовлетворение требований кредиторов / Е. Ращевский // Хозяйство и право. – 2001. – № 11.

108. Ращевский, Е. С. Правовой режим денежных обязательств в процедуре внешнего управления. Актуальные проблемы гражданского права: Сборник статей. Вып. 6 / Е. С. Ращевский; под ред. О. Ю. Шилохвоста. – М.: издательство НОРМА, 2003.

должников / А. А. Маттель // Журнал Гражданского и Уголовного права. – 1888. – № 3.

78. Мейер, Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.) / Д. И. Мейер. – М., 2003.

79. Монатери, П. Дж. Итальянский закон о банкротстве / П. Дж. Монатери // Семинар судей арбитражных судов Российской Федерации по теме «Рассмотрение дел по спорам, связанным с несостоятельностью (банкротством)», организованный ВАС РФ совместно с проектом Eucoreaид. Рабочие материалы, включающие комментарий некоторых положений Закона о несостоятельности (банкротстве) и анализ международного законодательства и опыта в сфере банкротства. – М., 2003.

80. Мухачев, И. Ю. Понятие арбитражного управления: правовой аспект / И. Ю. Мухачев // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 1.

81. Мухачев, И. Ю. Правовое регулирование деятельности арбитражного управляющего при несостоятельности (банкротстве): дис. ... канд. юрид. наук. / И. Ю. Мухачев.

82. Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. – М.: Статут, 2003.

83. Нефедьев, Е. А. Судопроизводство торговое. Конкурсный процесс / Е. А. Нефедьев. – М., 1908.

84. Никитина, О. А. Конкурсное производство / О. А. Никитина // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001.

85. Никитина, О. А. Конкурсное производство / О. А. Никитина // Арбитражная практика. – 2003. – № 7. – С. 8.

86. Новоселова, Л. А. Проценты по денежным обязательствам / Л. А. Новоселова. – М., 2000.

87. Новоселова, Л. А. Постатейный комментарий Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / Л. А. Новоселова // Вестник ВАС РФ. – 2003. – № 7.

88. Павлодский, Е. А. Саморегулируемые организации: мода или тенденции / Е. А. Павлодский // Право и экономика. – 2003. – № 3.

89. Павлодский, Е. А. Саморегулируемые арбитражные управляющие / Е. А. Павлодский // Закон. – 2003. – № 8.

90. Павлодский, Е. А. Правовое положение кредитора в деле о банкротстве / Е. А. Павлодский, О. Р. Зайцев // Журнал российского права. – 2004. – № 7.

91. Папе Г. Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству / Г. Папе; пер. с нем. – М., 2002.

92. Пахаруков, А. А. Правовое регулирование конкурсного производства юридических лиц: (Вопросы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Пахаруков. – Иркутск, 2003.

банкротства настоящим кредиторам приходится с большим трудом отстаивать признание арбитражными управляющими своих требований к должнику, то есть собственно право стать одним из участников процесса несостоятельности, а в дальнейшем довести дело до получения хотя бы какого-то имущества»⁷.

Но конфликт интересов не исчерпывается традиционным противостоянием должника и кредиторов. «Вторая линия противоречий неизменно проходит между основной массой кредиторов и арбитражным управляющим. Как уже отмечалось, довольно часто последний представляет интересы конкретных участников процедуры – должника, отдельных кредиторов, иных заинтересованных лиц.

Помимо этого арбитражный управляющий, за исключением очень редких случаев или эффективного внешнего управления, когда удается действительно поставить должника на ноги, или удачного взыскания дебиторской задолженности в больших объемах, тратит на себя и свой аппарат значительную, если не основную часть средств, оставшихся у должника, что, естественно, уменьшает шансы большинства кредиторов на получение хотя бы какого-то возмещения»⁸.

Так, например, изучение ряда дел о банкротстве по Сахалинской области показало, что внешние управляющие в некоторых случаях используют свое положение в собственных интересах, заключая сделки с подставными юридическими лицами, учредителями которых являются, например, их родственники.

Ситуация осложняется еще и тем, что об интересах кредиторов как единой группы приходится говорить с некоторой долей условности.

«Необходимо учитывать, что в соответствии с действующим законодательством (п. 2 ст. 64 ГК РФ, п. 2 ст. 114 Закона о банкротстве) требования каждой очереди подлежат удовлетворению только после полной выплаты долга кредиторам предыдущей очереди. В силу этого совершенно очевидна несовместимость интересов кредиторов последующих очередей, для покрытия требований которых денег и имущества должника уже не хватает, с интересами тех кредиторов, чьи требования могут быть удовлетворены хотя бы и частично. Эти противоречия проявляются чаще всего в следующих формах.

Кредиторы отдаленных очередей стремятся взять на себя инициативу в вопросе подачи в арбитражный суд заявления о признании должника банкротом, предложить своего арбитражного управляющего и с его помощью максимально затруднить для возможных кредиторов предыдущих очередей признание их требований к должнику.

⁷ Дедиков, С. Указ. соч. / С. Дедиков. – С. 2.

⁸ Там же. С. 3.

Кроме того, такие кредиторы довольно свободно обращаются с фактически чужими деньгами. Так, нередки случаи, когда они настаивают на проведении всякого рода дополнительных проверок наличия имущества банкрота, предъявлении в суды исков о взыскании безнадежной дебиторской задолженности и т. д., даже когда любому разумному человеку понятна бессмысленность подобных действий. При этом они в общем-то ничем не рискуют и ничего не теряют, в то же время у них есть надежда, пусть и призрачная, что конкурсная масса может быть увеличена»⁹.

Но и на этом конфликты интересов между кредиторами не исчерпываются. С. Дедиков полагает, что «помимо приведенного выше достаточно формального деления кредиторов по очередям следует выделять так называемых стратегических кредиторов – тех, кто имеет своей целью не просто возмещение долга, а захват рынков должника и его имущества для продолжения его бизнеса в своих целях, перепрофилирования производства либо просто для устранения конкурента и обладает необходимыми для этого финансовыми, властными и людскими ресурсами. Интересы стратегического кредитора абсолютно противоположны интересам должника, его учредителей (акционеров, участников) и зачастую интересам всех остальных кредиторов, так как стратегический кредитор чаще всего стремится получить максимум активов банкрота»¹⁰.

Таким образом, несколько упростив, можно выделить следующие группы интересов:

1. интересы должника (участников юридического лица), которые в идеале выражаются в том, чтобы сохранить юридическое лицо. Фактически должники могут использовать процедуру банкротства в собственных интересах (добиться отсрочек, рассрочек, увода активов, прикрытия ранее совершенных сделок и т. п.);

2. интересы кредиторов, которые в идеале выражаются в том, чтобы получить удовлетворение за счет имущества должника в возможно полном объеме. К этой цели можно идти путем немедленного распределения имеющихся в наличии средств должника либо путем предоставления ему возможности восстановить свое положение и в будущем полностью рассчитаться с кредиторами. На практике кредиторы используют процедуру банкротства в том числе с целью устранения конкурента (должника), захвата его активов и т. п. Кроме того, интересы отдельных кредиторов (их групп) обычно не совпадают с интересами других;

3. публичные интересы, которые выражаются в том, чтобы сохранить потенциально жизнеспособные предприятия и устранить те, кото-

62. Зинченко С.А., Гонча Законодательство о банкротстве в США (тезисы лекции судьи Сиднея Брукса, федеральный суд банкротства США, Денвер, штат Колорадо) // Вестник ВАС РФ. – 2005. – № 3.

63. Каминка, А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – СПб., 1911.

64. Карелина, С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) / С. А. Карелина. – СПС «Консультант плюс».

65. Карелина, С. А. Роль арбитражного суда в делах о несостоятельности (банкротстве) / С. А. Карелина // Правовые проблемы несостоятельности (банкротства): Сб. / Под ред. С. А. Карелиной. – М., 2004.

66. Кац, И. Банкротство предприятий: механизм преодоления / И. Кац // Проблемы теории и практики управления. – 2004. – № 5.

67. Козлов, А. Ф. Круг должностных лиц, осуществляющих полномочия суда первой инстанции / А. Ф. Козлов // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. – Вып. № 8. – Свердловск, 1998.

68. Колинченко, Е. А. Защита интересов неплатежеспособного должника при банкротстве / Е. А. Колинченко. – М., 2002.

69. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Под ред. О. Н. Садикова. – М.: Юр. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА. – М., 1997.

70. Комментарий к АПК РФ (постатейный) / А. А. Власов и др.; под ред. Г. А. Жилина. – М., 2004.

71. Кулагин, М. И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо / М. И. Кулагин // В кн.: Избранные труды. – М., 1997.

72. Лайтман, Г. Роль суда / Г. Лайтман // Российско-британский семинар судей, рассматривающих дела о несостоятельности (банкротстве): Прилож. к «Вестнику ВАС РФ» № 3 за 2001 год.

73. Ларин, А. Полномочия внешнего управляющего по распоряжению имуществом несостоятельного должника / А. Ларин // Хозяйство и право (Приложение). – 2007. – № 5.

74. Лебедев, В. Закон нуждается в доработке / В. Лебедев // Законность. – 1999. – № 11.

75. Лившиц, Н. Г. Разбирательство дел о банкротстве в арбитражном суде / Н. Г. Лившиц // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 2.

76. Липсиц, И. Банкротство по-русски: яд или лекарство? / И. Липсиц, Д. Никологорский, А. Нецадин, Е. Вигдорчик // Проблемы теории и практики управления. – 1995. – № 4.

77. Маттель, А. А. К вопросу о пределах власти окружных судов при назначении присяжных попечителей по делам о несостоятельности

⁹ Дедиков, С. Указ. соч. / С. Дедиков. – С. 4.

¹⁰ Там же. С. 5.

стве)» и пути выхода из кризиса: Точка зрения практика / Е. П. Гуляев // Комментарий к Закону «О несостоятельности (банкротстве)». – СПб., 1998.

47. Дедиков, С. Конфликты интересов сложны, но разрешимы / С. Дедиков // Бизнес-адвокат. – 2000. – № 3.

48. Денисов, С.А. Реабилитационные процедуры в деле о банкротстве: постатейный комментарий к главам V, VI, VIII Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / С. А. Денисов, А. В. Егоров, С. В. Сарбаш. – М., 2003.

49. Дихтяр, А. И. Недействительность сделок должника в процедурах банкротства / А. И. Дихтяр // Юрист. – 2001. – № 1.

50. Дихтяр, А. И. Банкротство: условия действительности одностороннего отказа арбитражного управляющего от исполнения договоров должника / А. И. Дихтяр // Арбитражный и гражданский процесс. – 2001. – № 3.

51. Додонов, В. Н. Словарь гражданского права / В. Н. Додонов, Е. В. Каминская, О. Г. Румянцев; под общей ред. д. ю. н. В. В. Залесского. – М.: ИНФРА, 1997.

52. Долинская, В. В. Новый этап развития законодательства о несостоятельности (банкротстве) / В. В. Долинская // Закон. – 2003. – № 8.

53. Дубиничин, А. А. Недействительность сделок должника при банкротстве / А. А. Дубиничин // Хозяйство и право. – 1999. – № 5.

54. Егоров, А. В. Проблема отсутствия у несостоятельного должника средств на покрытие расходов по делу о банкротстве / А. В. Егоров // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 12.

55. Егоров, Д. В. О некоторых вопросах, связанных с продажей предприятия должника в процедуре банкротства / Д. В. Егоров // Юрист. – 2007. – № 11.

56. Ем, В. С. Договор продажи предприятия как форма отчуждения и приобретения бизнеса / В. С. Ем // Законодательство. – 1999. – № 11.

57. Ерофеев, А. Критерии банкротства: мораторий и другие последствия начала процедур / А. Ерофеев // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001. – С. 59.

58. Жаботинский, М. В. Саморегулируемые организации арбитражных управляющих / М. В. Жаботинский // Юрист. – 2007. – № 5.

59. Жилинский, С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник для вузов / С. Э. Жилинский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2004.

60. Закон «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»: Комментарий / Под ред. В. В. Витрянского. – М.: Юридическая литература, 1994.

61. Законодательство о банкротстве в США (тезисы лекции судьи Сиднея Брукса, федеральный суд банкротства США, Денвер, штат Колорадо) // Вестник ВАС РФ. – 1993. – № 8.

рые работают неэффективно и являются балластом. Эти интересы (но не исключительно) призваны выражать арбитражные управляющие и суд. На практике арбитражный управляющий может подпадать под влияние кредиторов (их отдельных групп) либо преследовать личные интересы. Возможность влияния должника или кредиторов на суд в данном случае не рассматривается ввиду того, что такое влияние является предметом работ иного рода (из области уголовного права). Кроме того, как показывает практика, именно арбитражный управляющий находится в большей опасности и чаще всего становится объектом такого влияния.

Мы отметили интересы участников банкротства, разделив их на идеальные, то есть те, которые признаются законодателем, и фактические, имея в виду прежде всего отклонения от желательной нормы. Представляется, что признаваемые законом интересы и должны в первую очередь определять то, чего законодатель хочет добиться с помощью института банкротства вообще и его отдельных процедур в частности.

Следует отметить, что в юридической литературе по поводу целей банкротства существуют различные точки зрения. Например, С. Рухтин отмечает, что, «несмотря на незначительный по историческим меркам развития права период, законодательство о банкротстве стало заметной частью правовой системы, оказывая существенное влияние практически на все общественные отношения. Такое влияние оно приобрело благодаря задачам, стоящим перед ним, которые условно можно разделить на три основных направления: защита кредиторов при неплатежеспособности должника; развитие инвестиционных отношений с целью улучшения финансирования предприятий, их структурной перестройки, внедрения новых технологий, создания объективных условий для развития и предотвращения неплатежеспособности; осуществление публичного контроля для защиты финансовых вложений и обеспечения национальной безопасности (например, экологической, военной).

Перечисленные задачи можно назвать задачами правового обеспечения, определяющими концептуальный и методологический подход к регулированию отношений банкротства. Характерной его чертой является то, что возникающие правоотношения рассматриваются как результат повышенного интереса публичной власти к должнику или, если быть точнее, к его имуществу, что влечет появление новых имущественных отношений в рамках банкротства и новых субъективных прав участников этих отношений»¹¹. В целом перечисленные задачи согласуются с теми группами интересов, которые мы выделили ранее, однако вызывают возражения те выводы, которые делает С. Рухтин далее.

¹¹ Рухтин, С. Правоспособность несостоятельного юридического лица / С. Рухтин // Российская юстиция. – 2001. – № 7. – С. 18.

В частности, он утверждает, что «противопоставление прав кредиторов и должника само по себе лишено смысла, так как при банкротстве происходит вмешательство государства в имущественные отношения должника с кредиторами не в целях защиты одного перед другим, а в целях изменения экономического состояния имущества должника. Для этого государство, с одной стороны, одновременно игнорирует право собственности должника и права требования кредиторов, переводя их в иной режим имущественных отношений, а с другой – вводит новые правила, изменяя статус должника и кредиторов.

Так, в Федеральном законе от 8 января 1998 г. есть специальные нормы, определяющие такие права, которые существуют только в рамках банкротства и качественно изменяют положение его участников по сравнению с тем, как оно было определено в обязательстве. Например, кредиторы наделяются правом участвовать в управлении делами должника, а по сути – в управлении имуществом должника, что выражается в праве избирать арбитражного управляющего, другие органы управления, определять вид процедуры банкротства, утверждать план внешнего управления и отчет о его исполнении, выполнять контрольные функции. Перечисленные права являются нематериальными, аналогичными тем, которые имеют участники хозяйственных обществ, с одним характерным отличием: действия участников хозяйственных обществ направлены на формирование правовой воли обществ как субъектов права, действия же кредиторов несостоятельного должника на собрании кредиторов направлены на то, чтобы помимо воли самого субъекта права (должника) определить поведение другого субъекта (арбитражного управляющего) по распоряжению имуществом первого.

Появление соответствующих прав у кредиторов должника связано с изменением правового статуса самого должника. Поэтому закрепление за ними прав по участию в управлении имуществом должника через воздействие на волю арбитражного управляющего является не чем иным, как правом на определение статуса арбитражного управляющего в конкретных правоотношениях. В этом смысле содержание объекта правоотношений банкротств следует определять исходя из содержания субъективных прав кредиторов, правового статуса арбитражного управляющего, который здесь выступает в роли должника, что позволяет утверждать о наличии особых субъективных качеств арбитражного управляющего. Ведь он сам не является участником обязательственных отношений, а его поведение определяется специальными нормами законодательства о банкротстве¹².

Со многим из сказанного нельзя согласиться, в частности с тем, что

¹² Рухтин, С. Указ. соч. / С. Рухтин. – С. 19.

(банкротстве): Приложение к Вестнику ВАС РФ № 3 за 2001 год.

29. Витрянский, В. В. Новое в правовом регулировании несостоятельности (банкротства) / В. В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2003. – № 1.

30. Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе / В. В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2003. – № 6.

31. Власов, В. И. Ускоренное банкротство и занятость населения / В. И. Власов // Юридический мир, 1999. – № 9.

32. Вольф, В. Ю. Основы хозяйственного права / В. Ю. Вольф – М., 1928.

33. Гаджиев, Г. Рыночная экономика в решениях Конституционного Суда РФ / Г. Гаджиев // Российская юстиция. – 2001. – № 10.

34. Гальперин, С. И. Права и обязанности присяжного попечителя по делу торговой несостоятельности / С. И. Гальперин // Журнал Гражданского и Уголовного права. – 1892. – Кн. VI.

35. Гамбаров, Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров; под ред. В. А. Томсинова. – М., 2003.

36. Гершанок, Л. Увольнение и перевод работников при процедурах несостоятельности / Л. Гершанок // Законность. – 2001. – № 7.

37. Гессен, Я. М. Устав торговый с разъяснениями / Я. М. Гессен. – СПб., 1910.

38. Голубев, В. В. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». Глава 5. Процедура внешнего управления (окончание) / В. В. Голубев, Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 8.

39. Голубев, В. В. Арбитражные управляющие: квалификационные требования, этика, ответственность / В. В. Голубев // Прил. к «Вестнику ВАС РФ» № 3 за 2001 год.

40. Гольмстен, А. Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса / А. Х. Гольмстен. – СПб., 1883.

41. Гольмстен, А. Х. Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе / А. Х. Гольмстен. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1893.

42. Гольмстен, А. Х. Очерки по русскому торговому праву / А. Х. Гольмстен. – СПб., 1895.

43. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильев. – М., 1993.

44. Грибанов, А. Понятие предприятия в российском гражданском праве / А. Грибанов // Хозяйство и право. – 2003. – № 5.

45. Гудцына, Л. Новый Закон «О несостоятельности (банкротстве)» / Л. Гудцына // Адвокат. – 2003. – № 1.

46. Гуляев, Е. П. Федеральный закон «О несостоятельности (банкрот-

чении присяжных попечителей по делам несостоятельных должников / А. Э. Бардзский // Журнал Гражданского и Уголовного права. – 1886. – № 10.

13. Баренбойм, П. Статус арбитражного управляющего / П. Баренбойм, А. Копман // Российская юстиция. – 1999. – № 12.

14. Белых, В.С. Правовые основы несостоятельности (банкротства) / В. С. Белых, А. А. Дубинчин, М. Л. Скуратовский. – М., 2001.

15. Большова, А. К. Специализированные банкротные суды: быть или не быть? / А. К. Большова // Экономика и жизнь (Юрист). – 2000. – № 9.

16. Борисенкова, Т. В. Актуальные проблемы согласования частных и публичных интересов при отказе от исполнения сделок должника в процедурах банкротства / Т. В. Борисенкова // Гражданское право. – 2006. – № 3.

17. Борисенкова, Т. В. Три российских закона о банкротстве: баланс частных и публичных интересов / Т. В. Борисенкова // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 9.

18. Брагинский, М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 1997.

19. Брагинский, М. И. Договорное право. – Кн. 1: Общие положения. 2-е изд. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М., 2000.

20. Брежо, М. Социальный интерес государства при банкротстве и его защита / М. Брежо // Хозяйство и право. – 2006. – № 4.

21. Бузанов В. Право на форму как объект гражданского оборота / В. Бузанов // Хозяйство и право. – 2002. – № 8.

22. Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 11.

23. Васильев, Е.А. Правовое регулирование конкурсного производства в капиталистических странах / Е. А. Васильев. – М., 1989.

24. Васильев, А.Б. Собрание кредиторов, его организация, условия проведения и компетенция / А. Б. Васильев // Комментарии к Закону «О несостоятельности (банкротстве)». – СПб., 1998.

25. Вахитов, Р.С. Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации / Р. С. Вахитов, Е. В. Севастьянова // Арбитражная практика. – 2002. – № 6.

26. Весенева, Н. О некоторых вопросах применения законодательства арбитражными судами / Н. Весенева // Экономика и жизнь, 1997. – № 11.

27. Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве / В. В. Витрянский // Вестник Высшего арбитражного суда РФ. – 2001. – № 3.

28. Витрянский, В. В. Неправомерные действия должника, кредиторов и арбитражных управляющих / В. В. Витрянский // Российско-британский семинар судей, рассматривающих дела о несостоятельности

кредиторы «определяют статус арбитражного управляющего», что арбитражный управляющий «выступает в роли должника». Вопрос о статусе внешнего управляющего мы еще рассмотрим в дальнейшем, здесь же следует отметить, что, по нашему мнению, никакого «устранения» должника (и, соответственно, игнорирования его интересов) при банкротстве быть не должно. Поэтому представляется неверным мнение о том, что «при банкротстве на первый план выходит не защита правового состояния должника, а забота о его имуществе. Общество через публичную власть, с одной стороны, игнорирует как интересы должника, так и его самого, признавая его «плохим хозяином», а с другой – передает имущество должника другому субъекту, создаваемому в публичном порядке, для принятия особых мер»¹³.

Несогласие с этим выводом не может поколебать в том числе и правовая оценка Конституционного суда РФ, данная в постановлении от 6.06.2000 г. № 9-П, согласно которой внешнее управление является вмешательством государства в гражданско-правовые отношения, осуществляемым в целях защиты прав и законных интересов других лиц (кредиторов). Безусловно, отчасти это верно. Однако, как представляется, игнорирование интересов должника при внешнем управлении и перенос акцентов на интересы кредиторов уже дали отрицательные результаты. Если такое положение останется неизменным, то внешнее управление окончательно превратится из оздоровительной процедуры, дающей шанс потенциально жизнеспособному предприятию, в законный способ «передела собственности» и борьбы с конкурентами.

Если обратиться к зарубежному опыту, то мы обнаружим, что и там нет единства по поводу целей банкротства и того, чьим интересам следует оказывать в этом случае предпочтение.

«В зарубежной литературе многие авторы указывают в качестве цели банкротства предоставление должнику возможности «нового старта» («fresh start»)¹⁴. Однако указанная цель приобретает основное значение при несостоятельности (банкротстве) физических лиц, так как при банкротстве юридического лица оно ликвидируется и «по-новому стартовать» уже некому»¹⁵. В разных странах законодательство по-разному трактует цели банкротства, выделяя среди них: «сохранение бизнеса у должника (Франция, США); сохранение бизнеса вне зависимо-

¹³ Рухтин, С. Указ. соч. / С. Рухтин. – С. 19.

¹⁴ См.: Cristal M., Phillips M., Pavis C. Insolvency law handbook. Fifth edition. Butterworths. London, Edinburgh, Dublin, 1999. P. 20–25; Herbert M.J. Understanding bankruptcy law / Matthew Bender & Co., Inc. N.Y. P. 2–12; и др.

¹⁵ Мухачев, И. Ю. Понятие арбитражного управления: правовой аспект / И. Ю. Мухачев // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 1. – С. 29.

сти от того, кому он будет принадлежать (Германия, Великобритания); максимально полное и быстрое удовлетворение требований кредиторов (Великобритания)»¹⁶.

В наибольшей степени реабилитационный уклон преобладает во Франции. Основными целями современного французского законодательства о банкротстве провозглашаются «сохранение предприятия, поддержание его деятельности и рабочих мест и очищение пассива»¹⁷. Аналогичный подход просматривается в действующем законодательстве Украины. По мнению украинских ученых, правовое регулирование несостоятельности «направлено на достижение не частного интереса, а общей цели – восстановление платежеспособности должника и сохранение хозяйствующего субъекта»¹⁸.

Л. Гудцына полагает, что «российское законодательство о банкротстве ставит сразу три цели: попытку сохранить бизнес у должника посредством проведения реабилитационных (реорганизационных) процедур; сохранение бизнеса вообще (вне зависимости от будущего собственника бизнеса); удаление из хозяйственного оборота недобросовестных субъектов»¹⁹.

В правовой доктрине существует также точка зрения, согласно которой основной целью института несостоятельности является достижение равновесия в соблюдении интересов кредиторов и должника в процессе производства по делу о несостоятельности²⁰. Оппоненты данной позиции утверждают, что «когда говорят о достижении равновесия противоречивых интересов участников конкурсного процесса – провозглашают должное, не соответствующее существу. Понятно, что в такой интерпретации цель правового регулирования никогда не будет реализована»²¹.

Вопрос о целях банкротства вообще и внешнего управления в частности тесно связан с вопросом о полномочиях лиц – участников этой процедуры. Среди этих лиц мы уже называли: кредиторов, должника,

¹⁶ Гудцына, Л. Указ. соч. / Л. Гудцына. – С. 23.

¹⁷ Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е. А. Васильев. – М., 1993. – С. 450.

¹⁸ Хозяйственное право / Отв. ред. В. К. Мамутов. – Киев, 2002. – С. 524.

¹⁹ Гудцына, Л. Указ. соч. / Л. Гудцына. – С. 23.

²⁰ Подобная позиция высказывается рядом авторов применительно к основным целям Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций». См., напр.: Тосунян Г. А., Викулин А. Ю. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций» / Г. А. Тосунян, А. Ю. Викулин. – М., 1999. – С. 2.

²¹ Пахаруков, А. А. Правовое регулирование конкурсного производства юридических лиц: (Вопросы теории и практики): дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Пахаруков. – Иркутск, 2003. – С. 89.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативно-правовые акты

1. Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ.
2. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 08.01.1998 № 6-ФЗ.
3. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» от 26.10.2002 № 127-ФЗ.

Монографии и научные статьи

1. Cristal M., Phillips M., Pavis C. Insolvency law handbook. Fifth edition. Butterworths. London, Edinburgh, Dublin, 1999.
2. Herbert M.J. Understanding bankruptcy law / Matthew Bender & Co., Inc. N.Y.
3. Swire P. Peter. Bank Insolvency Law Now That it Matters Again // Duke Law Journal. 1992. Dec.
4. Александров, А. Д. Продажа предприятия-должника по новому Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / А. Д. Александров // Юридический мир. – 2003. – № 9.
5. Аленичева, Т. Д. Банкротство. Законодательство и практика применения в России и за рубежом / Аленичева Т. Д., Гришаев С. П. – М.: ЮКМС, 1993.
6. Андреев, С. Е. Соотношение реабилитационных и ликвидационных аспектов правоотношений в сфере банкротства / С. Е. Андреев. – М., 2004.
7. Анненков, К. Система русского гражданского права: Т. III: Права обязательственные / К. Анненков. – СПб.: Тип. М. М. Стасюлевича, 1898.
8. Анохин, В. С. Закон новый, а проблемы пока еще старые / В. С. Анохин // Бизнес-адвокат. – 2002. – № 24.
9. Анохин, В. С. Практика и проблемы рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве) в соответствии с Федеральным законом РФ «О несостоятельности (банкротстве)» в ред. от 1998 г. / В. С. Анохин // Судебные споры. Центральный округ. – 2003. – № 2.
10. Анохин, В. С. Предупреждение банкротства и восстановление платежеспособности несостоятельного должника / В. С. Анохин // Хозяйство и право. – 2006. Приложение к № 1.
11. Бакланова, И. П. Особое производство в арбитражном процессе / И. П. Бакланова. – Екатеринбург, 1999.
12. Бардзский, А. Э. О пределах власти окружного суда при назна-

Таким образом, в ходе нашего исследования нам удалось прийти к следующим выводам:

1) в случае, когда прекращение договора требует государственной регистрации, получение заявления от внешнего управляющего об отказе от исполнения договора является основанием именно для прекращения его исполнения, а не расторжения, что в данном случае оперативно оформить практически невозможно;

2) если сделка полностью исполнена должником, у внешнего управляющего не должно быть оснований для заявления отказа от исполнения, в то же время отказ может быть заявлен в отношении сделок, полностью исполненных кредитором. Как следствие, в п. 2 ст. 102 Закона о банкротстве, по нашему мнению, следует внести изменения, исключив из него возможность отказа от убыточных сделок (эта проблема будет решена с внесением изменений в п. 2 ст. 103 о признании недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, совершенных с любыми, а не только с заинтересованными лицами), а также предусмотрев, что отказ может быть заявлен в отношении сделок, не исполненных полностью или частично не «сторонами» (как в действующей редакции), а «должником»;

3) следует также законодательно закрепить право контрагента должника не приступать к исполнению или приостановить исполнение договорного обязательства, в случае, если срок исполнения такого обязательства приходится на трехмесячный период с момента введения внешнего управления (а также конкурсного производства), в течение которого арбитражным управляющим может быть заявлен отказ от исполнения договора. При этом приостановление контрагентом исполнения может производиться автоматически с введением внешнего управления, однако в таком случае контрагент обязан незамедлительно обратиться к внешнему управляющему и тот обязан дать ответ в срок, установленный Законом о банкротстве;

4) необходимо внести дополнение в п. 4 ст. 102 Закона о банкротстве, в котором следует указать, что сторона по договору, в отношении которого заявлен отказ от исполнения, признается кредитором третьей очереди.

арбитражного (внешнего) управляющего и суда. Как отмечает В. А. Химичев (его позиция близка к сделанным нами ранее выводам), «права кредитора в условиях несостоятельности находятся в системе прав других участников конкурсных отношений и в сфере публичного интереса. Поэтому интересы кредитора в деле о банкротстве вступают в противоречие с интересами других кредиторов, с интересами должника, иных заинтересованных лиц (собственников имущества должника, акционеров и т. д.), а также с публичными интересами»²².

В действительности, когда говорят о конфликте интересов участников процедуры банкротства, в первую очередь имеют в виду естественную разницу между интересами должника и кредиторов (хотя мы уже отметили, что это не всегда так на самом деле). Но когда рассматривается проблема соотношения реабилитационных и реорганизационных процедур банкротства, на первый план выходит конфликт несколько иного рода. Выше мы уже отмечали, что во французском законодательстве преобладает реабилитационный уклон и это обусловлено в том числе стремлением учесть интересы еще одной стороны, которая в узком смысле не является участником процедуры банкротства, но фактически непосредственно заинтересована в его результатах. Речь идет о работниках предприятия-должника. Так, например, Пьер Базар отмечает: «...важно помнить о том, что институт банкротства призван защищать как интересы кредиторов, так и интересы работников... установить равновесие между разнонаправленными интересами»²³.

Российские ученые также уделяют внимание этой проблеме, указывая на то, что «нельзя забывать и о существовании различных публичных интересов, включая интересы развития той или иной отрасли общественного производства, социальные потребности в занятости работников и др.»²⁴.

Таким образом, при определении целей и задач банкротства должны также приниматься во внимание публичные интересы, которые можно разделить на 1) интересы работников; 2) интересы развития отрасли.

Следует при этом учесть, что интересы кредиторов зачастую противоположны публичным интересам, если под последними понимать заин-

²² Химичев, В. А. Защита прав кредиторов при банкротстве / В. А. Химичев. – М.: изд-во Волтерс-Клувер, 2005. – С. 52.

²³ Цит. по: Хохлов, Д. В. Защита предпринимателей при рассмотрении в суде дел о несостоятельности (банкротстве) / Д. В. Хохлов, О. Б. Скворцов, А. Ю. Бушев. – М., 2002. – С. 2.

²⁴ Денисов, С. А. Реабилитационные процедуры в деле о банкротстве: Постатейный комментарий к главам V, VI, VIII Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / С. А. Денисов, А. В. Егоров, С. В. Сарбаш. – М., 2003. – С. 15–16.

тересованность в сохранении стабильности в сфере бизнеса. По справедливому замечанию М. Хоумана, «любая система, придающая большее значение спасению бизнеса или сохранению рабочих мест, делает это в ущерб интересам кредиторов и неминуемо вызывает повышение цены кредита»²⁵. Отсюда можно сделать вывод, что отдавать безусловный приоритет публичным интересам (и, соответственно, реабилитационным процедурам) не следует, так как это повлечет ущерб для экономики в целом и, в конечном счете, тем же самым публичным интересам.

Как представляется, между признанными законом интересами участников процедур банкротства и их правомочиями связь должна быть прямой. Чем больший интерес признается за тем или иным участником процесса, тем большим объемом полномочий мы должны его наделить. При этом очевидно, что суд и арбитражный (внешний) управляющий, в отличие от других участников, преследуют не собственные интересы в процессе. Роль суда в принципе ясна. Он не вправе принимать сторону кого-либо из участников. Его задача – обеспечить контроль за соблюдением законности при проведении процедур банкротства (насколько его роль при этом активна, это другой вопрос).

В отношении арбитражного управляющего такой ясности нет. По мнению И. Ю. Мухачева, «в действующем законодательстве цель деятельности арбитражного управляющего определена неудачно. В ст. 2 Закона о банкротстве в качестве цели указано проведение процедур банкротства. Анализ этого положения показывает, что допущено смешение в определении цели и средства ее достижения»²⁶. Вообще вопрос о том, в чьих интересах должен действовать арбитражный управляющий долгое время был (и остается) дискуссионным. Споры по этому поводу велись еще в конце XIX века. «Одна из позиций дореволюционных ученых была в признании управляющего представителем кредиторов»²⁷. В настоящее время сходную позицию (применительно к внешнему управлению) занял Конституционный суд, в своем постановлении от 6.06.2002 г. № 9-П указав, что внешнее управление – это «вмешательство государства в гражданские правоотношения в целях защиты прав и законных интересов других лиц (кредиторов)»²⁸.

²⁵ Хоуман, М. Роль режима несостоятельности в рыночной экономике / М. Хоуман // Российско-британский семинар судей, рассматривающих дела о несостоятельности (банкротстве): Спец. прилож. к Вестнику ВАС РФ № 3 за 2001 г. – С. 34–35.

²⁶ Мухачев, И. Ю. Указ. соч. / И. Ю. Мухачев. – С. 29.

²⁷ Бардзский, А. Э. О пределах власти окружного суда при назначении присяжных попечителей по делам несостоятельных должников / А. Э. Бардзский // Журнал Гражданского и Уголовного права. – 1886. – № 10. – С. 35.

²⁸ Мухачев, И. Ю. Указ. соч. / И. Ю. Мухачев. – С. 29.

Поэтому, вопреки мнению М. В. Телюкиной, следует полагать, что такие требования по своей природе не являются текущими платежами.

Однако мы не можем согласиться и с мнением В.А. Химичева о том, что убытки, которые контрагент вправе взыскать с должника, представляют собой меру гражданско-правовой ответственности, так как отказ должника от исполнения сделок является правомерным действием. Требование о возмещении убытков, как представляется, носит в данном случае компенсационный характер, а не является санкцией по отношению к должнику.

Все это позволяет сделать вывод о необходимости внесения дополнений в п. 4 ст. 102 Закона о банкротстве, в котором следует указать, что сторона по договору, в отношении которого заявлен отказ от исполнения, признается кредитором третьей очереди.

Т. В. Борисенкова отмечает, что актуальным является вопрос, «в каком процессуальном порядке контрагент должника по сделке может обжаловать отказ арбитражного управляющего от исполнения такой сделки. Контрагент должника не является лицом, участвующим в деле о банкротстве, и не имеет права на обжалование действий конкурсного управляющего в порядке, предусмотренном ст. 60 Закона о банкротстве. На практике сторона по договору, в отношении которого заявлен отказ от исполнения, обращается с иском о признании недействительным отказа арбитражного управляющего от исполнения договора должника или с иском о понуждении должника к исполнению обязательства в натуре. Эта практика основана на том, что отказ от исполнения договора должника является односторонней сделкой.

Существует точка зрения о том, что такие требования следует рассматривать как оспаривание затрагивающих права и законные интересы лица в сфере предпринимательской деятельности решений и действий (бездействия) должностного лица – конкурсного управляющего, в порядке, предусмотренном гл. 24 АПК РФ⁴⁶². Данная точка зрения не может быть признана вполне обоснованной, поскольку, как справедливо отмечает С. В. Никитин, в порядке гл. 24 АПК РФ недопустимо оспаривание правовых актов, решений и действий органов управления хозяйственных обществ и иных организаций, например решений общего собрания, совета директоров или правления акционерного общества, поскольку такие споры носят не публичный, а частный, гражданско-правовой характер и поэтому подлежат рассмотрению по правилам искового производства»⁴⁶³.

⁴⁶² Постановление ФАС Центрального округа от 14 октября 2004 г. № А14-4051-04/126/22.

⁴⁶³ Комментарий к АПК РФ (постатейный) / А. А. Власов и др.; под ред. Г. А. Жилина. – М., 2004.

по всей видимости, внешний управляющий, до утверждения плана, будет обязан исполнять сделки, препятствующие восстановлению платежеспособности должника.

Поэтому от предложения Т. В. Борисенковой о том, чтобы отказ от исполнения сделок мог быть заявлен внешним управляющим в течение трех месяцев с момента утверждения собранием кредиторов плана внешнего управления, по нашему мнению, следует отказаться.

В Законе о банкротстве не определено, в какой очереди удовлетворяются требования о возмещении убытков, вызванных отказом от исполнения договора должника.

М. В. Телюкина полагает, что при отсутствии специального указания требования кредиторов, от сделок с которыми управляющий отказался, должны удовлетворяться во внеочередном порядке, так как, по ее мнению, они являются текущими, поскольку возникли в течение внешнего управления⁴⁵⁹. Однако С. А. Денисов относит рассматриваемую категорию требований к третьей очереди⁴⁶⁰.

С ним фактически соглашается В. А. Химичев, о мнении которого относительно порядка удовлетворения в процедурах банкротства «производных» денежных требований, к которым могут быть отнесены и убытки, связанные с односторонним отказом от исполнения договора, мы уже упоминали. Он отмечает, что существо вопроса состоит в том, следует ли рассматривать любую трансформацию неденежного требования в денежное в качестве основания возникновения денежного обязательства (ст. 307 ГК РФ), и на этот вопрос дает отрицательный ответ, так как убытки, представляющие собой меру гражданско-правовой ответственности, не могут быть квалифицированы как денежное обязательство⁴⁶¹.

Следует согласиться с мнением о том, что требования кредиторов, от сделок с которыми управляющий отказался, должны удовлетворяться в составе третьей очереди. Как мы уже отмечали, смысл выделения текущих платежей заключается в том, чтобы создать гарантии для кредиторов по сделкам, осуществляемым в течение обычного хода предпринимательской деятельности, которые обеспечивают «жизнедеятельность» должника. Возмещение убытков по сделкам, которые препятствовали восстановлению платежеспособности должника, вряд ли можно отнести к таковым.

⁴⁵⁹ См.: Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2004. – С. 376.

⁴⁶⁰ См.: Денисов, С. А. Указ. соч. / С. А. Денисов, А. В. Егоров, С. В. Сарбаш. – С. 189.

⁴⁶¹ См.: Химичев, В. А. Теоретические и практические аспекты установления требований кредиторов при банкротстве / В. А. Химичев // Банкротство: законодательство и практика. Учебно-методические материалы консультационного семинара. – Орел, 2003. – С. 67.

«Другую позицию занимали ученые, считающие управляющего представителем должника²⁹. Эта позиция находила поддержку и в официальных решениях судебной власти³⁰. Третья точка зрения отстаивалась Г. Ф. Шершеневичем. Он приравнивал статус присяжного попечителя к статусу судебного пристава в исполнительном производстве³¹, то есть управляющий был, по его мнению, защитником государства. В развитие этой позиции С. И. Гальперин сравнивал арбитражного управляющего со следователем, по его мнению, присяжный попечитель являлся «делегированным судом представителем государственного интереса в деле каждой данной несостоятельности в такой же мере, как и следователь в уголовном процессе»³². (Следует отметить, что в дореволюционном законодательстве о банкротстве не было реорганизационных процедур, поэтому такой вывод, в значительной степени справедливый в отношении конкурсного управляющего, вряд ли также справедлив в отношении внешнего.) «А. А. Маттель полагал, что присяжный попечитель является представителем одновременно и должника, и кредиторов»³³.

Развитие позиции А. А. Маттеля позволило прийти к выводу, что цель деятельности арбитражного управляющего зависит не столько от внутренней природы интереса, сколько от соотношения множества разнонаправленных интересов, возникающих у участников банкротства. Каждый из участников банкротства, будь то должник или кредитор, действует только в своих интересах. Это правило вполне соответствует обычному хозяйственному обороту. Однако при банкротстве реализация интереса одним участником неизбежно приведет к нарушению интересов других участников. В связи с этим возникает необходимость участия в процедурах специального субъекта (арбитражного управляющего), который своей деятельностью учитывал бы интересы всех сторон. Его деятельность направлена на то, чтобы удовлетворение или ущемление интересов могло производиться только в равной пропорции и одновременно в отношении всех участников банкротства. Иными сло-

²⁹ См.: Гессен, Я. М. Устав торговый с разъяснениями / Я. М. Гессен. – СПб., 1910. – С. 55.

³⁰ См.: Решения Гражданского Кассационного департамента Правительствующего Сената. – 1884. – № 62. – С. 14.

³¹ См.: Шершеневич, Г. Ф. Учение о несостоятельности / Г. Ф. Шершеневич. – Казань, 1890. – С. 289.

³² Гальперин, С. И. Права и обязанности присяжного попечителя по делу торговой несостоятельности / С. И. Гальперин // Журнал Гражданского и Уголовного права. – 1892. Кн. VI. – С. 19.

³³ Маттель, А. А. К вопросу о пределах власти окружных судов при назначении присяжных попечителей по делам о несостоятельности должников / А. А. Маттель // Журнал Гражданского и Уголовного права. – 1888. – № 3. – С. 5.

вами, деятельность арбитражного управляющего направлена на обеспечение баланса интересов всех участников процедур несостоятельности (банкротства)»³⁴.

В настоящее время, как отмечает Т. В. Борисенкова, «все существующие в различных странах мира системы несостоятельности (банкротства) могут быть условно дифференцированы на пять категорий: от радикально «прокредиторского» законодательства до радикально «продолжниковского» (между этими крайними категориями обычно располагают умеренно «прокредиторское», «нейтральное», а также умеренно «продолжниковское» законодательство). Общим критерием для такой дифференциации служит преобладающая защита интересов соответственно кредиторов или должника, данное же обстоятельство, в свою очередь, определяется, исходя из многих параметров анализируемого законодательства»³⁵.

В. В. Степанова в свою очередь полагает, что все имеющиеся модели правового регулирования несостоятельности можно разделить на три группы в зависимости от того, «какие цели ставили перед законодателем разработчики». Главная цель немецкой системы правового регулирования состоит в «создании механизмов эффективного распределения максимизированных активов должника» среди его кредиторов. Английская система регулирования несостоятельности служит для «эффективного распределения активов и защиты кредитного обращения». Американская, французская, российская системы предполагают сочетание двух функций: справедливое распределение имущества должника среди кредиторов и выполнение макроэкономических задач³⁶.

Особенность ныне действующего закона о банкротстве, по мнению С. Э. Жилинского, состоит в более надежной защите интересов (при всей их противоречивости) кредитора и должника, а также других причастных к банкротству лиц; усилении ответственности арбитражных управляющих и контроля за их деятельностью»³⁷. Как полагает Жилинский, задача арбитражного управляющего в настоящее время заключается в том, чтобы «отражать, согласовывать и примерять интересы должника, кредиторов и иных участников процесса банкротства и, наконец, обще-

ратиться к внешнему управляющему и тот обязан дать ответ в срок, установленный Законом о банкротстве. Однако здесь нас ожидает еще одна проблема. Как отмечает Т. В. Борисенкова, «до утверждения плана внешнего управления собранием кредиторов отказ от исполнения сделки должника по основанию, что такая сделка препятствует восстановлению платежеспособности должника, не может являться обоснованным. В Законе о банкротстве логичным было бы установить, что отказ по указанному основанию может быть заявлен внешним управляющим в течение трех месяцев с момента утверждения собранием кредиторов плана внешнего управления»⁴⁵⁶. С одной стороны, такое предложение представляется обоснованным. Принимать решение об отказе от тех или иных сделок целесообразно, имея план мероприятий по восстановлению платежеспособности должника. Тем более, отмечает Т. В. Борисенкова, «как свидетельствует практика, весьма сложным является доказать, что исполнение той или иной сделки препятствует восстановлению платежеспособности должника. Здесь следует согласиться с В. А. Химичевым в том, что исполнение договора должно идти вразрез не с целью внешнего управления как таковой, а со средствами, которыми она (цель) достигается. В рассматриваемом случае исполнение договора должно не соответствовать мерам по восстановлению платежеспособности должника, закрепленным в плане внешнего управления»⁴⁵⁷. Например, по одному делу внешним управляющим был заявлен отказ от исполнения договора аренды, препятствовавшего восстановлению платежеспособности истца, поскольку в план внешнего управления были включены мероприятия, связанные с использованием сданного в аренду имущества»⁴⁵⁸.

Это еще один аргумент в пользу того, чтобы отказ от исполнения сделок мог быть заявлен только после утверждения плана. Однако, с другой стороны, необходимо принять во внимание, что в силу ст. 107 Закона о банкротстве план внешнего управления может рассматриваться кредиторами до четырех месяцев. Если к этому прибавить еще три месяца, в течение которых внешним управляющим может быть заявлен отказ от исполнения сделок, то общий срок может составить семь месяцев. То есть либо контрагенты все это время будут находиться под угрозой отказа от исполнения, а сами будут обязаны исполнять сделку, что представляется несправедливым, либо они будут приостанавливать исполнение сделок, что отрицательно скажется на должнике. При этом,

³⁴ Мухачев, И. Ю. Указ. соч. / И. Ю. Мухачев. – С. 29.

³⁵ Борисенкова, Т. В. Три российских закона о банкротстве: баланс частных и публичных интересов / Т. В. Борисенкова // Арбитражный и гражданский процесс. – 2005. – № 9. – С. 20.

³⁶ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 22–26.

³⁷ Жилинский, С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник для вузов / С. Э. Жилинский. – 5-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, 2004. – С. 845.

⁴⁵⁶ Борисенкова, Т. В. Указ. соч. / Т. В. Борисенкова. – 2006. – С. 7.

⁴⁵⁷ Химичев, В. А. Банкротство: прекращение договорных обязательств / В. А. Химичев // Арбитражная практика. – 2002. – № 12. – С. 6.

⁴⁵⁸ Постановление ФАС Северо-Западного округа от 9 апреля 2001 г. № 2095.

течения трех месяцев? Ответ на этот вопрос, по ее мнению, «представляется очевидным: по наступлении срока исполнения контрагент должен выполнять свои обязанности по договору (если, конечно, они не являются встречными). За неисполнение договора подлежат начислению неустойки и могут быть взысканы убытки; основанием освобождения от ответственности нормы об отказе от сделок являться не могут»⁴⁵².

В связи с этим следует согласиться с мнением Т. В. Борисенковой, что «существует необходимость законодательно закрепить право контрагента должника не приступать к исполнению или приостановить исполнение договорного обязательства, в случае, если срок исполнения такого обязательства приходится на трехмесячный период с момента введения внешнего управления (а также конкурсного производства), в течение которого арбитражным управляющим может быть заявлен отказ от исполнения договора»⁴⁵³. При этом Т. В. Борисенкова обращает внимание, что «термин «приостановление исполнения обязательства» используется в гражданском законодательстве. Согласно п. 2 ст. 328 ГК РФ сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства в определенных случаях»⁴⁵⁴.

В качестве примера она также ссылается на опыт Италии. «Постановление о банкротстве (16-3-1942, № 267) «Legge Fallimentare» закрепляет право контрагента должника приостановить исполнение обязательства. Так, если покупатель становится банкротом, а договор купли-продажи все еще действует, продавец имеет право поставить товар и выставить требование на сумму товара управляющему конкурсной массой, составив, таким образом, конкуренцию другим кредиторам при окончательном распределении имущества должника. Если продавец решает не поставлять товар, то выполнение контракта приостанавливается до тех пор, пока управляющий конкурсной массой, с разрешения помощника судьи, не примет решение о выполнении им контракта от имени должника. Продавец может попросить помощника судьи назначить восьмидневный срок, в течение которого управляющий конкурсной массой должен принять решение. Если в течение этого периода управляющий конкурсной массой не принимает решения, контракт прекращается»⁴⁵⁵.

Представляется, что подобную норму следовало бы ввести в Закон о банкротстве. То есть приостановление контрагентом исполнения может производиться автоматически с введением внешнего управления, однако в таком случае контрагент обязан незамедлительно об-

ства и государства»³⁸. Таким образом, его позиция согласуется с позицией А. А. Маттеля.

Однако Т. В. Борисенкова приходит к несколько иным выводам, говоря, что «Закон о банкротстве 2002 г. можно охарактеризовать как умеренно «продолжниковский» с преобладанием реабилитационных процедур банкротства»³⁹.

Кроме нее также «в предоставлении учредителям (участникам) должника или собственнику имущества должника – унитарного предприятия возможности принимать участие в судьбе должника А. В. Попов видит «продолжниковский» характер нового Закона»⁴⁰.

Того же мнения придерживаются С. Е. Андреев и В. В. Витрянский. Действующий Закон о банкротстве уже только потому, что он включает дополнительно к существующим реабилитационным процедурам новую реабилитационную процедуру – финансовое оздоровление, можно смело было бы относить к числу «продолжниковских» законодательных актов. В. В. Витрянский, отмечает, что новый Закон о банкротстве отличается от ранее действовавшего законодательства своей явно выраженной реабилитационной направленностью. Основным свидетельством этого является новая, доселе неизвестная процедура банкротства – финансовое оздоровление должника⁴¹. Закон 2002 года, как полагает С. Е. Андреев, может быть охарактеризован как умеренно-продолжниковский с преобладанием реабилитационных процедур банкротства; законодательство о банкротстве вновь сдвинулось в сторону защиты интересов должника, сохранения его функциональности даже с определенным ущербом для кредиторов⁴².

В. А. Химичев делает вывод, что «если говорить о направленности Закона, то, видимо, законодатель преследовал цель усилить позиции должника при банкротстве. Однако практика применения Закона 2002 года показала, что финансовое оздоровление не является на сегодня востребованной процедурой банкротства. И поэтому представляется, что

⁴⁵² Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 290.

⁴⁵³ Борисенкова, Т. В. Указ. соч. / Т. В. Борисенкова. – 2006. – С. 6.

⁴⁵⁴ Там же. С. 6.

⁴⁵⁵ См.: Монатери, П. Дж. Указ. соч. / П. Дж. Монатери. – С. 268.

³⁸ Жилинский, С. Э. Указ. соч. / С. Э. Жилинский. – С. 866.

³⁹ Борисенкова, Т. В. Указ. соч. / Т. В. Борисенкова. – 2005. – С. 23.

⁴⁰ См.: Попов, А. В. Общие положения о несостоятельности в свете нового Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / А. В. Попов // Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. – 2003. – № 1–2.

⁴¹ См.: Витрянский, В. В. Новое в правовом регулировании несостоятельности (банкротства) / В. В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2003. – № 1. – С. 12.

⁴² См.: Андреев, С. Е. Соотношение реабилитационных и ликвидационных аспектов правоотношений в сфере банкротства / С. Е. Андреев. – М., 2004. – С. 10.

законодатель пошел по ошибочному пути, реформируя законодательство о банкротстве путем введения дополнительных восстановительных процедур, а не совершенствуя существующие институты»⁴³.

Таким образом, большинство авторов высказывают мнение о том, что в нынешнем законе о банкротстве преобладает реабилитационный уклон. Многие также согласны с тем, что такое предпочтение не всегда оправдано.

Например, следует отметить точку зрения М. Брежо, который исследует интересы государства при банкротстве. Анализируя законодательство о банкротстве в соотношении с налоговым, автор приходит к выводу, что «государство интересуется, прежде всего, погашение налоговых задолженностей, несмотря на общую реабилитационную направленность Закона о банкротстве, тогда как сохранение государственного имущества, а тем более обеспечение социальных интересов слабо выражены законодателем»⁴⁴. По мнению М. Брежо, к интересам государства при банкротстве относится «неукоснительное соблюдение законности и разумное сочетание фискальных задач и сохранения производства, рабочих мест. Кроме того, существует частный интерес государства – интерес собственника, направленный на сбережение и приращение принадлежащего ему имущества, а также интерес государства как конкурсного кредитора по взысканию задолженности по гражданско-правовым обязательствам»⁴⁵. В своей работе автор акцентирует внимание на социальных интересах государства, однако, может быть, именно поэтому, не упоминает о таком государственном «интересе», как создание условий для эффективной экономики, что связано в том числе с необходимостью выбраковки нежизнеспособных предприятий. В итоге государство также преследует здесь «социальные» интересы, но в более отдаленной перспективе. Основная задача в данном случае видится в том, чтобы найти приемлемые компромиссы между этими интересами.

Возвращаясь к нашей теме, мы можем, как и многие авторы, сделать вывод, что при осуществлении процедур банкротства желательно достижение баланса интересов. Однако достижение баланса интересов не является, строго говоря, целью процедур банкротства, а, скорее всего, лишь условием, при котором эти цели могут быть достигнуты. У каждой процедуры банкротства своя цель, применительно к внешнему управлению – это финансовое оздоровление предприятия. При этом необходимо учесть, как мы указывали ранее, что оздоровлению долж-

покупателем, принял все, что подлежало поставке, с составлением акта о передаче товара, следствием чего является признание поставщика надлежаще исполнившим обязательство»⁴⁵⁰.

Следует отметить, что на практике находит подтверждение первая точка зрения. Например, по делу № А74-59/02-К1 суд признал, что сумма, полученная должником в качестве предварительной оплаты за уголь, является реальным ущербом контрагента, возникшим в связи с односторонним отказом должника-банкрота от исполнения обязательств по договорам поставки угля⁴⁵¹.

С последней точкой зрения следует согласиться, в противном случае, как указано ранее, у должника не будет возможности отказаться от односторонних договоров, кроме того, это в целом согласуется со смыслом ст. 102 Закона о банкротстве, которая направлена на то, чтобы освободить должника от непосильных для него обязанностей.

Таким образом, подводя итог рассмотрению вопроса о том, может ли быть заявлен отказ в отношении сделок, если их полностью исполнила какая-либо из сторон, мы приходим к выводу о том, что отказ может быть заявлен в отношении сделок, полностью исполненных кредитором, но не должником. Как следствие, в п. 2 ст. 102 Закона о банкротстве, по нашему мнению, следует внести изменения, исключив из него возможность отказа от убыточных сделок (эта проблема будет решена с внесением изменений в п. 2 ст. 103 о признании недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, совершенных с любыми, а не только с заинтересованными лицами), а также предусмотрев, что отказ может быть заявлен в отношении сделок, не исполненных полностью или частично не «сторонами» (как в действующей редакции), а «должником».

Однако в том случае, если мы допускаем со стороны должника отказ от исполнения сделок, в том числе тех, которые полностью исполнены контрагентом, возникает дисбаланс в положении должника и кредитора. Кредитор обязан исполнять сделку, а должник может отказаться от ее исполнения. Это может быть невыгодно самому должнику, так как участники оборота будут избегать совершать с ним сделки, например, на стадии наблюдения, опасаясь, что внешний управляющий впоследствии просто откажется от их исполнения.

М. В. Телюкина рассматривает вопрос о том, должен ли контрагент исполнять свои обязательства по договору или он может дожидаться ис-

⁴³ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 52.

⁴⁴ Брежо, М. Социальный интерес государства при банкротстве и его защита / М. Брежо // Хозяйство и право. – 2006. – № 4. – С. 102.

⁴⁵ Брежо, М. Указ. соч. / М. Брежо. – С. 102.

⁴⁵⁰ См.: Белых, В. С. Правовые основы несостоятельности (банкротства) / В. С. Белых, А. А. Дубинчин, М. Л. Скуратовский. – М., 2001. – С. 165.

⁴⁵¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 19 июня 2002 г. № А74-59/02-К1-Ф02-1555/02-С2.

уже упоминали в предыдущем параграфе. Относительно возможности отказа от сделки, полностью исполненной должником, мы придерживаемся мнения, что такой отказ недопустим.

Следует рассмотреть вопрос и с другой стороны. Может ли внешний управляющий отказаться от исполнения договора, полностью исполненного контрагентом должника? На этот счет существуют две противоположные точки зрения. По мнению М. В. Телюкиной, на основании теории гражданского права можно сделать вывод, что исполненной считается только та сделка, по которой обязанности выполнены обеими сторонами. Следовательно, если свои обязанности выполнил только контрагент, сделку исполненной считать нельзя, то есть она подпадает под действие п. 2 ст. 102 Закона о банкротстве, и внешний управляющий может от нее отказаться. В этом случае отказ от сделки будет представлять собой, по сути, отказ от исполнения должником своих обязательств с предоставлением кредитору права на возмещение убытков⁴⁴⁸.

В. С. Белых, А. А. Дубинчин, М. Л. Скуратовский придерживаются противоположного мнения. «Присутствие в рассматриваемых законоположениях формулировки «только в отношении договоров, не исполненных сторонами полностью или частично», означает, что отказ от исполнения может быть заявлен лишь в отношении взаимного (двустороннего) договора, то есть договора, каждая из сторон которого приобретает права и одновременно несет обязанности в пользу другой стороны. Отсюда внешний управляющий не вправе, руководствуясь нормами ст. 77 Закона о несостоятельности, отказаться от исполнения такого классического одностороннего договора, как договор займа, заемщиком в котором выступает юридическое лицо, подвергнутое процедуре внешнего управления. Предметом отказа от исполнения со стороны внешнего управляющего не могут быть и договоры, хотя и взаимные, но исполненные контрагентами должника полностью (исполненные односторонне). Как писал Г. Ф. Шершеневич, «когда двусторонний договор был исполнен одной из сторон, отношение представляется таким же, как и при одностороннем обязательстве... Весь вопрос сводится к определению того обстоятельства, было ли действительно исполнено обязательство одной стороной. Вопрос этот, представляющий некоторые затруднения в отдельных случаях, разрешается по общим началам гражданского права»⁴⁴⁹.

Таким образом, следует согласиться с мнением авторов монографии Белых, Дубинчина, Скуратовского о том, что невозможен отказ от исполнения, например, договора поставки, в котором должник, являющийся

но подлежать только потенциально жизнеспособное предприятие. На практике проблема стоит достаточно остро, так как «массовая безработица и связанные с этим расходы – один из наиболее важных факторов, сдерживающих банкротство»⁴⁶. Развитие института банкротства в России невозможно рассматривать вне исторического аспекта. «К этапу массовой «выбраковки» нежизнеспособных предприятий наша страна подошла с высоким уровнем социальных обязательств»⁴⁷. Эти выводы были сделаны достаточно давно (в середине 90-х годов), тем не менее они сохраняют свою актуальность и в настоящее время, поэтому можно согласиться с тем, что «начало массовых увольнений с крупных предприятий, особенно в депрессивных районах, приведет не к перераспределению трудовых ресурсов в более эффективные сферы, а скорее к возникновению зон застойной безработицы и к резкому росту социальной напряженности»⁴⁸.

«С принятием в 1998 г. Закона «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон) считалось, что он приведет к ускоренному банкротству организаций, что может спровоцировать новую волну безработицы»⁴⁹. К счастью, волны не получилось, однако количество предприятий, признанных банкротами, год от года растет. Так, по данным Федеральной службы по финансовому оздоровлению, в 1997 г. таких предприятий было 2269, в 1998 – 2628, в 1999 – 5959, а за 8 месяцев 2000 г. – уже 6186. По статистическим данным⁵⁰, из 1183 дел, по которым в 1999 году была введена процедура внешнего управления, прекращено производство по делу в связи с восстановлением платежеспособности только 66, заключено мировых соглашений – 197, а принято решений о признании должника банкротом – 514. «Эти процедуры внешнего управления, к сожалению, в наших условиях оказываются весьма неэффективными»⁵¹. В действительности следует признать, что «платежеспособность должников-банкротов восстанавливается крайне редко. Так, по статистическим данным Высшего арбитражного суда РФ, в 2000 году восстановлена платежеспособность и прекращено всего 50 дел о банкротстве, в 2001

⁴⁴⁸ См.: Телюкина, М. В. Основы конкурсного права / М. В. Телюкина. – М., 2004. – С. 377.

⁴⁴⁹ Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – Т. IV. – С. 329.

⁴⁶ Липсиц, И. Вигдорчик Е. Банкротство по-русски: яд или лекарство? / И. Липсиц, Д. Никологорский, А. Нецадин, Е. Вигдорчик // Проблемы теории и практики управления. – 1995. – № 4. – С. 19.

⁴⁷ Там же. С. 19.

⁴⁸ Там же. С. 19.

⁴⁹ См., напр.: Власов, В. И. Ускоренное банкротство и занятость населения / В. И. Власов // Юридический мир. – 1999. – № 9. – С. 48.

⁵⁰ Рассмотрение дел о банкротстве в 1999 году // Вестник ВАС РФ. – 2000. – № 3.

⁵¹ Яковлев, В. Влияние арбитражной практики на совершенствование законодательства / В. Яковлев // Российская юстиция. – 1999. – № 6. – С. 44.

году – 52, в 2002 году – 21, в 2003 году – 28, в 2004 году – 14. Таким образом, за последние пять лет восстановлена платежеспособность 165 должников-банкротов (в среднем 31 дело в год), что составляет 0,1 процента от 150458 завершенных дел о банкротстве за все указанные годы»⁵².

Такая статистика заставляет заняться поиском вариантов решения проблемы, в том числе с помощью какой-либо альтернативы процедуре внешнего управления. Среди таких альтернатив может быть названа впервые закрепленная в законе о банкротстве 2002 г. процедура финансового оздоровления, однако, как показывает практика, процедура эта применяется достаточно редко. Так, из 9695 принятых к производству дел в 2003 г. финансовое оздоровление применялось в 10 делах, в 2005 г. из 25643 дел – только в 32. В первом полугодии 2006 г. из 43381 дела – только в 28 делах⁵³.

Несмотря на упомянутый выше социальный фактор, некоторые авторы предлагают решить проблему кардинально и ставят вопрос о необходимости отмены процедуры внешнего управления вообще. По мнению В. Анохина, статистические данные «свидетельствуют о низкой эффективности процедуры внешнего управления и о нецелесообразности ее сохранения»⁵⁴. В юридической литературе отмечается, что «экономически выгоднее будет именно открытие конкурсного производства, минуя процедуру внешнего управления. В данном случае не будет необходимости нести огромные финансовые затраты и продавать имущество предприятия для обеспечения оплаты труда внешних управляющих, и в то же время будут сохраняться производственные мощности и трудовые коллективы. Да и потенциальным покупателям выгодней приобрести действующее предприятие, а не то, что от него осталось»⁵⁵. Одним из сторонников отказа от процедуры внешнего управления является В. Ф. Попондопуло, который отмечает, что «расчеты тех, кто якобы ратует за интересы должника, за вывод его из кризисной ситуации, не оправдываются, так как в конечном счете в абсолютном количестве случаев, пройдя процедуру внешнего управления, должник оказывается на пути к ликвидации в процедуре конкурсного производства»⁵⁶. Он же

⁵² Анохин, В. С. Предупреждение банкротства и восстановление платежеспособности несостоятельного должника / В. С. Анохин // Хозяйство и право. – 2006. Приложение к № 1. – С. 39.

⁵³ Sprbankr 06 nr.doc. / Документы рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве) арбитражными судами РФ за 2003–2006 г.

⁵⁴ Анохин, В. С. Указ. соч. / В. С. Анохин. – 2006. – С. 39.

⁵⁵ Шипицина, О. В. Государственное регулирование внешнего управления как процедуры банкротства / О. В. Шипицина // Юрист, 2000. – № 11. – С. 56.

⁵⁶ Попондопуло, В. Ф. Закон о банкротстве: некоторые вопросы применения / В. Ф. Попондопуло // Ленинградский юридический журнал, 2004. – № 1. – С. 79–80.

Если товар все еще принадлежит продавцу-банкроту, управляющий конкурсной массой может принять решение выполнять контракт или завершить его. В случае, если он завершает контракт, покупатель может обратиться в суд и выставить свои требования наряду с другими кредиторами, однако он не может подать иск о возмещении ущерба»⁴⁴⁵. Сама Т. В. Борисенкова отмечает, что «статья 102 Закона о банкротстве не запрещает внешнему управляющему заявить односторонний отказ от исполнения сделки, полностью исполненной должником и не исполненной контрагентом, если такая сделка является убыточной. Однако правовым последствием такого отказа не может быть возврат в конкурсную массу исполненного по сделке (п. 4 ст. 453 ГК РФ). Правовым последствием такого отказа могут быть только убытки должника»⁴⁴⁶.

Представляется, однако, что в случае, если сделка полностью исполнена должником, у внешнего управляющего не должно быть оснований для заявления отказа от исполнения, так как исполнение со стороны должника уже произошло. Отказ, как замечает Т. В. Борисенкова, имел бы смысл только в том случае, если бы его последствиями был возврат в конкурсную массу исполненного по сделке, чего в данном случае законодатель не предусматривает. Она полагает, что «проблема одностороннего отказа от исполнения сделки, полностью исполненной должником и не исполненной контрагентом, если такая сделка является убыточной, возникла в судебной практике, на наш взгляд, в связи с несовершенством норм, регулирующих недействительность сделок должника в процедурах банкротства. Статья 103 Закона о банкротстве предусматривает возможность признания недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, если такие сделки совершены должником с заинтересованными лицами. При этом положения Закона о банкротстве не позволяют опровергать убыточные сделки, заключенные должником с иными лицами»⁴⁴⁷.

О целесообразности включения в Закон о банкротстве общей нормы, о признании недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, совершенных с любыми, а не только с заинтересованными лицами, мы

⁴⁴⁵ Монатери, П. Дж. Итальянский закон о банкротстве / П. Дж. Монатери // Семинар судей арбитражных судов Российской Федерации по теме «Рассмотрение дел по спорам, связанным с несостоятельностью (банкротством)», организованный ВАС РФ совместно с проектом EurekaId. Рабочие материалы, включающие комментарий некоторых положений Закона о несостоятельности (банкротстве) и анализ международного законодательства и опыта в сфере банкротства. – М., 2003. – С. 268.

⁴⁴⁶ Борисенкова, Т. В. Указ. соч. / Т. В. Борисенкова. – 2006. – С. 4–5.

⁴⁴⁷ Там же. С. 5.

Например, по одному делу суд кассационной инстанции, возвращая дело на новое рассмотрение, указал на неправильное толкование судом норм, содержащихся в ст. 102 Закона о банкротстве: «Данная норма истолкована так, что частично исполненная сторонами сделка не может быть расторгнута. Между тем правовой смысл указанной нормы состоит в том, что отказ от исполнения может быть заявлен только в отношении сделок, не исполненных сторонами вообще либо оставшихся не исполненными в соответствующей части, исполнение которой препятствует восстановлению платежеспособности должника или влечет для него убытки. В данном случае сделка сторонами исполнена частично. В части обязательств, предусмотренных договором на срок с января 2004 г. по 1 мая 2024 г., сделка еще не исполнена, и, следовательно, в этой части внешним управляющим может быть заявлен отказ от исполнения сделки»⁴⁴³.

Второй вариант толкования понятия «частично не исполненная сторонами сделка» – сделка, исполненная односторонне. Здесь представляется уместным следующий вопрос: допустим ли односторонний отказ от исполнения договора, полностью исполненного должником? И если допустим, то какие возможны правовые последствия?

Судебная практика неоднозначно решает данный вопрос. Например, по одному из дел суд кассационной инстанции пришел к выводу, что договор купли-продажи ценных бумаг со стороны должника исполнен полностью, ответчику переданы обыкновенные именные акции в обусловленном количестве, ответчиком произведена их частичная оплата. Поэтому внешний управляющий в данном случае не вправе был воспользоваться предусмотренной ст. 102 Закона о банкротстве процедурой отказа от исполнения договора, фактически исполненного должником. При этом ни ст. 102 Закона о банкротстве, ни нормы ГК РФ не предусматривают такого последствия расторжения договора, как возврат сторонами друг другу исполненного по сделке»⁴⁴⁴.

Для сравнения Т. В. Борисенкова предлагает обратить внимание на итальянское законодательство. «Постановление о банкротстве (16-3-1942, № 267) «Legge Fallimentare», являющееся источником итальянского конкурсного права, определяет юридическую судьбу текущих контрактов после объявления о прекращении платежей на примере договора купли-продажи следующим образом: «Если банкротом становится продавец и товар был уже поставлен, договор не может быть прекращен.

отмечает, что ему «не понятен негативный оттенок заявлений о том, что процедуры банкротства приспособлены для передела собственности. Возникает вопрос: а для чего же, если не для основанного на законе передела собственности, предназначены процедуры банкротства? Рыночное законодательство для того и существует, чтобы обязательства исполнялись в срок и долги оплачивались полностью, а законодательство о банкротстве – для того, чтобы в условиях недостаточности имущества должника для полного удовлетворения требований всех кредиторов эти требования удовлетворялись в определенной очередности и соразмерно за счет вырученных средств должника – банкрота, т. е. путем передела собственности в соответствии с Законом о банкротстве»⁵⁷.

В. Ф. Попондопуло делает вывод, что акцент на реабилитационные процедуры, по его мнению, «ведет к сдерживанию процессов банкротства, стагнации российской экономики, подрыву динамичности экономического оборота, так как удовлетворение интересов кредиторов и сопряженных с ними интересов других лиц (контрагентов кредиторов) оказывается отодвинутым на неопределенный срок»⁵⁸. Кроме того, он также отмечает, что «до 80 % государственных предприятий являются убыточными. Что с ними делать: восстанавливать платежеспособность и потом банкротить (в силу невозможности восстановления платежеспособности) или все же лучше сразу банкротить путем передачи бизнеса в более эффективные руки?»⁵⁹.

Сторонником выбраковки «нежизнеспособных» предприятий является и И. Кац, который отмечает, что «более половины промышленных предприятий де-факто являются банкротами, при этом не менее 1/3 из них находятся на поздней стадии кризиса. Вместе с тем количество банкротств де-юре, несмотря на ежегодное их удвоение, остается незначительным – в 2000 г., например, банкротами были объявлены 11,7 тыс. предприятий (для сравнения: после объединения Германии произошло около 130 тыс. банкротств, в США их ежегодное число составляет порядка 1 млн.)⁶⁰. По мнению И. Каца, большинство «неплатежеспособных предприятий должны пройти стадию оздоровления»⁶¹. Однако он же отмечает, что процедура внешнего управления в этом случае малоэффективна. «Надежды, которые некоторые исследователи связывают с институтом внешних управляющих, представляются недостаточно

⁴⁴³ Постановление ФАС Поволжского округа от 17 августа 2004 г. № А55-172-51/03-33.

⁴⁴⁴ Постановление ФАС Поволжского округа от 25 мая 2004 г. № А72-5951/03-К419.

⁵⁷ Попондопуло, В. Ф. Указ. соч. / В. Ф. Попондопуло. – С. 81.

⁵⁸ Там же. С. 81.

⁵⁹ Там же. С. 81.

⁶⁰ Кац, И. Банкротство предприятий: механизм преодоления / И. Кац // Проблемы теории и практики управления. – 2004. – № 5. – С. 109.

⁶¹ Кац, И. Указ. соч. / И. Кац. – С. 109.

обоснованными. Анализ практики их работы свидетельствует о том, что преодолеть банкротство вверенных им предприятий удастся лишь в тех немногих случаях, когда это сопровождается значительными инвестициями. Однако в подобных ситуациях и прежнее руководство могло добиться успехов»⁶². И. Кац полагает, что для выхода предприятий из кризиса вместо внешнего управления «необходимы, с одной стороны, государственная поддержка, с другой – их реструктуризация»⁶³. Однако «способность государства оказывать такую поддержку ограничена, поэтому она может носить лишь селективный характер»⁶⁴. В связи с этим автор видит в качестве основного способа решения проблемы реструктуризацию предприятий, при этом сам отмечает по ходу статьи значительные затруднения, которые такая реструктуризация вызывает.

С одной стороны, выводы В. Ф. Попондопуло, И. Каца и других авторов заслуживают внимания, тем более, что, как показывают данные практики, эффективность внешнего управления с точки зрения достижения его конечного результата – прекращения процедуры банкротства ввиду оздоровления предприятия – действительно очень низкая, в чем мы имели возможность убедиться выше. Зарубежный опыт, на первый взгляд, говорит о том же. Так, по оценке М. Хоумана, во Франции, где закон ставит сохранение рабочих мест и реабилитацию компаний выше удовлетворения требований кредиторов, система вызывает множество нареканий в ущемлении интересов кредиторов. Процент спасения бизнеса во Франции при этом остается низким, и большинство дел заканчивается ликвидацией⁶⁵.

С другой стороны, во-первых, неясно, почему эти меры, которые предлагает, например, И. Кац, должны применяться вместо внешнего управления (реструктуризация, привлечение инвестиций и т. п. могут проводиться и вне банкротства, и во время его); во-вторых, представляется, что по-настоящему оценить эффективность внешнего управления мы сегодня не можем, так как оно чаще всего использовалось не для тех целей, для которых введено законодателем. Выше мы уже упоминали о «заказных банкротствах», сам И. Кац отмечает, что «из общего количества объявленных банкротами предприятий значительную часть составляют те из них, где банкротство стало инструментом смены собственника и сопровождалось нарушением закона»⁶⁶. А если это дей-

ствием, требующим для своей действительности не согласия, но ознакомления контрагента»⁴⁴¹.

Пунктом 3 ст. 102 Закона о банкротстве закреплено, что договор считается расторгнутым с даты получения всеми сторонами по такому договору заявления внешнего управляющего об отказе от исполнения договора, в связи с чем можно сделать вывод, что в настоящее время возобладали последние точки зрения.

Однако в этом случае возникает вопрос: с какого момента считается расторгнутым договор, если в соответствии с законом его прекращение требует государственной регистрации? Как отмечает Т. В. Борисенкова, «судебно-арбитражная практика исходит из того, что в случае, предусмотренном ст. 102 Закона о банкротстве (ст. 77 Закона о банкротстве 1998 г.), факт расторжения договора и прекращение его действия не ставятся в зависимость от государственной регистрации»⁴⁴².

Такой подход представляется обоснованным с экономической точки зрения, так как ожидание государственной регистрации прекращения договора может усугубить положение должника, однако в таком случае возникает проблема, связанная с тем, что государственная регистрация призвана, кроме прочего, обеспечить информацией заинтересованных лиц о совершенных сделках.

Представляется, что в этом случае следует обратить внимание также и на терминологические нюансы ст. 102 Закона о банкротстве. Речь в ней идет об отказе от исполнения сделок, кроме п. 3, в котором говорится о расторжении договора. Очевидно, что отказ от исполнения и расторжение сделки не одно и то же. Представляется, что в случае, когда прекращение договора требует государственной регистрации, получение заявления от внешнего управляющего об отказе от исполнения договора является основанием именно для прекращения его исполнения, а не расторжения, что в данном случае оперативно оформить практически невозможно.

Еще один вопрос, который возникает при анализе ст. 102 Закона о банкротстве, состоит в том, что значит термин «частично не исполненная сторонами сделка»? Как отмечает Т. В. Борисенкова, «данное понятие допускает неоднозначные толкования.

Первый вариант. Частично не исполненная сторонами сделка – сделка, исполненная обеими (всеми) сторонами в части, а в части – неисполненная (в случаях, когда допускается исполнение обязательства по частям, ст. 311 ГК РФ).

⁶² Кац, И. Указ. соч. / И. Кац. – С. 110.

⁶³ Там же. С. 110.

⁶⁴ Там же. С. 110.

⁶⁵ Хоуман, М. Роль режима несостоятельности в рыночной экономике / М. Хоуман // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001. – С. 35.

⁶⁶ Кац, И. Указ. соч. / И. Кац. – С. 109.

⁴⁴¹ См.: Гамбаров, Ю. С. Гражданское право. Общая часть / Ю. С. Гамбаров; под ред. В. А. Томсинова. – М., 2003. – С. 664 и 693.

⁴⁴² Борисенкова, Т. В. Указ. соч. / Т. В. Борисенкова. – 2006. – С. 3. Это мнение отражено в Постановлении ФАС Московского округа от 19 августа 2004 г. № КГ-А40/6868-04.

§ 4. Отказ от исполнения сделок должника

Статья 102 Закона о банкротстве предусматривает для внешнего управляющего возможность в течение трех месяцев с даты введения внешнего управления отказаться от исполнения сделок должника, если они препятствуют восстановлению его платежеспособности или исполнение таких сделок повлечет для него убытки по сравнению с аналогичными сделками, заключаемыми при сравнимых обстоятельствах.

Как отмечает Т. В. Борисенкова, «отказ от исполнения текущих контрактов является одним из наиболее эффективных средств восстановления платежеспособности должника в современных системах регулирования несостоятельности. Посредством реализации внешним управляющим права на отказ от исполнения сделок должника обеспечиваются интересы широкого круга лиц (должника, кредиторов) в ущерб интересам конкретного лица, которому в результате отказа от исполнения сделки могут быть причинены убытки. Поэтому, как справедливо отмечает М. Полуэктов, законодатель, устанавливая основания, по которым арбитражный управляющий может отказаться от исполнения договоров должника, разрешает довольно сложный вопрос: насколько можно ущемить принцип верности договорным обязательствам, чтобы это не привело к дестабилизации гражданского оборота»⁴³⁷.

В настоящее время в юридической литературе отказ от исполнения договоров должника рассматривается в качестве односторонней сделки⁴³⁸. Однако «вопрос о том, достаточно ли для отказа от договора воли одной стороны, по-разному решался в дореволюционном русском гражданском праве. По мнению одних ученых, отказ совершается односторонним волеизъявлением⁴³⁹, по мнению других, для отказа существенно согласие контрагента⁴⁴⁰, третьи считали отказ односторонним

⁴³⁷ Полуэктов, М. Отказ от исполнения договоров как способ защиты интересов должника и кредиторов в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) / М. Полуэктов // Юрист. – 2000. – № 1. – С. 7.

⁴³⁸ Дихтяр, А. И. Банкротство: условия действительности одностороннего отказа арбитражного управляющего от исполнения договоров должника / А. И. Дихтяр // Арбитражный и гражданский процесс. – 2001. – № 3. – С. 19.

⁴³⁹ См.: Анненков, К. Система русского гражданского права. Т. III. Права обязательственные / К. Анненков. – СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1898. – С. 452; Победоносцев, К. П. Курс гражданского права / К. П. Победоносцев. – 3 тома. – С.-Петербург: Синодальная типография, 1896. – С. 192.

⁴⁴⁰ См.: Мейер, Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.) / Д. И. Мейер. – М., 2003. – С. 708.

ствительно так, то речь идет о недостатках в правовом регулировании внешнего управления, а не в принципиальной неэффективности самой процедуры.

Как представляется, в качестве вывода из рассмотренных нами статистических данных, следует не отказ от процедуры внешнего управления как таковой, а определение более четких и обоснованных оснований для ее введения и устранения недостатков, которые, безусловно, присущи этой процедуре в настоящее время. Основное замечание противников внешнего управления заключается в том, что «неэффективное внешнее управление может привести к уменьшению активов должника, что снизит процент удовлетворения требований кредиторов». Чтобы разрешить это противоречие – увеличить стоимость имущества должника и в то же время не увлекаться реабилитационными процедурами, «необходимо, как считает Е. А. Колинченко, в рамках этой философии... найти баланс и сконструировать эти процедуры так, чтобы гарантировать, что в итоге кредитор получит не меньше, чем в результате немедленной ликвидации должника»⁶⁷.

Кроме того, недостатки внешнего управления, как видится, обусловлены следующими причинами: во-первых, недостаточностью контроля за деятельностью внешнего управляющего, причем контроля не со стороны кредиторов – те как раз, как показывает практика, обычно имеют возможность влиять на ход внешнего управления, а контроля со стороны органов, призванных обеспечить законность при проведении процедур банкротства. Как представляется, в первую очередь к таким органам относится суд, т. е. решение этой проблемы видится в увеличении роли суда, которая должна выражаться, конечно же, не во вмешательстве суда в профессиональную сферу деятельности управляющего, а в контроле за этой деятельностью и в возможности пресекать действия управляющего, ведущие к иной цели, нежели финансовое оздоровление предприятия-должника.

Второй причиной неэффективности внешнего управления является низкая заинтересованность самого внешнего управляющего в достижении целей внешнего управления. Внешний управляющий, по сути дела, не имеет никаких материальных стимулов для того, чтобы предприятие-должник работало успешнее. Даже в том случае, когда управляющий не ангажирован кредиторами, в интересах которых устранить конкурента либо приобрести его активы, сам управляющий скорее заинтересован в том, чтобы затянуть процедуру внешнего управления, т. к. он получает в это время вознаграждение за свою работу, а досрочное ее окончание,

⁶⁷ Колинченко, Е. А. Защита интересов неплатежеспособного должника при банкротстве / Е. А. Колинченко. – М., 2002. – С. 23.

даже если оно и успешное, практически ничего ему не принесет, кроме морального удовлетворения и возможного повышения в рейтинге управляющих. К вопросу о статусе управляющего мы еще обратимся в дальнейшем, а сейчас мы можем отметить необходимость нахождения стимулов для внешнего управляющего к скорейшему и успешному окончанию им процедуры внешнего управления.

Одним из основных стимулов, безусловно, является вознаграждение внешнего управляющего, однако при этом следует учесть, что общий уровень расходов на проведение внешнего управления должен быть настолько оптимальным, чтобы обеспечить быстрое и эффективное проведение процедур банкротства, с одной стороны, и в то же время быть предельно разумным, чтобы не ущемлять права кредиторов, – с другой.

В современных зарубежных правовых системах используют, как правило, два подхода к установлению вознаграждения арбитражного управляющего: повременный, основывающийся на реально затраченном времени (так, в Великобритании в настоящее время используют в основном повременный метод), и процентный, исчисляемый на основе соотношения средств, полученных от реализации имущества, и выплат по требованиям кредиторов от реализации.

Однако, как утверждают ученые и практики, существуют негативные последствия применения и первого, и второго подходов.

Оппоненты повременной системы оплаты утверждают, что она не способствует повышению эффективности работы и позволяет тратить больше времени, чем нужно. Ее защитники возражают против этого, утверждая, что стимул для повышения эффективности все равно существует, поскольку большая часть работы поступает от банков или других крупных кредиторов, представители которых регулярно входят в состав комитетов кредиторов и оказывают влияние на того, кто получит следующее назначение⁶⁸.

Установление вознаграждения на процентной основе также может иметь негативные последствия. К примеру, если арбитражный управляющий получает всего несколько процентов от стоимости реализованного имущества, у него может и не быть стимулов нести работу по определению и возврату так называемых трудных активов.

С. А. Карелина полагает, что в российских условиях наилучшим подходом была бы комбинация двух описанных выше методов. В этом случае вознаграждение арбитражного управляющего должно складываться из двух элементов: повременной оплаты за фактически отработанное время и процента от реализации активов⁶⁹.

вершенных с любыми, а не только с заинтересованными лицами. При этом следует предоставить возможность заявлять в суд ходатайства об опровержении сделок всем заинтересованным лицам, в том числе не являющимся кредиторами (это касается в первую очередь учредителей (участников) должника).

⁶⁸ См.: Хоуман, М. Указ. соч. / М. Хоуман. – С. 93.

⁶⁹ См.: Карелина, С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) / С. А. Карелина. – СПС Консультант плюс. – С. 55.

платежей, они должны удовлетворяться в составе требований кредиторов третьей очереди;

2) что касается соотношения норм о недействительности сделок должника и виндикации, то следует исключить применение ст. 302 ГК РФ в рассматриваемой сфере;

3) Закон о банкротстве использует термин «сделка» не в узком смысле, ограничиваясь гражданско-правовым аспектом, а в широком смысле, подразумевая под ним юридические действия, возникающие также из трудовых, налоговых и иных правоотношений. Таким образом, кредитор может опровергать не только сделки гражданско-правовой направленности, но и «сделки» по уплате налогов и выплате заработной платы. Это значит, что на «предпочтительные» платежи в бюджет юридический иммунитет не распространяется. Однако поскольку в таком случае правовое регулирование существенным образом ухудшает статус кредиторов по обязательным платежам, представляется необходимым внести дополнения в ст. 103 Закона о банкротстве, предусмотрев, что ее действие не распространяется на таких кредиторов;

4) под предпочтительным удовлетворением требований одних кредиторов перед другими кредиторами следует понимать удовлетворение денежных требований в любой имущественной форме, в частности договоры об отступном, где удовлетворение денежных требований предусмотрено в форме передачи имущества, а также заключение должником с отдельным кредитором после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и (или) в течение шести месяцев, предшествующих подаче заявления о признании должника банкротом, договора о залоге имущества должника в обеспечение ранее возникшего обязательства. При оценке сделок должника на предмет их предпочтительности следует учитывать намерения кредитора при ее совершении, что позволит защитить интересы добросовестных кредиторов, а в целом будет способствовать устойчивости гражданского оборота;

5) если платежи по текущим сделкам отличаются от обычно взимаемых (необоснованно завышен размер, использована ранее не применявшаяся форма расчетов и т. п.), то такие сделки могут быть подвержены опровержению на общих основаниях;

6) следует включить в Закон о банкротстве положение, согласно которому денежные обязательства, возникшие после возбуждения дела о банкротстве по правилам об отступном и о новации, не являются текущими, равно как и производные денежные требования, представляющие собой убытки;

7) в Закон о банкротстве должна быть включена общая норма о признании недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, со-

Представляется, что в отношении повременной оплаты может быть использован и иной подход, т. е. определенная сумма может выплачиваться внешнему управляющему независимо от длительности его работы, что будет стимулировать его к скорейшему достижению положительного результата. Что же касается процентного вознаграждения, то к внешнему управлению такой подход может быть применим, например, с точки зрения разницы между активами в начале и в конце внешнего управления. Такая система представляется наиболее оптимальной в смысле стимуляции внешнего управляющего, хотя возможны и иные подходы. Например, опираясь на германский опыт, В. А. Химичев полагает, что «вознаграждение арбитражного управляющего целесообразно определять исходя из стоимости конкурсной массы, объема и степени сложности выполняемой им работы»⁷⁰. Следует отметить, что хотя эти выводы сделаны в отношении конкурсного производства, представляется, они справедливы и в отношении внешнего управления.

Еще одна задача, о которой уже говорилось и к решению которой мы должны стремиться, — обеспечение независимости внешнего управляющего от нежелательных посторонних влияний⁷¹. К этой проблеме мы еще обратимся в дальнейшем, здесь же мы можем согласиться с В. А. Химичевым, который отмечает, что «при проведении процедур банкротства оптимальным вариантом является неангажированная фигура арбитражного управляющего, обладающего специальными познаниями в области антикризисного управления»⁷². Он полагает, что действующий в настоящее время «механизм назначения арбитражных управляющих не обеспечивает их независимости. Напротив, они полностью зависимы от саморегулируемой организации арбитражных управляющих (СРО), которая, по существу, и определяет, кого назначить арбитражным управляющим конкретного должника»⁷³. Решение этой проблемы видится, по мнению В. А. Химичева, «в усилении роли и суда, и кредиторов. Кредиторы должны выбирать не СРО, а арбитражных управляющих, входящих в эту организацию, или же независимых арбитражных управляющих. Суд же должен назначать арбитражного управляющего не методом исключения, как это, по существу, происходит по действующему закону, а с учетом собственной оценки конкретного кандидата на должность

⁷⁰ Химичев, В. А. Перспективные направления совершенствования правового регулирования в сфере несостоятельности (банкротства) / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. — 2005. — № 6. — С. 163.

⁷¹ См.: Голубев, В. В. Арбитражные управляющие: квалификационные требования, этика, ответственность / В. В. Голубев // Прил. к «Вестнику ВАС РФ» № 3 за 2001 год. — С. 78–79.

⁷² Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. — 2005. — С. 162.

⁷³ Там же. С. 163.

управляющего. Деятельность арбитражного управляющего должна быть подконтрольной суду, которому для этого необходимо иметь право по собственной инициативе отстранять «неисправных» управляющих от исполнения обязанностей»⁷⁴.

Таким образом, еще одной проблемой, которая препятствует в том числе эффективности внешнего управления, является, как полагают многие авторы, недостаточно активная позиция суда. Речь идет о так называемых дискреционных полномочиях суда, т. е. о возможности судебного усмотрения в делах о банкротстве. Эта проблема не нова, еще И. А. Покровский отмечал, что «закон не действует механически; для своего осуществления в жизни он нуждается в живом посреднике, который применит его к конкретным случаям. Таким посредником является суд. Но суд не есть простой счетный или логический механизм, он также имеет свой разум и свои убеждения о справедливом и должном, и вот для права возникает крупнейшая проблема: каково должно быть принципиальное отношение судьи к закону – должен ли он всегда и при всяких условиях быть только истолкователем и применителем закона или же перед лицом конкретной жизни ему должна быть предоставлена более самостоятельная и более творческая роль»⁷⁵. Дореволюционные авторы обосновывали необходимость расширения дискреционных полномочий суда при банкротстве тем, что состязательное начало в таком случае имеет более узкие рамки по сравнению с обычным иском производством⁷⁶.

В настоящее время, как отмечает ряд авторов, законодательство о банкротстве содержит недостаточное количество норм, допускающих судебское усмотрение в делах о банкротстве⁷⁷. Необходимость расширения судебного усмотрения в делах о банкротстве объясняется особым характером отношений между участниками процесса.

Выше мы уже обозначили конфликт интересов как одну из центральных проблем внешнего управления. Причем, как полагает В. А. Химичев, «при банкротстве не может быть не только единого мнения различных участников, но и единого мнения кредиторов, составляющих один или разные классы. Поэтому необходимо понимать, что права кредитора или должника в условиях несостоятельности находятся в системе прав

ности, если в момент ее совершения должник был неплатежеспособным и другая сторона знала о его неплатежеспособности»⁴³³.

Следует согласиться с мнением Т. В. Борисенковой о том, что «в Закон о банкротстве 2002 г. должна быть включена общая норма о признании недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, совершенных с любыми, а не только с заинтересованными лицами»⁴³⁴.

Кроме того, существует проблема, которую отмечала М. В. Телюкина еще в отношении ранее действующего Закона о банкротстве 1998 г. и которая не решена действующим Законом. В сделках с заинтересованным лицом заявлять соответствующие ходатайства в суд имеет право только внешний управляющий; в других случаях – внешний управляющий и любой конкурсный кредитор. Следует согласиться с ее мнением о том, что «целесообразно эти положения Закона изменить, с тем чтобы кредиторы могли ходатайствовать в суд об опровержении сделок должника по любому основанию»⁴³⁵.

Заслуживает внимания также ее вывод о том, что «логично было бы предоставить возможность заявлять в суд ходатайства об опровержении сделок всем заинтересованным лицам, в том числе не являющимся кредиторами. В качестве наиболее заинтересованных можно отметить учредителей (участников) должника, которые не имеют возможности влиять на действия управляющего, но прямо заинтересованы в восстановлении платежеспособности должника. Поэтому весьма вероятно, что участники обратят внимание на незаконные действия управляющего. К сожалению, в настоящее время что-либо изменить без участия кредиторов они не смогут»⁴³⁶.

Таким образом, в ходе нашего исследования мы пришли к следующим выводам:

1) необходимо вернуться к концепции «относительной недействительности сделки», согласно которой последствия недействительности сделки направлены на устранение ее отрицательного эффекта, а не на уничтожение всей сделки. В частности, это означает, что реституционные денежные требования не следует рассматривать в качестве текущих

⁷⁴ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – С. 163.

⁷⁵ Покровский, И. А. Основные проблемы гражданского права / И. А. Покровский. – М., 1998. – С. 90.

⁷⁶ См.: Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Статут, 2000. (Классика российской цивилистики). – С. 312.

⁷⁷ См.: Вахитов, Р. С. Судейское усмотрение и некоторые проблемы его реализации / Р. С. Вахитов, Е. В. Севастьянова // Арбитражная практика. – 2002. – № 6. – С. 45.

⁴³³ См.: Папе, Г. Указ. соч. / Г. Папе. – С. 206; Аналогичное мнение высказано Т. В. Борисенковой. См.: Борисенкова, Т. В. Актуальные проблемы согласования частных и публичных интересов при отказе от исполнения сделок должника в процедурах банкротства / Т. В. Борисенкова // Гражданское право. – 2006. – № 3. – С. 5–6.

⁴³⁴ Там же. С. 6.

⁴³⁵ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 293.

⁴³⁶ Там же. С. 293.

обстоятельства в норме пункта 3 статьи 103 Закона о банкротстве, равно как и в пункте 3 статьи 78 ранее действовавшего Закона (1998 г.), по нашему мнению, подразумевается»⁴²⁹.

А. В. Юхнин, используя по аналогии положения статьи 302 ГК РФ, справедливо считает, что последствия недействительности сделки не могут быть применены, если контрагент по сделке докажет, что он не знал и не мог знать, что должник в момент совершения сделки являлся неплатежеспособным⁴³⁰.

Таким образом, соглашаясь с мнением В. А. Химичева, мы можем сделать вывод, что необходимо «при оценке сделок должника учитывать намерения кредитора при ее совершении, что позволит защитить интересы добросовестных кредиторов, а в целом будет способствовать устойчивости гражданского оборота»⁴³¹.

Пункт 2 статьи 103 Закона о банкротстве предусматривает возможность признания недействительными сделок, в результате исполнения которых кредиторам или должнику были или могут быть причинены убытки, если такие сделки совершены должником с заинтересованными лицами. При этом, как отмечает Т. В. Борисенкова, «положения Закона о банкротстве не позволяют опровергать убыточные сделки, заключенные должником с иными лицами».

Вместе с тем возможность опровержения сделок, по которым должник не получил достаточного встречного удовлетворения, причиняющих ущерб кредиторам, составляет важную часть положений о признании сделок недействительными, имеющихся в законодательстве о банкротстве европейских стран. Так, в соответствии со ст. L-621–107 Коммерческого кодекса Франции, в частности, аннулируются и признаются ничтожными с даты наступления неплатежеспособности должника все контракты, в соответствии с которыми обязательства должника существенно превышают обязательства его контрагента⁴³². В соответствии с § 132 Положения о несостоятельности Германии оспаривается сделка, заключенная должником и причиняющая прямые убытки кредиторам, в том числе которая совершена в течение последних трех месяцев до подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятель-

других участников конкурсных отношений и в состоянии конфликта интересов. При таких обстоятельствах законодателю нужно выбрать оптимальный режим правового регулирования, обеспечивающий баланс интересов всех участников конкурсных отношений.

В силу своей сложности эта задача трудновыполнима. Самые испытанные указания практики, самые глубокие исследования теории не в состоянии устранить в области банкротства трудности, которые коренятся в самой природе этого института. Поэтому можно смело сказать, что в делах о банкротстве потребность в широких дискреционных полномочиях суда может возникнуть даже при самом, казалось бы, совершенном законодательстве»⁷⁸.

Очевидно, что речь может идти о наличии у суда дискреционных полномочий только в той сфере, которая прямо не урегулирована законом, в том числе ввиду необходимости решать те или иные вопросы исходя из конкретной ситуации.

«Вопросы относительно компетенции суда, рассматривающего дела о несостоятельности, и путей реализации этой компетенции могут возникнуть там, где закон неясен, или имеет пробелы, или его буквальное толкование ведет к несправедливости. В этом случае судья должен решить, может ли он разрешать неясности, заполнять пробелы и конструктивно толковать закон для осуществления намерения законодателя создать эффективную и справедливую систему»⁷⁹.

В дальнейшем по ходу работы мы будем неоднократно возвращаться к этим вопросам, здесь же, по итогам нашего исследования, мы можем сделать следующие выводы:

1) в действующем законодательстве о банкротстве преобладает реабилитационный уклон, что не всегда оправданно с экономической точки зрения. Поэтому необходимо заняться поиском моделей, обеспечивающих более сбалансированный подход при выборе ликвидационных или реорганизационных процедур;

2) в настоящее время процедура внешнего управления малоэффективна, в том числе по причине того, что она используется разными лицами в целях, далеких от тех задач, решить которые призван институт банкротства. В этой связи следует сосредоточить внимание на том, чтобы нивелировать нежелательные влияния на ход внешнего управления;

⁴²⁹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 174.

⁴³⁰ См.: Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. – М.: Статут, 2000. – С. 198.

⁴³¹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 174.

⁴³² См.: Сравнительный анализ регулирования вопросов признания сделок недействительными в законах о банкротстве нескольких стран ЕС, включая Францию, Соединенное Королевство, Германию и Нидерланды // Проект Тасис «Эффективность процедур банкротства (Банкротство-II)». – С. 16.

⁷⁸ Химичев, В. А. Судейское усмотрение в делах о банкротстве / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 1. – С. 148.

⁷⁹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 149; см. также: Лайтман, Г. Роль суда / Г. Лайтман // Российско-британский семинар судей, рассматривающих дела о несостоятельности (банкротстве): Приложение к «Вестнику ВАС РФ» № 3 за 2001 год. – С. 30.

3) принципиальный отказ от процедуры внешнего управления в пользу финансового оздоровления или конкурсного производства нецелесообразен, и следует совершенствовать саму процедуру внешнего управления, для чего, в частности, необходимо: определение более четких и обоснованных оснований для ее введения; нахождение баланса в интересах участников этой процедуры; увеличение дискреционных полномочий суда в деле о банкротстве; обеспечение независимости внешних управляющих и создание стимулов в их работе.

В качестве таких стимулов может быть использована повременная оплата, либо напротив, определенная сумма может выплачиваться внешнему управляющему независимо от длительности его работы, что будет стимулировать его к скорейшему достижению положительного результата. Наряду с этим может быть использована система процентного вознаграждения, например, в виде процента от разницы между активами в начале и в конце внешнего управления.

Иные меры по повышению эффективности процедуры внешнего управления будут рассмотрены нами в ходе дальнейшего исследования.

о банкротстве по правилам об отступном и о новации, нельзя рассматривать в качестве текущих, равно как и производные денежные требования, представляющие собой убытки.

Однако правовое положение указанных групп кредиторов будет различным. Кредиторов с денежным требованием, возникшим в связи с прекращением неденежного обязательства по правилам об отступном и о новации, есть все основания рассматривать в качестве конкурсных кредиторов с правом голоса (если же, конечно, характер обязательства будет отвечать требованиям ст. 2 Закона о банкротстве)⁴²⁶.

Возвращаясь к вопросу о том, что такое сделка с предпочтением, следует определиться с тем, нужно ли в этом случае учитывать осведомленность кредитора? «При признании сделки с предпочтением недействительной в странах, где принимается во внимание знание кредиторов о несостоятельности должника, используются различные подходы. Если, например, в Германии знание об обстоятельствах, позволяющих сделать вывод о неплатежеспособности, приравнивается к знанию о неплатежеспособности, то во Франции, напротив, во внимание принимается именно знание кредитора о неплатежеспособности должника, а не его возможные предположения об этом»⁴²⁷.

Характерно, что «Закон о банкротстве 2002 года, так же как и Закон 1998 года, прямо не связывает возможность признания сделки недействительной ни с намерениями должника, ни с наличием у кредитора знаний о его неплатежеспособности.

При применении пункта 3 статьи 78 Закона о банкротстве 1998 года суды, в основном, принимали во внимание наличие только двух условий: оспариваемая сделка должна быть заключена после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и (или) в течение шести месяцев, предшествовавших подаче заявления о признании должника банкротом, и ее совершение влечет предпочтительное удовлетворение требований одних кредиторов перед другими⁴²⁸.

На наш взгляд, использование в диспозиции исследуемой нормы права термина «предпочтительное удовлетворение» дает основания полагать, что для признания сделки недействительной наряду с прочими условиями также необходимо, чтобы кредитор был осведомлен об отданном ему предпочтении. Иными словами, установление указанного

⁴²⁶ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 65.

⁴²⁷ См.: Колинченко, Е. А. Указ. соч. / Е. А. Колинченко. – С. 73.

⁴²⁸ См. напр., Постановления Федерального арбитражного суда Московского округа от 26.03.03 по делу № КГ-А 41/1003-03, от 31.07.01 по делу № КГ-А 40/3891-01.

сделок, которые могут быть оспорены кредиторами, так называемые «текущие» сделки (например, договоры по энерго- или водоснабжению).

Исключение это связано с тем, что «задача обеспечения стабильности гражданского оборота не снимается с введением в отношении должника процедур банкротства. Видимо, поэтому в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) развитых зарубежных стран содержатся положения о сделках, осуществляемых в течение обычного хода предпринимательской деятельности, которые не могут быть оспорены кредиторами, если даже они отвечают специальным условиям недействительности сделок»⁴²¹.

Однако, как полагает В. А. Химичев, в этом случае «все же необходимо оговориться: если платежи по указанным сделкам будут отличаться от обычно взимаемых (необоснованно завышен размер, использована ранее не применявшаяся форма расчетов и т. п.), то такие сделки могут быть подвержены опровержению на общих основаниях»⁴²².

Обращает на себя внимание то, что сами текущие платежи неоднородны. «Как обоснованно отмечается в юридической литературе, несмотря на то, что текущие платежи объединены общим понятием, данным в ст. 5 Закона о банкротстве, порядок их учета и исполнения в процедурах банкротства значительно отличается»⁴²³. Е. Ю. Пустовалова подразделяет текущие требования на требования в отношении дела о банкротстве и требования в отношении соответствующих процедур банкротства»⁴²⁴.

Следует согласиться с мнением тех авторов, которые избегают буквального толкования п. 1 ст. 5 Закона о банкротстве. Например, О. А. Никитина считает, что денежные требования, возникшие в процедурах банкротства в связи с ненадлежащим исполнением должником денежного обязательства и представляющие собой убытки, подлежат включению в реестр требований кредиторов по правилам ст. 71 и 100 Закона о банкротстве. Они не могут быть отнесены к текущим платежам и удовлетворяться во внеочередном порядке»⁴²⁵.

В связи с этим представляется целесообразным предложение В. А. Химичева «включить в Закон о банкротстве положение, согласно которому денежные обязательства, возникшие после возбуждения дела

§ 2. Основания введения и срок действия внешнего управления

Как уже было отмечено ранее, одним из основных факторов, способствующих успешному достижению целей внешнего управления, является обоснованность введения этой процедуры. В. А. Химичев делает вывод, что «нормы Закона 2002 года не отводят анализу финансового состояния должника решающего значения при выборе процедур банкротства»⁸⁰. М. Хоуман отмечает, что «российский закон существенно отличается от английского в том, что в Англии выбор наиболее подходящей процедуры несостоятельности осуществляется по рекомендации эксперта сразу после возбуждения дела. К примеру, если представляется, что нет шансов на осуществление реструктуризации через мировое соглашение и невозможно продолжить деятельность предприятия на срок, достаточный для его продажи, то компания попадет сразу в конкурсное производство»⁸¹.

К сожалению, российское законодательство дает возможность ввести внешнее управление несмотря на его заведомую безрезультатность. В этой связи следует согласиться с мнением В. А. Химичева о том, что «критического отношения заслуживают положения п. 3 ст. 70 Закона 2002 года, позволяющие кредиторам, несмотря на то, что в результате анализа финансового состояния должника установлена недостаточность стоимости принадлежащего должнику имущества для покрытия судебных расходов, принять решение о введении внешнего управления, определив при этом источники покрытия судебных расходов»⁸².

Буквальное толкование приведенной нормы права позволяет сделать вывод о возможности введения внешнего управления при недостаточности стоимости принадлежащего должнику имущества для покрытия судебных расходов, тогда как, например, в немецком праве это обстоятельство является основанием для прекращения производства по делу согласно § 207 Положения о несостоятельности⁸³. Не со всеми выводами можно согласиться, и этот вопрос еще будет рассмотрен в дальнейшем, однако в целом можно согласиться с выводом В. А. Химичева, который отмечает, что «нормы Закона 2002 года сконструированы таким образом, что ориентируют суд при наличии предусмотренных в законе

⁴²¹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 173.

⁴²² Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 60.

⁴²³ См.: Новоселова, Л. А. Постатейный комментарий Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» / Л. А. Новоселова // Вестник ВАС РФ. – 2003. – № 7. – С. 101.

⁴²⁴ См.: Пустовалова, Е. Ю. Указ. соч. / Е. Ю. Пустовалова. – С. 21.

⁴²⁵ См.: Никитина, О. А. Конкурсное производство / О. А. Никитина // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001. – С. 154–155; Она же. Конкурсное производство // Арбитражная практика. – 2003. – № 7. – С. 8.

⁸⁰ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 34.

⁸¹ Хоуман, М. Указ. соч. / М. Хоуман. – С. 42–43.

⁸² Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 33.

⁸³ См.: Папе, Г. Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии. Комментарий к действующему законодательству / Г. Папе; пер. с нем. – М., 2002. – С. 79–80.

оснований принять решение о введении реабилитационных процедур и в том случае, если это не отвечает воле большинства кредиторов (п. 1 ст. 53, п. 2 и п. 3 ст. 75, п. 1 ст. 92 и п. 1 ст. 146). Конкурсное производство вводится по остаточному принципу - при отсутствии оснований для введения реабилитационных процедур (п. 1 ст. 53)»⁸⁴. В новом Законе, по мнению В. В. Долинской, явно прослеживается цель восстановления статуса полноценного субъекта гражданского оборота, и только при ее недостижении происходит ликвидация должника вследствие его несостоятельности⁸⁵. Указанное правило выбора процедур банкротства, возведенное законодателем, по существу, в один из принципов правового регулирования конкурсных отношений, было свойственно и Закону 1998 года. Устанавливая, что решение о введении внешнего управления принимается собранием кредиторов, Закон 1998 года, делает вывод Ю. П. Свит, допускал в ряде случаев возможность введения внешнего управления по инициативе арбитражного суда. «Причем, – как далее отмечает автор, – арбитражный суд при определенных условиях имеет право пойти вразрез с решением, принятым собранием кредиторов. В частности, когда имеются достаточные основания полагать, что решение первого собрания кредиторов об обращении в арбитражный суд с ходатайством о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства принято в ущерб большинству кредиторов и установлена реальная возможность восстановления платежеспособности должника. Ситуация, когда могут оказаться неучтенными интересы большинства кредиторов, обусловлена тем, что число голосов, принадлежащих конкурсному кредитору, определяется суммой его требований. Поэтому возникает необходимость гарантировать интересы тех кредиторов, сумма требований которых незначительна, а также должника»⁸⁶.

Такое стремление понятно, однако и единодушное мнение кредиторов не всегда может быть обосновано. Так, например, кредиторы в деле № А48-1028/04-176⁸⁷ «без всяких к тому экономических оснований принимают решение о введении в отношении должника внешнего управления, а арбитражный управляющий, обладая специальными познаниями в анализе финансового состояния должника, делает вывод о невозможности восстановления платежеспособности. Какое решение должен принять суд? Закон позволяет суду отвергнуть экономически

в течение шести месяцев, предшествовавших подаче заявления о признании должника банкротом, договора о залоге имущества должника в обеспечение ранее возникшего обязательства.

Отрадно, что практика идет по пути признания недействительными договоров о залоге, заключенных должником в период подозрительности»⁴¹⁷.

В этой связи показателен также российский дореволюционный опыт. Платеж по непросроченным обязательствам по российскому дореволюционному законодательству (ст. 485 Устава судопроизводства торгового) считался незаконным, деньги взыскивались обратно в конкурсную массу⁴¹⁸.

Вместе с тем, рассматривая возможность досрочного удовлетворения требований кредиторов по неденежному обязательству на предмет применения статьи 485 Устава судопроизводства торгового, Г. Ф. Шершеневич приходит к выводу о том, что при отсутствии в законодательстве систематизированных правил относительно опровержения действий должника, совершенных им до объявления несостоятельности, ввиду их отрицательного характера для интересов гражданского оборота необходимо держаться ограничительного, а не расширительного толкования⁴¹⁹.

В. А. Химичев полагает, что «этот вывод вполне применим и к современным конкурсным отношениям. Такая позиция обусловлена отсутствием связи между наличием признаков банкротства и неисполнением неденежных обязательств. В основу определения признаков банкротства юридических лиц положен принцип «неплатежеспособности», основанный на неисполнении должником в течение определенного времени денежных обязательств и обязательных платежей. Поэтому принятый в Законе о банкротстве критерий несостоятельности (банкротства) позволяет вывести исполнение неденежных обязательств за рамки контроля при оценке сделок должника на предмет их предпочтительного удовлетворения.

Полагаем, что если не иметь четкой системы, включающей в себя критерии для оценок сделок должника, совершенных в период подозрительности, то буквально все сделки, относящиеся к указанному периоду, априори можно рассматривать на предмет их опровержения»⁴²⁰.

Закон о несостоятельности (банкротстве) 2002 г. исключил из числа

⁸⁴ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 34.

⁸⁵ См.: Долинская, В. В. Новый этап развития законодательства о несостоятельности (банкротстве) / В. В. Долинская // Закон. – 2003. – № 8. – С. 9.

⁸⁶ Свит, Ю. П. Восстановительные процедуры – способ предотвращения банкротства / Ю. П. Свит // Российская юстиция. – 1998. – № 3. – С. 17.

⁸⁷ Дело № А48-1028/04-176 // Архив Арбитражного суда Орловской области.

⁴¹⁷ См. напр., Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 06.11.01 № КГ-А 40/6337-01.

⁴¹⁸ См.: Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – М.: Статут, 2000. (Классика российской цивилистики). – С. 294–295.

⁴¹⁹ См.: Шершеневич, Г. Ф. Указ. соч. / Г. Ф. Шершеневич. – 2000. – С. 295.

⁴²⁰ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 172.

Такой вывод прямо следует и из логического толкования пункта 2 статьи 28 Закона о банкротстве 1992 года, который в случае признания действий должника недействительными предусматривал обязанность кредиторов возвратить в конкурсную массу все полученное ими в результате этих действий, а при невозможности возвратить полученное в натуре – возместить его стоимость в деньгах»⁴¹².

Выводы В. А. Химичева подтверждаются судебно-арбитражной практикой. «К сделкам с предпочтением суды относят договоры об отступном, где удовлетворение денежных требований предусмотрено в форме передачи имущества»⁴¹³.

Спорным является также вопрос о том, следует ли рассматривать залог имущества должника как предпочтительное удовлетворение требований кредиторов. «В современных системах несостоятельности (банкротства) развитых зарубежных стран заключение договора о залоге в обеспечение ранее возникшей задолженности должника рассматривается как предпочтительное удовлетворение требования, что прямо находит отражение в правовых нормах»⁴¹⁴.

Вместе с тем заметим, что само по себе заключение договора о залоге не влечет предпочтительного удовлетворения требований кредиторов. Договор создает лишь возможность такого удовлетворения в будущем. Поэтому квалифицировать договор о залоге как сделку с предпочтением, применяя положения пункта 3 статьи 103 Закона о банкротстве, достаточно сложно, если учесть, что Закон вообще не дает понятия предпочтительного удовлетворения»⁴¹⁵.

Однако В. А. Химичев считает, что «для целей применения такого основания недействительности сделки наступление негативных правовых последствий для кредиторов не столь важно. Достаточно лишь намерения кредитора обеспечить свое требование на случай признания должника банкротом, чтобы при ликвидации оно имело преимущественное удовлетворение. Разумеется, такое удовлетворение противоречит целям и задачам конкурсного процесса»⁴¹⁶.

Кроме того, в отношении непосредственно залога В. А. Химичев полагает, что «следует рассматривать как предпочтительное удовлетворение требований одних кредиторов перед другими кредиторами и заключение должником с отдельным кредитором после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом и (или)

обоснованную позицию арбитражного управляющего и принять не отвечающую здравому смыслу позицию кредиторов»⁸⁸.

Как мы уже упоминали об этом, более рациональный подход при определении того, какие процедуры банкротства необходимо вводить, применяется в Великобритании: если кредитор или должник ходатайствуют о введении внешнего управления, предложенный ими лицензированный управляющий должен представить суду отчет о том, что, с его точки зрения, внешнее управление будет способствовать достижению лучшего результата для кредиторов, чем ликвидация⁸⁹. Если в России конкурсное производство вводится по остаточному принципу, когда нет возможности прибегнуть к реабилитации должника, то, напротив, в Германии всегда первоначально открывается конкурсное производство, при проведении которого на основе отчета конкурсного управляющего принимается решение о возможности продолжения деятельности предприятия или о его окончательной ликвидации⁹⁰.

В. А. Химичев отмечает, что «и в Законе 2002 года есть положения, когда суд может принять решение о введении внешнего управления при установлении реальной возможности восстановления платежеспособности должника. Однако это условие может игнорироваться, если есть другие предусмотренные Законом основания введения этой процедуры, например обращение кредиторов (п. 1 ст. 92). Внешнее управление, если буквально понимать п. 1 ст. 92 Закона о банкротстве, т. е. рассматривать предусмотренные в ней условия не как взаимозависимые и самодостаточные, может быть введено вопреки выводам финансового анализа о невозможности восстановления платежеспособности должника. Таким образом, реальная возможность восстановления платежеспособности должника не рассматривается законодателем в качестве принципа для введения внешнего управления»⁹¹.

В итоге на практике это приводит к тому, что «в тех делах о банкротстве, где на основании решения кредиторов вводилось внешнее управление, хотя по объективным признакам следовало бы открывать конкурсное производство, должники в конечном итоге признавались банкротами. При этом за период внешнего управления кредиторская задолженность увеличивалась, возникали значительные издержки внешнего управления. Эти обстоятельства не позволяли кредиторам получить то,

⁴¹² Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 170.

⁴¹³ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 23.11.01 № КГ-А 40/6775-01 и от 29.12.01 № КГ-А 40/7678-01.

⁴¹⁴ См.: Колинченко, Е. А. Указ. соч. / Е. А. Колинченко. – С. 109.

⁴¹⁵ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 171.

⁴¹⁶ Там же. С. 171.

⁸⁸ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 36.

⁸⁹ См.: Ерофеев А. Критерии банкротства: мораторий и другие последствия начала процедур / А. Ерофеев // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001. – С. 59.

⁹⁰ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 119–120.

⁹¹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 37.

на что они вправе были рассчитывать при своевременном открытии конкурсного производства. Согласно данным аналитического учета Арбитражного суда Орловской области за период с 1995 года по октябрь 2004 года внешнее управление по ходатайству кредиторов было введено на 45 предприятиях⁹². В ходе внешнего управления было заключено только девять мировых соглашений. Платежеспособность по другим предприятиям не была восстановлена, а в двух делах из девяти, по которым было заключено мировое соглашение, его условия должниками не были выполнены. Конкурсное производство, открытое с большим опозданием, уже не могло быть эффективным, поскольку огромные издержки внешнего управления и расходы по текущим обязательствам... не позволили удовлетворить требования кредиторов в том объеме, на который они были вправе рассчитывать при немедленной ликвидации⁹³.

Вследствие этого В. Ф. Попондопуло делает вывод, что «целевая установка законодателя на преимущественный выбор реабилитации должника, судя по складывающейся судебной практике, не оправдывает себя. «Очевидно, – отмечает автор, – для повышения эффективности законодательства о банкротстве установленные приоритеты надо менять. От навязываемой законодателем процедуры внешнего управления больше вреда, чем пользы»⁹⁴.

Однако существует и иная точка зрения. По мнению некоторых авторов, «ликвидация должна иметь место только в том случае, если предприятие фактически перестало функционировать или если возможность восстановления производства столь незначительна, что кредиторам будет грозить гораздо больший риск в случае, если деятельность предприятия будет продолжена»⁹⁵.

В итоге мы можем согласиться с тем, что «при разумно обоснованном подходе к введению процедур банкротства всегда должен быть выбор между их ликвидационной либо реабилитационной направленностью. Предпочтение реабилитации априори отдаваться не должно»⁹⁶.

⁹² Данные аналитического учета Арбитражного суда Орловской области за период с 1995 года по октябрь 2004 года // Архив Арбитражного суда Орловской области.

⁹³ Химичев, В. А. Перспективные направления совершенствования правового регулирования в сфере несостоятельности (банкротства) / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. – 2005. – № 6. – С. 160.

⁹⁴ Попондопуло, В. Ф. Конкурсное право: Правовое регулирование несостоятельности (банкротства): учеб. пособие / В. Ф. Попондопуло. – М.: Юрист, 2001. – С. 26.

⁹⁵ См.: Аленичева, Т. Д. Банкротство. Законодательство и практика применения в России и за рубежом / Т. Д. Аленичева, С. П. Гришаев. – М.: ЮКМС, 1993. – С. 111.

⁹⁶ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 161.

может приобрести такое качество только в результате произведенного должником исполнения обязательства»⁴⁰⁸.

В других системах несостоятельности, например в Великобритании, «предпочтения» определяются как действия, в результате которых один из кредиторов попадает в лучшее положение, чем то, в котором бы он находился в случае, если компания попадает под процедуру банкротства⁴⁰⁹.

Определяя «предпочтительность» положения кредитора, В. А. Химичев предлагает обратить внимание «на статью 9 Закона о банкротстве, обязывающую должника обратиться в арбитражный суд с заявлением о признании несостоятельным (банкротом) в случае, если, в частности, удовлетворение требований одного кредитора или нескольких кредиторов приводит к невозможности исполнения должником денежных обязательств, обязанностей по уплате обязательных платежей и (или) иных платежей в полном объеме перед другими кредиторами»⁴¹⁰.

Остается, однако, неясным, какие требования имеются в виду? «Закон умалчивает о характере требований кредиторов, удовлетворение которых может привести к их предпочтительности. Буквальное толкование статьи не позволяет прямо сказать, что это касается только денежных требований. Но если толковать эту норму права в совокупности с нормами, определяющими признаки банкротства несостоятельного должника, то можно прийти к выводу о том, что неденежные обязательства находятся за рамками действия рассматриваемой нормы права.

Вместе с тем представляется правильным, что обязанность должника по подаче заявления в арбитражный суд, обусловленная угрозой возникновения физической невозможности удовлетворения требований всех кредиторов, возникает как за счет уменьшения активов должника путем денежного удовлетворения требований кредиторов, так и путем отчуждения имущества должника»⁴¹¹. В последнем случае речь может идти, например, об отступном.

В. А. Химичев полагает, что «под предпочтительным удовлетворением требований одних кредиторов перед другими кредиторами следует понимать удовлетворение денежных требований в любой имущественной форме.

⁴⁰⁸ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 43.

⁴⁰⁹ См.: Робертсон, А. О несостоятельности в Великобритании: Материалы семинара судей арбитражных судов Российской Федерации по теме «Рассмотрение дел по спорам, связанным с несостоятельностью (банкротством)» / А. Робертсон. – Москва, Российская академия государственной службы при Президенте РФ, 15–18 апреля 2003 года. – С. 285.

⁴¹⁰ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 169.

⁴¹¹ Там же. С. 169–170.

стве 2002 года, регулируя конкурсные отношения, не рассматривает в качестве приоритетных обязательства по уплате налогов и сборов. Государство уравнило в правах с конкурсными кредиторами. Следствием такого регулирования является то, что на «предпочтительные» платежи в бюджет юридический иммунитет не распространяется. Однако вряд ли законодатель преследовал такую цель. Думается, что в таком виде правовое регулирование существенным образом ухудшает статус кредиторов по обязательным платежам»⁴⁰⁵.

В связи с этим представляется необходимым внести дополнения в ст. 103 Закона о банкротстве, предусмотрев, что ее действие не распространяется на кредиторов по обязательным платежам.

Выше мы упоминали о мнении А. А. Дубиничина о том, что признание недействительными сделок «с предпочтением» является эффективным способом борьбы с многочисленными злоупотреблениями, однако в Законе о банкротстве не определены признаки, позволяющие квалифицировать сделки, влекущие «предпочтительное» удовлетворение требований одних кредиторов перед другими. Сам А. А. Дубиничин задается вопросом: «Что означает предпочтительность удовлетворения в данном случае? Когда у должника не менее двух кредиторов, срок исполнения обязательств перед которыми наступил, он, выполняя свои договорные обязательства, всегда «предпочитает» кого-то из них, то есть производит исполнение одному из партнеров в первоочередном порядке»⁴⁰⁶. В связи с этим А. А. Дубиничин полагает, что предпочтительность «должна носить явный характер. Например, если должник при наличии непогашенной задолженности по налогам приобретает имущество, досрочно оплачивая его, – налицо явное предпочтение. Но когда должник заключает договоры, предположим, поставки продукции на условиях предоплаты, срок исполнения обязательств по которым примерно совпадает, явной предпочтительности может и не быть, если выбор кредитора, первым получающего исполнение, обусловлен обстоятельствами, связанными с хозяйственной деятельностью должника (соотношение заказанной и произведенной продукции, различия в требованиях к упаковке, наличие в данный момент транспорта, пригодного для доставки продукции одному из контрагентов, и т. д.)»⁴⁰⁷.

Кроме того, А. А. Дубиничин отмечает, что «сделка должника в момент ее заключения может и не быть квалифицирована как влекущая предпочтительное удовлетворение требований отдельного кредитора, а

Вводить внешнее управление целесообразно только после тщательного экономического анализа. «Наличие формальных оснований для введения реабилитационных процедур здесь не должно быть решающим аргументом. Важно учитывать фактические обстоятельства финансового положения должника»⁹⁷.

Сложность заключается в том, что при оценке должны быть приняты во внимание сразу множество факторов. Внешнее управление должно вводиться «там, где это приемлемо и разумно с экономической точки зрения, сохранять многообещающие, но находящиеся в трудном финансовом положении компании и их рабочие места; сохранять реальные источники налогов; сохранять источники финансирования программ здравоохранения, предоставления льгот и пенсионного обеспечения, а также сохранять производительные силы общества... В тех случаях, когда распродажа является наилучшим вариантом, обеспечить упорядоченную систему своевременной распродажи и справедливого распределения имущества должника»⁹⁸.

Представляется, что смысл реабилитации заключается в попытке сохранить функцию должника как производственной единицы, т. е. экономического субъекта, производящего товары, работы и услуги с целью извлечения прибыли⁹⁹. Экономическое определение реабилитации можно позаимствовать у Т. П. Прудниковой, которая раскрывает одно из значений термина «реструктуризация» как целостный комплекс мер рыночной организации финансово-хозяйственной деятельности юридического лица, направленных на увеличение эффективности использования его внутренних и привлеченных ресурсов¹⁰⁰.

Исходя из такого понимания реабилитации, А. В. Егоров делает вывод о том, что реабилитация немыслима, если никакой производственной единицы уже не существует как таковой. В итоге своих рассуждений он приходит к выводу, что реабилитационная процедура, вводимая лишь при наличии формальных предпосылок, не способна привести к реабилитации должника, а лишь нарушит интересы голосовавшего против меньшинства кредиторов. «В таких случаях за судом должно сохраняться право на мотивированный отказ во введении соответствующей процедуры. Однако в

⁴⁰⁵ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 169.

⁴⁰⁶ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 43.

⁴⁰⁷ Там же. С. 43.

⁹⁷ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – С. 161.

⁹⁸ Законодательство о банкротстве в США (тезисы лекции судьи Сиднея Брукса, федеральный суд банкротства США, Денвер, штат Колорадо) // Вестник ВАС РФ. – 1993. – № 8. – С. 61.

⁹⁹ См.: Денисов, С. А. Указ. соч. (автор комментария – А. В. Егоров) / С. А. Денисов, А. В. Егоров, С. В. Сарбаш. – С. 19.

¹⁰⁰ См.: Прудникова, Т. П. Внешнее управление: Финансово-экономические аспекты / Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. к № 3. – 2001. – С. 42.

действующем Законе о банкротстве нормы, содержащей подобное основание для отказа, не содержится. С одной стороны, конечно, снижается риск судебного произвола, но, с другой стороны, риск произвола большинства кредиторов становится, по сути, ничем не ограничен»¹⁰¹.

В целом следует отметить, что при решении вопроса о введении тех или иных процедур банкротства мы неизбежно возвращаемся к проблеме судебного усмотрения. Должен ли суд в этом случае занимать активную позицию и иметь свою точку зрения по поводу целесообразности введения внешнего управления, либо он не должен вмешиваться в этот вопрос, а лишь фиксировать волю участников процесса?

Сторонником расширения полномочий суда при выборе процедур банкротства является В. С. Анохин. Он, приводя пример конкретного дела о банкротстве, указывает на противоречие в том, что решение собрания кредиторов о введении внешнего управления для суда является обязательным и в то же время при принятии решения суд должен в совокупности оценить представленные доказательства, а в данном случае имелись основания для признания должника банкротом¹⁰².

Очевидны опасения противников расширения полномочий суда. Они полагают, что в таком случае суд начнет играть не свойственную ему роль и вмешиваться в деятельность хозяйствующих субъектов. Поэтому следует согласиться с мнением Н. Г. Лившица о том, что «при всех особенностях, характеризующих роль арбитражного суда в процессе реализации процедур банкротства, он лишь проверяет законность и обоснованность действий лиц, участвующих в деле о банкротстве, в том числе арбитражных управляющих, совершает исключительно процессуальные (но не хозяйственные) действия, реализует судебную (а не исполнительную) власть»¹⁰³. Однако нужно отметить, что, по нашему мнению, эта аргументация не противоречит возможности учета мнения суда о целесообразности введения той или иной процедуры банкротства. Так, С. А. Карелина полагает, что «любое действие арбитражного суда, совершаемое в процессе рассмотрения и разрешения дела о банкротстве... является действием по осуществлению правосудия, так как направлено на вынесение законного и обоснованного судебного решения»¹⁰⁴. Следует

¹⁰¹ Денисов, С. А. Указ. соч. / С. А. Денисов, А. В. Егоров, С. В. Сарбаш. – С. 19–21.

¹⁰² См.: Анохин, В. С. Практика и проблемы рассмотрения дел о несостоятельности (банкротстве) в соответствии с Федеральным законом РФ «О несостоятельности (банкротстве)» в ред. от 1998 г. / В. С. Анохин // Судебные споры. Центральный округ. – 2003. – № 2. – С. 83–84.

¹⁰³ Лившиц, Н. Г. Разбирательство дел о банкротстве в арбитражном суде / Н. Г. Лившиц // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 2. – С. 150.

¹⁰⁴ Карелина, С. А. Роль арбитражного суда в делах о несостоятельности (бан-

кредитора являются требования, возникающие из различных правоотношений, необходимо все же стремиться к единообразию в формулировках, и, чтобы уйти от категорий (понятий), присущих определенной отрасли права, представляется правильным в законодательстве о несостоятельности (банкротстве) говорить о требованиях к должнику»⁴⁰². К этому можно добавить, что и в самом ГК понятие «кредитор» используется по отношению к лицам, чьи требования вытекают из трудовых и налоговых правоотношений (например, – ст. 64 ГК РФ, где перечисляются очереди кредиторов ликвидируемого юридического лица).

Таким образом, согласившись с мнением В. А. Химичева, можно сделать вывод, что Закон о банкротстве использует термин «сделка» не в узком смысле, ограничиваясь гражданско-правовым аспектом, а в широком смысле, подразумевая под ним юридические действия, возникающие также из трудовых, налоговых и иных правоотношений. По мнению В. А. Химичева, «это дает нам основания полагать, что кредитор может опровергать не только сделки гражданско-правовой направленности, но и «сделки» (если вообще можно использовать этот термин к отношениям не гражданско-правового характера) по уплате налогов и выплате заработной платы»⁴⁰³.

В. А. Химичев предвидит, что такая постановка вопроса «может вызвать определенные нарекания, основанные, в частности, на том, что уплата налогов является конституционной обязанностью всех налогоплательщиков. К этому также можно добавить, что с научной точки зрения трудно вообще обосновать само право кредитора на опровержение сделок, участником которых он не является, – стройной научной теории на сегодняшний день еще не существует. И если нет достаточных оснований права вторжения кредитора в чуждые ему правоотношения гражданско-правового характера, то их еще сложнее найти при объяснении этого права применительно к налоговым, то есть публичным отношениям или отношениям трудовым.

Однако, на наш взгляд, кредитор может разрушить публично-правовое отношение. Пожалуй, мы можем так рассуждать до тех пор, пока законодатель специально не сделает оговорку о невозможности опровержения «сделок» по уплате обязательных платежей, как это, например, предусмотрено в законодательстве США, согласно которому не могут быть оспорены платежи, связанные с ответственностью по налогам»⁴⁰⁴.

В итоге В. А. Химичев приходит к выводу, что «Закон о банкрот-

⁴⁰² Пустовалова, Е. Ю. Указ. соч. / Е. Ю. Пустовалова. – С. 35.

⁴⁰³ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 168.

⁴⁰⁴ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 62. Это отмечено Химичевым В. А. См.: Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 168.

В юридической литературе под понятием «кредитор» понимается следующее. «Определение понятия «кредиторы» ... дается исключительно в целях Закона о банкротстве и используется лишь в пределах целей его применения. Указанное понятие значительно отличается от общеупотребляемого термина «кредитор» (управомоченное лицо по гражданско-правовому обязательству, обладающее правом требования от должника совершения определенных действий) прежде всего тем, что им охватываются управомоченные субъекты иных (не гражданско-правовых) отношений: государство в лице уполномоченных органов с требованиями об уплате обязательных платежей (публично-правовые отношения); работники должника с требованиями о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих по трудовому договору (трудовые правоотношения)»³⁹⁸. Что касается работников, то Л. А. Новоселова указывает на то, что возможность применения норм гражданского законодательства о денежных обязательствах к отношениям, регулируемым трудовым правом, является предметом дискуссии. Она считает, что, поскольку отношения работодателя и работника по трудовому договору в настоящее время не рассматриваются как отношения гражданско-правовые и регулируются нормами отдельной отрасли законодательства, при отсутствии специального указания в законе применение норм гражданского права к участникам трудового правоотношения представляется необоснованным³⁹⁹. М. И. Брагинский и В. В. Витрянский, также говоря о том, что в настоящее время вопрос о соотношении гражданского и трудового договоров остается открытым, высказывают точку зрения о воссоединении в будущем трудового права с гражданским, как одним из важных шагов на пути формирования подлинно частного права⁴⁰⁰.

Вместе с тем следует согласиться с мнением Е. Ю. Пустоваловой о том, что «нет необходимости искусственно вводить в Закон какое-либо особое понятие такого рода требований либо пытаться определить их место в категории денежных требований, предъявляемых к должнику, потому что они так же, как и требования граждан по гражданско-правовым обязательствам, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни и здоровью, относятся к «привилегированным» требованиям»⁴⁰¹. Поэтому несмотря на то, что к должнику «предъ-

согласиться и с мнением И. П. Баклановой, что арбитражный суд в деле о несостоятельности, являясь государственным органом, преследует публичный интерес в справедливом удовлетворении интересов всех кредиторов, а также в защите прав и законных интересов всех участников процесса о несостоятельности¹⁰⁵. Из этого скорее следует, что суд обязан участвовать в решении вопроса о том, целесообразно ли вводить в конкретном случае внешнее управление и активно вмешиваться, если какие либо участники процесса пытаются его необоснованно ввести, преследуя свои интересы и нарушая тем самым общий баланс интересов.

Поэтому следует согласиться с точкой зрения В. А. Химичева, который полагает, что «правильный выбор процедуры банкротства невозможен без широких дискреционных полномочий арбитражного суда. Поскольку несостоятельность затрагивает общественный интерес, а потому не может быть предоставлена свободному усмотрению кредиторов, суд должен иметь право на мотивированный отказ во введении процедуры банкротства»¹⁰⁶.

Необходимо также отдавать себе отчет, что реализация судом дискреционных полномочий в делах о банкротстве во многом будет зависеть от ориентации судейского усмотрения. Представляется, что положения Закона, ориентирующие суд при всякой возможности, а порой вопреки здравому смыслу, вводить реабилитационные процедуры, — одно из слабых мест правового регулирования несостоятельности (банкротства), которые крайне отрицательно сказываются на эффективности конкурсного процесса — наиболее полном удовлетворении требований кредиторов.

Для повышения эффективности регулирования конкурсных отношений необходимо равное отношение законодателя к выбору реабилитационных и ликвидационных процедур. Поэтому следует согласиться с Г. Папе, который к первоочередным целям законодательной реформы относит создание «рыночной совместимости» процедур на основе равнозначности процессов ликвидации и реорганизации¹⁰⁷.

В соответствии с этим нужно изменить подход к назначению процедуры внешнего управления. «Для обоснованного выбора процедур банкротства необходимо изменить идеологию Закона, направленную на ограничение судейского усмотрения в делах о банкротстве. С этой целью нужно внести в Закон о банкротстве положения, оставляющие за

³⁹⁸ Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. — М.: Статут, 2003. — С. 66.

³⁹⁹ См.: Новоселова, Л. А. Проценты по денежным обязательствам. / Л. А. Новоселова. — М., 2000. — С. 29–30.

⁴⁰⁰ См.: Брагинский, М. И. Договорное право. Кн. 1. Общие положения. 2-е изд. / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — М., 2000. — С. 22–24.

⁴⁰¹ Пустовалова, Е. Ю. Указ. соч. / Е. Ю. Пустовалова. — С. 34–35.

кротстве) // Правовые проблемы несостоятельности (банкротства): сб. / Под ред. С. А. Карелиной. — М., — 2004. — С. 91.

¹⁰⁵ См.: Бакланова, И. П. Особое производство в арбитражном процессе / И. П. Бакланова. — Екатеринбург, 1999. — С. 9.

¹⁰⁶ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. — 2004. — С. 162.

¹⁰⁷ См.: Папе, Г. Указ. соч. / Г. Папе. — С. 19.

судом право назначения по его инициативе экспертизы в целях определения финансового состояния должника, выявления признаков фиктивного или преднамеренного банкротства, а также право отказа во введении процедур банкротства, проведение которых не согласуется с реалистической картиной дел должника»¹⁰⁸.

Расширение судебных полномочий в сфере контроля за введением процедур банкротства вполне укладывается в рамки политики, проводимой, например, Конституционным судом. Г. Гаджиев делает вывод, что в решениях Конституционного суда РФ отчетливо проявляется стратегия, направленная на обеспечение эффективной судебной защиты, что выражается в пресечении любых попыток лишения судебной власти присущих ей контрольных полномочий, в защите конституционного принципа самостоятельности судебной власти. Именно в ограничении возможности судебного контроля ученый видит причины, явившиеся основанием для признания отдельных норм законодательства о несостоятельности (банкротстве) не соответствующими Конституции¹⁰⁹.

Е. А. Васильев, исследуя правовые системы несостоятельности (банкротства) капиталистических стран, также приходит к выводу: «Компетенция суда в конкурсном процессе чрезвычайно велика, и наблюдается тенденция расширения полномочий суда за счет сокращения компетенции общего собрания кредиторов»¹¹⁰.

Один из известных авторов, пишущих на тему судебного усмотрения, А. Барак, не видит противоречия между судебским усмотрением и господством права. Он считает, что общество не может достичь господства права без некоторой меры усмотрения, без которой право в конечном счете уступает произволу. «Из этого вытекает, что главный вопрос состоит не в том, должно ли существовать судебское усмотрение, а в том, где следует обозначить должные пределы этого усмотрения»¹¹¹.

С. А. Карелина отмечает, что «многообразие и сложность функций, осуществляемых арбитражным судом в деле о несостоятельности, вызвали в научной литературе и на практике различные дискуссии, в частности о характере полномочий арбитражного суда»¹¹².

По мнению некоторых авторов, особенностью дел о несостоятель-

Спорным является вопрос о применении нормы о признании сделок должника недействительными к налоговым правоотношениям. А. А. Дубиничин полагает, что «положения п. 3 ст. 78 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» не могут быть применены к фактам уплаты должником налогов и иных обязательных платежей в бюджет и внебюджетные фонды, а также к взысканию недоимки налоговыми органами в бесспорном порядке в шестимесячный период, предшествующий возбуждению дела о банкротстве, поскольку указанные действия не являются гражданско-правовыми сделками, регулируются налоговым законодательством и представляют собой исполнение обязательств перед бюджетом»³⁹⁶.

Иного мнения придерживаются другие авторы, в частности В. А. Химичев. Свою позицию он аргументирует следующим образом: «Юридическая сделка у лица, обладающего определенными правовыми знаниями, ассоциируется с гражданским правоотношением. Поэтому невольно (принимая во внимание, что законодательство о несостоятельности (банкротстве) является составной частью гражданского законодательства) сделки, о недействительности которых указано в статье 103 Закона о банкротстве, мысленно полностью отождествляются со сделкой в смысле гражданско-правовом. Однако нельзя забывать, что «законодательство о несостоятельности является комплексным и состоит из законодательных актов, содержащих в себе нормы частного и публично-права, направленные на урегулирование комплекса взаимосвязанных в реальной действительности частных (горизонтальных) и публичных (вертикальных) отношений, возникающих в связи с несостоятельностью лица»³⁹⁷.

Также В. А. Химичев отмечает, что «многообразие видов участников конкурсных отношений, имеющих к должнику требования различного правового характера, вызвало необходимость в формулировании единого понятия кредитора в деле о банкротстве. Такое обобщающее понятие впервые было включено в Закон о банкротстве 2002 года (ранее законодатель ограничивался понятием конкурсного кредитора). Согласно статье 2 Закона кредиторы – это лица, имеющие по отношению к должнику права требования по денежным обязательствам и иным обязательствам, об уплате обязательных платежей, о выплате выходных пособий и об оплате труда лиц, работающих по трудовому договору.

¹⁰⁸ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 43.

¹⁰⁹ См.: Гаджиев, Г. Рыночная экономика в решениях Конституционного Суда РФ / Г. Гаджиев // Российская юстиция. – 2001. – № 10. – С. 20.

¹¹⁰ Васильев, Е. А. Правовое регулирование конкурсного производства в капиталистических странах / Е. А. Васильев. – М., 1989. – С. 62.

¹¹¹ Барак, А. Судейское усмотрение / А. Барак. – М., 1999. – С. 349.

¹¹² Карелина, С. А. Роль арбитражного суда в делах о несостоятельности (банкротстве) // Правовые проблемы несостоятельности (банкротства): сб. / Под ред. С. А. Карелиной. – М., 2004. – С. 60.

³⁹⁶ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 43.

³⁹⁷ Попондопуло, В. Ф. Конкурсное право (правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей) / В. Ф. Попондопуло. – СПб., 1995. – С. 10; Так же считает В. А. Химичев. См.: Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 167.

«родственные» фирмы). А в этом случае возможно применение специальной нормы, посвященной сделкам с заинтересованными лицами, — нормы п. 2 ст. 78 Закона.

Однако в более сложных с точки зрения опровержимости ситуациях (продажа имущества предприятия-банкрота по сниженным ценам или, наоборот, приобретение его по завышенным расценкам, неравноценный обмен, внесение в уставный капитал и т. п. случаи «завуалированного» дарения), когда совершенные должником действия могут быть квалифицированы как мнимые или притворные сделки, норма п. 3 ст. 78 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», возможно, будет более употребима, поскольку доказать мнимый или притворный характер сделки в суде достаточно сложно»³⁹⁴.

Еще одним проблемным вопросом является соотношение норм о недействительности сделок должника и виндикации. Дубиничин А. А. полагает, что «единственно правильное решение вопроса о «влиянии» ст. 302 ГК на отношения, связанные с устранением правовых последствий сделок несостоятельного должника, совершенных им в ущерб кредиторам, состоит в том, чтобы вообще исключить ее применение в рассматриваемой сфере. Объяснить это можно следующим. Нельзя не допустить, что предметом опровержения со стороны кредиторов будут выступать такие сделки должника, по которым исполнение выражено в безналичных расчетах денежными средствами, а не в передаче имущества (вещей). В этом случае нормы о виндикации на отношения сторон вообще не распространяются, что повлечет установление различных условий для возврата в конкурсную массу (состав имущества организации-должника) овеществленных (станки, оборудование, недвижимость) и неовеществленных (в первую очередь, денежные средства) активов, что само по себе неразумно. Кроме того, если попытаться использовать норму п. 1 ст. 302 ГК на стороне третьего лица, то можно обнаружить, что «собственник» и «лицо, которое не имело права отчуждать имущество», по сути, сливаются в одном лице — организации, имеющей признаки (признанной официально) несостоятельной. Предложенный подход не исключает возможности применения ст. 302 ГК в отношении последующих сделок с имуществом банкрота (то есть в случаях, когда уже третьи лица отчуждают имущество, полученное от несостоятельного должника)»³⁹⁵.

³⁹⁴ См., например: Ярков, В. Обращение взыскания на имущество должника / В. Ярков // Хозяйство и право, 1998. — № 6. — С. 51.; См. также: Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. — С. 42.

³⁹⁵ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. — С. 43.

ности является исполнение арбитражным судом функций, не связанных с осуществлением правосудия, а именно функций административного характера, например контроль арбитражного суда за деятельностью арбитражного управляющего, рассмотрение жалоб на его действия, заслушивание его отчетов и т. д.¹¹³.

Другие авторы придерживаются точки зрения, что дела о несостоятельности разноплановы и поэтому имеют комплексный характер.

С этим мнением нельзя не согласиться, поскольку арбитражный суд осуществляет правосудие постоянно, в том числе в тех случаях, когда, например, рассматривает жалобы кредиторов на действия арбитражных управляющих, споры об установлении требований кредиторов и т. д., а его определения, разрешающие эти жалобы и споры, должны быть законными и обоснованными¹¹⁴.

Как указывал Е. А. Нефедьев, суду при рассмотрении дела о банкротстве «приходится выступать не только в роли инстанции ревизионной и второй по рассмотрению жалоб, подаваемых на определения органов конкурсного производства, но и первой инстанцией по искам, которые к ним предъявляются»¹¹⁵.

Применительно к современному законодательству это связано с тем, что с момента вынесения арбитражным судом определения о принятии заявления о признании должника банкротом имущественные требования к должнику могут быть предъявлены только с соблюдением порядка, установленного Законом о банкротстве 2002 г.

Следовательно, если в процессе производства по делу о несостоятельности возникает спор относительно имущественного требования кредитора, то он подлежит рассмотрению арбитражным судом, разрешающим это дело.

В связи с этим любое действие арбитражного суда, совершаемое в процессе рассмотрения и разрешения дела о банкротстве, на наш взгляд, является действием по осуществлению правосудия, так как направлено на вынесение законного и обоснованного судебного решения.

Именно с осуществлением правосудия некоторые авторы связывают наличие у суда контрольных функций за всеми действиями, совершаемыми и совершенными участниками процесса в ходе производства по делу¹¹⁶.

¹¹³ См.: Большова, А. К. Специализированные банкротные суды: быть или не быть? / А. К. Большова // Экономика и жизнь (Юрист). — 2000. — № 9. — С. 12.

¹¹⁴ См.: Карелина, С. А. Указ. соч. / С. А. Карелина. — С. 60.

¹¹⁵ Нефедьев, Е. А. Судопроизводство торговое. Конкурсный процесс. / Е. А. Нефедьев. — М., 1908. — С. 263.

¹¹⁶ См.: Козлов, А. Ф. Круг должностных лиц, осуществляющих полномочия суда первой инстанции / А. Ф. Козлов // Сборник ученых трудов Свердловского юридического института. — Вып. № 8. — Свердловск, 1998. — С. 61.

Оппоненты данной позиции предлагают ограничить функции арбитражного суда в деле о банкротстве функцией осуществления правосудия (принятие решения о признании или об отказе в признании должника банкротом, о мировом соглашении, о завершении той или иной процедуры банкротства и т. д.), а административные функции возложить на регулирующий орган, т. е. вынести часть действий за рамки собственно арбитражного процесса¹¹⁷. (Следует заметить, что автор предлагал наделить подобными функциями ранее существовавшую ФСФО – примечание Карелина С. А.).

По нашему мнению, с такой позицией вряд ли можно согласиться, поскольку это может создать определенный дисбаланс в защите прав и законных интересов участников процесса по делу о банкротстве, поскольку один из кредиторов, а именно Российская Федерация, окажется в заведомо неравных условиях по отношению к иным участникам процесса о несостоятельности¹¹⁸.

Следует отметить, что дореволюционное законодательство давало суду большой объем полномочий. Например, «дореволюционное право допускало возможность инициирования процесса банкротства должником, кредитором, судом по собственному усмотрению (ex officio). В связи с этим, к примеру, Н. А. Тур считал обоснованным наделение суда соответствующим правом¹¹⁹. Такого же мнения придерживались А. А. Маттель¹²⁰, В. Садовский¹²¹, Д. В. Туткевич¹²².

Противником данной позиции выступал Г. Ф. Шершеневич. Он утверждал, что возбуждение конкурсного процесса по инициативе суда «находится в совершенном противоречии с тем началом свободного распоряжения, которым проникнуто гражданское право, и началом состязательности, которое лежит в основе гражданского процесса»¹²³. По мнению современных исследователей, «в целом возбуждение производства по делу о банкротстве ex officio представляется неоправдан-

с выплатой доли участнику юридического лица – должника в связи с его выходом из состава участников (п. 4 и 5 ст. 103).

А. А. Дубиничин полагал, еще в отношении ранее действующего Закона о банкротстве 1998 г., что наибольшее практическое значение будет иметь такой способ защиты прав кредиторов, как признание недействительными сделок «с предпочтением» (п. 3 ст. 78 Закона о банкротстве 1998 г., соответственно п. 3 ст. 103 Закона о банкротстве 2002 г.). Он отмечал, что «по тому, какое число сделок, совершенных должником в ущерб своим кредиторам, потенциально может быть квалифицировано по этой норме, п. 3 ст. 78 Закона (опять же в совокупности со ст. 168 ГК) мог бы оцениваться как универсальное средство охраны прав кредиторов, рассчитанное во многих случаях на выявление фактов «растаскивания» должником своего имущества. Действительно, в отличие от норм, предусмотренных пп. 2, 4 ст. 78 Закона, действие которых ограничивается кругом сделок, совершенных должником со строго оговоренными контрагентами, а именно: с заинтересованными лицами и участниками организации-должника, положения п. 3 статьи по субъектному составу ограничений не имеют»³⁹².

Он также высказывал опасения, «что обращение участников процесса несостоятельности (арбитражных управляющих и кредиторов), обнаруживших совершение должником убыточных сделок, к норме п. 3 ст. 78 Закона не будет частым и эта норма не получит широкого применения в практике арбитражных судов, по крайней мере на первых этапах действия нового законодательства о банкротстве. Такое предположение объясняется двумя причинами. Во-первых, анализ рассматриваемой нормы уже сейчас ставит ряд существенных вопросов, связанных с ее применением. Во-вторых, действующие законодательные акты предоставляют возможности для признания недействительными сделок должника, по которым имущество перешло к другим лицам, по иным основаниям, имеющим уже сложившуюся судебную практику, или менее сложным с точки зрения доказывания, или просто связанным с несоблюдением формальностей»³⁹³.

Конечно, с одной стороны, «зарубежный и отечественный дореволюционный опыт применения норм об опровержении убыточных действий должника подсказывает, что последний склонен к «переписыванию» своего имущества на наиболее близких к нему лиц (родственников и

¹¹⁷ См.: Большова, А. К. Указ. соч. / А. К. Большова. – С. 17.

¹¹⁸ Карелина, С. А. Указ. соч. / С. А. Карелина. – С. 61.

¹¹⁹ См.: Тур, Н. А. Объяснительная записка к проекту Устава о несостоятельности / Н. А. Тур. – М., 1889. – С. 127.

¹²⁰ См.: Маттель, А. А. Указ. соч. / А. А. Маттель. – С. 7.

¹²¹ См.: Садовский, В. Договор комиссии и несостоятельность участвующих в нем лиц / В. Садовский // Журнал гражданского и уголовного права. – 1890. – № 5. – С. 82.

¹²² См.: Туткевич, Д. В. О праве объявления судом торговой несостоятельности ex officio / Д. В. Туткевич // Журнал Министерства юстиции. – 1896. – № 5. – С. 179.

¹²³ См.: Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс. (Серия «Классика российской цивилистики») / Г. Ф. Шершеневич. – М., 2000. – С. 177.

³⁹² Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 41.

³⁹³ Аналогичное мнение высказано Дубиничиным А. А. См.: Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 41–42.; См.: Весенева, Н. О некоторых вопросах применения законодательства арбитражными судами / Н. Весенева // Экономика и жизнь, 1997. – № 11. – С. 189.

ми действий несостоятельного должника по исполнению обязательств перед третьими лицами. Можно выделить основные теории относительно правовой природы этой формы опровержения.

«1. Деликтная теория. Ее приверженцы объясняют право опровержения наличием деликта в действиях третьего лица, принимающего исполнение от должника. Третье лицо несет бремя последствий опровержения исполнения обязательств должником в силу того, что предполагается факт злонамеренности его действий в соглашении с должником и в ущерб кредиторам. Попыткой устранить недостатки этой теории стала примыкающая к ней теория квазиделикта (действия третьего лица рассматриваются «подобно злонамеренным»)»³⁸⁹.

2. Легальная теория. А. Х. Гольмстен, называвший ее теорией исключительной охраны интересов кредиторов, писал: «Основная идея этой теории та, что в силу закона в интересах кредиторов создается, при известных фактических условиях, особое обязательственное отношение между кредитором и лицом, приобретшим имущество по акту, совершенному должником, отношение, по силе коего кредитор может требовать имущество, этим лицом приобретенное»³⁹⁰. Основой опровержения, таким образом, выступает не правонарушение, не договор, а закон, конструирующий особое обязательственное отношение.

3. Теория исполнительной силы. Здесь признание недействительными действий должника основывается на особом вещном праве не только на наличное имущество должника, но и на вещи, выбывшие из его состава и в силу этого вещного права подлежащие возвращению для удовлетворения претензий кредиторов»³⁹¹.

Выражая сомнения относительно последней теории, которая, как представляется, имеет несколько искусственный характер, можно предположить, что законодатель, предусматривая возможность признания недействительными сделок, совершенных должником, преследует цель пресечь возможные злоупотребления, связанные с «растаскиванием» имущества должника, что в итоге призвано обеспечить интересы кредиторов. Поэтому представляется, что между деликтной (квазиделиктной) и легальной теориями нет принципиального противоречия.

Статья 103 Закона о банкротстве 2002 г. выделяет, по сути, три вида недействительных сделок. Это сделки с заинтересованными лицами (п. 2 ст. 103); сделки, влекущие предпочтительное удовлетворение требований одних кредиторов перед другими (п. 3 ст. 103); и сделки, связанные

ным, поскольку при этом неизбежно нарушение принципа свободы в осуществлении своих прав»¹²⁴. Весьма убедителен и аргумент С. И. Федорова, который считает излишним предоставление суду указанных полномочий в связи с тем, что право инициировать процесс и так предоставлено широкому кругу государственных органов¹²⁵. Таким образом, можно сделать вывод, что суд не вправе по собственному усмотрению инициировать введение той или иной процедуры, однако в целом, как представляется, законодатель должен пойти по пути расширения дискреционных полномочий суда.

Возвращаясь к нашему основному вопросу – основаниям введения процедуры внешнего управления, мы пришли к следующему выводу: «Практика рассмотрения дел о банкротстве показывает, что выраженная в Законе направленность на выбор реабилитационных процедур (как предпочтение ликвидации) не является конструктивным решением в достижении целей конкурсного процесса. Реабилитационная процедура, вводимая лишь при наличии формальных оснований, не способна привести к восстановлению платежеспособности должника»¹²⁶.

Однако увеличение роли суда (либо иных контролирующих органов) в отношении целесообразности назначения внешнего управления – это лишь одна сторона вопроса.

Мы уже говорили о конфликте интересов участников банкротства, в том числе и о конфликте интересов между различными группами кредиторов. Естественно, такие конфликты нежелательным образом влияют и на решение вопроса о том, какую процедуру банкротства целесообразно вводить. В этом смысле показательным представляется опыт США.

«В США голосование по плану реорганизации имеет свои особенности, которые состоят в том, что права требования кредиторов и акционеров должны быть разбиты на классы. В одном классе могут быть собраны только однородные требования и интересы»¹²⁷. Как отмечает В. В. Степанов, эти правила используются для обеспечения защиты интересов всех участников производства, а также для преодоления сопротивления какой-нибудь конкретной группы кредиторов, чьи требования размещены в одном классе. Класс требований считается проголосовавшим за план реорганизации, если за него проголосовало больше половины кредиторов класса или кредиторы, имеющие две трети от суммы

³⁸⁹ Шершеневич, Г. Ф. Указ. соч. / Г. Ф. Шершеневич. – 1908. – С. 356.

³⁹⁰ Гольмстен, А. Х. Указ. соч. / А. Х. Гольмстен. – С. 13–14.

³⁹¹ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 41.

¹²⁴ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2000. – С. 109.

¹²⁵ См.: Федоров, С. И. Некоторые особенности рассмотрения арбитражными судами дел о несостоятельности (банкротстве): дис. ... канд. юрид. наук / С. И. Федоров. – М., 2001. – С. 146.

¹²⁶ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 159.

¹²⁷ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 50.

требований данного класса. Автор считает возможным использовать американский опыт раздельного голосования в России при введении внешнего управления¹²⁸.

С мнением В. В. Степанова можно согласиться, однако в таком случае необходимо разработать четкие критерии классификации кредиторов на основе тех интересов, которые они преследуют в процессе банкротства.

В целом же мы придерживаемся позиции, что определяющим в выборе процедуры внешнего управления являются в первую очередь данные финансового анализа должника. Мнение кредиторов о целесообразности введения внешнего управления должно учитываться, однако суд должен иметь возможность отклонить его при отсутствии достаточных оснований для введения такой процедуры.

В ныне действующем законе о несостоятельности по сравнению с ранее действующим (от 1998 года) удлинены сроки проведения процедуры внешнего управления с 12 до 18 месяцев, с возможностью его продления еще на 6 месяцев. В целом, как показывает практика, удлинение сроков проведения внешнего управления оправдано, однако следует учитывать, что продление срока (на 6 месяцев, т. е. свыше общего срока) должно быть обоснованным. Как отмечает М. В. Телюкина, суды нередко вводят внешнее управление на максимально возможные сроки, «но такие решения могут быть обжалованы как не соответствующие Закону. Это обстоятельство представляется очень важным, так как при продлении срока должно быть доказано наличие соответствующих оснований, связанных с восстановлением платежеспособности должника»¹²⁹.

Внешнее управление вводится определением суда по окончании наблюдения (п. 1 ст. 75 Закона) или финансового оздоровления (п. 1 ст. 92 Закона), при этом неясно, «можно ли обжаловать определение о введении внешнего управления в части только лишь срока его проведения»?¹³⁰ Ответ на этот вопрос в Законе отсутствует. Следует согласиться с мнением М. В. Телюкиной, которая считает, что «исходя из общих положений процессуального права, мы приходим к выводу о том, что может быть обжаловано любое положение определения»¹³¹.

В п. 3 ст. 93 Закона указано, что срок внешнего управления может быть сокращен по ходатайству собрания кредиторов или внешнего управляющего, однако в Законе ничего не сказано об основаниях сокра-

знании сделки недействительной состоялось после закрытия реестра требований кредиторов? Как мы думаем, в данном конкретном случае было бы правильным применять положения пункта 4 статьи 142 и к требованию участника, возникшему по основаниям, предусмотренным пунктом 4 статьи 103, так как иначе участник должника будет иметь перед кредиторами ничем не обоснованные преимущества».

Поэтому В. А. Химичев считает, что «отмеченная несогласованность правовых норм должна быть разрешена, исходя из того, что определение участнику статуса кредитора третьей очереди является лишь характеризующим признаком для установления очередности удовлетворения его требования в деле о банкротстве, но никак не наделением статусом. Иными словами, это положение выступает своего рода правовым ориентиром при установлении требования участника в рамках дела о банкротстве.

Закон и в других случаях указывает на возникновение у определенной категории лиц статуса кредитора третьей очереди, но это, на наш взгляд, нисколько не колеблет общих и специальных положений по установлению требований кредиторов»³⁸⁶.

В качестве общего вывода В. А. Химичев отмечает, что «ввиду отсутствия в Законе о банкротстве общей нормы, определяющей режим денежных требований, вытекающих из недействительных сделок, можно только высказать мнение, что реституционные денежные требования не следует рассматривать в качестве текущих платежей, они должны удовлетворяться в составе требований кредиторов третьей очереди как основная задолженность»³⁸⁷.

Кроме того, В. А. Химичев приходит к общему выводу «о необходимости специального регулирования правовых последствий недействительности сделок применительно к вопросу определения очередности удовлетворения требований, вытекающих из недействительности сделок»³⁸⁸.

Из вышеследующего можно сделать вывод о необходимости возвращения к концепции «относительной недействительности сделки», согласно которой последствия недействительности сделки направлены на устранение ее отрицательного эффекта, а не на уничтожение всей сделки. В частности, это означает, что реституционные денежные требования не следует рассматривать в качестве текущих платежей, они должны удовлетворяться в составе требований кредиторов третьей очереди.

Следует отметить, что в юридической литературе нет единой точки зрения относительно правовых оснований признания недействительны-

¹²⁸ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 89, 163.

¹²⁹ Телюкина, М. В. Порядок действий сторон по окончании внешнего управления / М. В. Телюкина // Законодательство. – 2001. – № 4. – С. 67.

¹³⁰ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 261.

¹³¹ Там же. С. 261.

³⁸⁶ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2004. – С. 177.

³⁸⁷ Там же. С. 178.

³⁸⁸ Там же. С. 178.

В. А. Химичев считает, что на данный вопрос не может быть однозначного ответа. По его мнению, при определении последствий недействительности сделок «необходимо прежде всего исходить из характера правоотношения, а также из существа того отрицательного эффекта, который должен быть устранен опровержением сделки. При этом следует учитывать направленность иска кредитора, который «...имеет своей целью возвращение в состав конкурсной массы той ценности, которая вышла из имущества должника...»³⁸³.

Из этого рассуждения сложно сделать вывод о том, какой точки зрения придерживается В. А. Химичев относительно последствий признания сделки недействительной, однако в своих последующих рассуждениях он склоняется к тому, чтобы реституционные требования не удовлетворялись вне очереди. Так, он отмечает, что вполне определенный ответ может быть дан в отношении сделок, влекущих предпочтительное удовлетворение требований одного кредитора перед другими кредиторами. Требования такого кредитора в результате применения последствий недействительности сделки должны удовлетворяться на равных условиях с другими кредиторами, то есть в порядке очередности, предусмотренной Законом о банкротстве.

А. Х. Гольмстен считает, что факт участия лица в опровергаемом акте не дает ему привилегий перед другими кредиторами и не должен ухудшать его положения³⁸⁴. Эта точка зрения, по мнению В. А. Химичева, безусловно, верная. «Конечная цель применения института недействительности сделок состоит в восстановлении первоначального положения в имуществе должника, которое имело место на момент совершения сделки, с тем чтобы все кредиторы должника получили из него удовлетворение своих требований на установленных законом условиях. Поэтому кредитор по недействительной сделке не может иметь преимуществ перед другими кредиторами при удовлетворении своих требований»³⁸⁵.

То же самое, полагает В. А. Химичев, относится и к участникам юридического лица — должника, сделки с которыми по выплате их доли признаны недействительными.

Так, он отмечает, что «требования кредиторов, заявленные после закрытия реестра требований кредиторов, удовлетворяются из имущества должника, оставшегося после удовлетворения требований кредиторов, заявленных в установленный срок (п. 4 ст. 142 Закона о банкротстве). Следует ли руководствоваться данной нормой права при применении пункта 4 статьи 103 Закона о банкротстве, если судебное решение о при-

знания срока. По мнению М. В. Телюкиной, «досрочное прекращение возможно как по причинам невозможности достижения целей внешнего управления, так и в случаях достижения этих целей, т. е. восстановления платежеспособности должника. На наш взгляд, эти основания целесообразно закрепить в Законе в части общих положений о внешнем управлении»¹³².

В определенной связи со сроками внешнего управления находится вопрос об отстранении внешнего управляющего от исполнения своих обязанностей. Проблема заключается в том, что, как отмечает М. В. Телюкина, на практике «нередко встречаются ситуации, когда суд отказывает в отстранении управляющего (при доказанных фактах нарушений с его стороны) на основании того, что сроки внешнего управления подходят к концу»¹³³. Она предлагает обжаловать подобные определения суда (в соответствии с п. 2 ст. 98 Закона), так как «отстранение внешнего управляющего даже на стадии окончания внешнего управления может быть целесообразно хотя бы для того, чтобы предотвратить его назначение конкурсным управляющим»¹³⁴.

Что же касается усмотрения самого суда в плане отстранения внешнего управляющего на основании выявленных нарушений, то действующий Закон не дает ему такой возможности, с чем не согласны некоторые авторы. Так, В. А. Химичев полагает, что «судья должен контролировать действия арбитражного управляющего на предмет их добросовестности и разумности и обеспечения интересов должника и кредиторов»¹³⁵. По мнению В. В. Витрянского, арбитражный суд, назначивший арбитражного управляющего, в порядке осуществления судебного контроля за его деятельностью может и заменить арбитражного управляющего по своей инициативе¹³⁶.

С мнением В. В. Витрянского следует согласиться, так как в противном случае получается, что при отсутствии жалоб участников процедуры банкротства или решения собрания кредиторов суд должен пассивно наблюдать за нарушениями, не имея возможности вмешаться. В связи с этим представляется необходимым внести дополнения в п. 1 ст. 98 Закона о банкротстве, предусмотрев, что внешний управляющий может быть отстранен в том числе и по инициативе суда.

¹³² Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. — 2002. — С. 264.

¹³³ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. — 2001. — С. 69.

¹³⁴ Там же. С. 69.

¹³⁵ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. — 2005. — С. 152.

¹³⁶ См.: Витрянский, В. В. Неправомерные действия должника, кредиторов и арбитражных управляющих / В. В. Витрянский // Российско-британский семинар судей, рассматривающих дела о несостоятельности (банкротстве): Приложение к Вестнику ВАС РФ № 3 за 2001 год. — С. 166.

³⁸³ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. — 2004. — С. 175.

³⁸⁴ См.: Гольмстен, А. Х. Указ. соч. / А. Х. Гольмстен. — С. 163.

³⁸⁵ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. — 2004. — С. 178.

Выше мы уделяли достаточно много внимания вопросу обоснованности введения внешнего управления, однако недостижимость цели внешнего управления может выясниться в процессе самой процедуры внешнего управления, прежде всего ввиду недостаточности средств. Этот вопрос практически не урегулирован в Законе о банкротстве, однако он достаточно полно проработан в германском законодательстве, в котором «важнейшим основанием для остановки производства является недостаточность конкурсной массы. При этом в отличие от прежнего законодательства Положение о несостоятельности различает «остановку ввиду недостаточности массы» (§ 207) и «остановку после предупреждения о недостаточности массы» (§ 211). Несмотря на формальное отличие, последствия в обоих случаях наступают одни и те же – прекращение производства»¹³⁷.

«Отличие между указанными двумя основаниями заключается в следующем. В § 207 имеется в виду ситуация, когда конкурсной массы недостаточно для покрытия расходов по делу о банкротстве, а § 211 подразумевает, что на покрытие расходов по делу средств хватает, но на погашение иных обязательств конкурсной массы их не хватает»¹³⁹. Представляется, что поскольку разницы в последствиях между этими основаниями нет, то и закреплять в законе эти различия нецелесообразно, однако заслуживает внимания классификация этих расходов в германском законодательстве.

«Под расходами по делу § 54 предлагает понимать судебные издержки, вознаграждение и расходы арбитражного управляющего и членов комитета кредиторов. Прочие обязательства массы согласно § 55 подразделяются на три группы: а) обязательства, которые не относятся к числу расходов по делу о банкротстве, но возникли в результате действий конкурсного управляющего или иным образом в связи с управлением, реализацией и распределением конкурсной массы; б) обязательства по взаимным договорам, насколько исполнение по ним истребуется в пользу конкурсной массы или должно происходить после открытия конкурсного производства; в) обязательства из неосновательного обогащения конкурсной массы.

Таким образом, видно, что подходы российского и германского права пересекаются между собой, но лишь частично. Так, расходы на лиц, привлекаемых арбитражным управляющим для выполнения своих функций, попадают в России в число расходов по делу о бан-

Характерно, что в настоящее время за рубежом можно встретить аналогичный подход. Так, например, по законодательству Великобритании в соответствии со статьей 241 Insolvency Act последствия недействительности сделки направлены на устранение ее отрицательного эффекта, а не на уничтожение всей сделки»³⁷⁹.

Как отмечает А. А. Дубиничин, разница между «относительной недействительностью» и недействительной сделкой заключается в различных правовых последствиях. «Признание недействительными действий несостоятельного должника по исполнению обязательств связано с более нежелательными последствиями для лиц, принявших такое исполнение, – «третьих лиц», нежели при признании недействительной сделки, совершенной между ними, особенно если речь идет о возмездном договоре (ст. 423 ГК). Третье лицо в первом случае вынуждено вернуть все приобретенное от несостоятельного должника в конкурсную массу, не получая одновременно назад собственного исполнения, а становясь чаще всего обычно конкурсным кредитором, который, как известно, рискует вообще не получить удовлетворения по своим требованиям в процессе конкурсного производства. Напротив, при признании недействительной сделки с должником производится двусторонняя реституция и третье лицо избегает реального ущерба»³⁸⁰.

Нормы действующего Закона о банкротстве (ст. 103) не позволяют ответить на вопрос о том, какие последствия наступают в случае признания сделки недействительной. В. А. Химичев полагает, что «на основе анализа положений статьи 103 Закона о банкротстве можно прийти к выводу о том, что, поскольку статья не предусматривает правовых последствий недействительности сделок, следует применять правила о двусторонней реституции в порядке статьи 167 ГК РФ»³⁸¹. Однако, по его мнению, такая позиция «является несколько упрощенной. Она не учитывает всех особенностей института недействительности сделок при банкротстве. Кроме того, если быть последовательными в проведении позиции, согласно которой понятие сделки в исследуемой норме выходит за пределы понимания ее исключительно в гражданско-правовом аспекте, мы не можем распространить правила статьи 167 ГК РФ на трудовые и налоговые отношения. Значит, эта норма не может иметь универсального характера»³⁸².

¹³⁷ Егоров, А. В. Проблема отсутствия у несостоятельного должника средств на покрытие расходов по делу о банкротстве / А. В. Егоров // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 12. – С. 138.

¹³⁸ Там же. С. 138.

³⁷⁹ См.: Колинченко, Е. А. Указ соч. / Е. А. Колинченко. – С. 74.

³⁸⁰ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 38.

³⁸¹ Химичев, В. А. Специальные условия недействительности сделок при банкротстве / В. А. Химичев // Вестник ВАС РФ. – 2004. – № 7. – С. 175.

³⁸² Там же. С. 175.

квалифицируемых как сделки, и в первую очередь тех действий, которые охватываются понятием «исполнение обязательства» (передача товаров, вещей по договору, уплата денег по денежному обязательству, в результате чего происходит уменьшение активов должника);

– в форме признания недействительными сделок, совершенных должником.

Данная классификация основана на позиции, согласно которой исполнение как способ прекращения обязательства (ст. 408 ГК) сделкой не является, хотя этот вопрос и остается дискуссионным³⁷⁶.

Относительно данной проблемы следует отметить, что «при изучении дореволюционной юридической литературы по этому вопросу (серьезных отечественных исследований на данную тему в современный период пока не появилось) может сформироваться неверное убеждение, что опровергаемые кредиторами действия должника-банкрота по исполнению обязательств классифицировались по своей юридической природе как сделки, признаваемые посредством опровержения недействительными».

На самом деле в данном случае мы имеем дело с более сложной правовой конструкцией. При признании недействительным действия должника по исполнению обязательства перед третьим лицом сделка, не теряя своей действительности в целом, утрачивает силу только для кредиторов несостоятельного должника. Речь идет о так называемой «относительной» недействительности. А. Х. Гольмстен раскрывал такую недействительность следующим образом: «...когда мы говорим о недействительности самой по себе, то предполагаем известный порок акта, благодаря которому он отпадает как основание, как причина известных последствий; при относительной же недействительности акт безупречен сам по себе и парализуется лишь то или другое его последствие в том или в другом направлении, – называть это можно обесцением акта, обесправлением...»³⁷⁷.

Это позволяло прийти к выводу, что «такая форма опровержения действий несостоятельного должника, как признание действий по исполнению его обязательств перед контрагентами недействительными, может именоваться относительной недействительностью сделки должника, поскольку между этими понятиями необходимо поставить знак равенства»³⁷⁸.

³⁷⁶ См.: Брагинский, М. И. Договорное право. Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М.: Статут, 1997. – С. 360.

³⁷⁷ Гольмстен, А. Х. Учение о праве кредитора опровергать юридические акты, совершенные должником в его ущерб, в современной юридической литературе / А. Х. Гольмстен. – СПб.: Типография М. М. Стасюлевича, 1893. – С. 39–40.

³⁷⁸ Дубиничин, А. А. Указ. соч. / А. А. Дубиничин. – С. 38.

кротстве, а в Германии они будут классифицированы как «прочие обязательства массы».

При этом в комментариях отмечается, что буквально по правилам § 207 Положения значение имеют только названные в нем расходы по делу. Теоретически это означает, что они имеют первоочередное значение и не могут затрагиваться в результате вступления в какие-либо иные обязательства. Однако на практике управляющий зачастую вынужден после открытия производства нести управленческие расходы без учета данной очередности, например на электроснабжение, отопление, охрану и прочее. Таким образом, покрытие расходов по делу (§ 54 Положения) может быть обеспечено только при условии, что имеющаяся масса превышает указанные управленческие расходы»¹³⁹.

Заслуживает внимания также порядок прекращения внешнего управления при недостаточности конкурсной массы.

«В абзаце 2 § 207 говорится, что до остановки процесса надлежит заслушать собрание кредиторов, управляющего по делу о банкротстве и кредиторов конкурсной массы. Дело в том, что суд останавливает производство по собственной инициативе, однако для обеспечения более полного информирования суда по вопросам покрытия издержек он должен заслушать основных заинтересованных лиц. Кроме того, тем самым всем заинтересованным лицам предоставляется возможность авансировать расходы, на которые не хватает средств конкурсной массы»¹⁴⁰.

Такой порядок представляется наиболее оправданным, так как в действительности подобные вопросы необходимо решать с заинтересованными лицами и поэтому аналогичную норму следует включить в Федеральный закон о несостоятельности (банкротстве).

Далее: «Если расходы по делу о банкротстве покрыты, но массы все-таки недостаточно для погашения прочих обязательств конкурсной массы с наступившим сроком исполнения, управляющий должен оповестить суд о недостаточности массы (§ 208 Положения). Такая же обязанность возлагается на него, если массы предположительно не хватит для погашения существующих обязательств конкурсной массы в тот момент, когда наступит срок их исполнения. Суд обязан опубликовать оповещение, поступившее от управляющего, а кредиторам конкурсной массы оно должно быть доставлено в особом порядке.

Появление в законе данной нормы объясняется следующим. Конкурсный управляющий согласно § 61 Положения о несостоятельности обязан лично отвечать за то, что возникшие благодаря его действиям обязательства массы могут быть исполнены за ее счет. Если во время

¹³⁹ Егоров, А. В. Указ. соч. / А. В. Егоров. – С. 139.

¹⁴⁰ Там же. С. 139.

производства он узнает, что массы не хватит даже для полного удовлетворения уже существующих обязательств массы, то при равенстве в очередности всех обязательств массы он не имел бы более возможности вступать в иные обязательства без риска понести персональную имущественную ответственность. В подобной ситуации оповещение о недостаточности массы и связанный с этим приоритет обязательств, возникших после даты оповещения (см. далее § 209), возвращают управляющему необходимую свободу действий»¹⁴¹.

Следует отметить, что в российском законодательстве о банкротстве эти вопросы проработаны недостаточно. В первую очередь это касается классификации расходов.

По мнению А. В. Егорова, «техника Закона о банкротстве и в данном вопросе оставляет желать лучшего: в одних статьях речь идет только о судебных расходах (ст. 230, п. 3 ст. 70), в других – о расходах, включающих в себя судебные расходы, расходы на выплату вознаграждения арбитражным управляющим и оплату услуг привлекаемых ими лиц (п. 1 ст. 59), в третьих – о судебных расходах и вознаграждении управляющих (п. 1 ст. 70). Доходит до того, что нормы Закона вызывают грустную иронию: в пункте 1 статьи 70 сказано, что анализ финансового состояния должника проводится в целях определения стоимости принадлежащего должнику имущества для покрытия судебных расходов, расходов на выплату вознаграждения арбитражным управляющим. В пункте 3 той же статьи устанавливается, что если по результатам финансового анализа выявляется недостаточность имущества должника для покрытия судебных расходов, кредиторы вправе принять решение о введении внешнего управления только при определении источников покрытия судебных расходов. Спрашивается, зачем было определять согласно пункту 1 статьи 70 Закона, достаточно ли имущества на вознаграждение арбитражному управляющему, если в пункте 3 не запрещается вводить внешнее управление, если имущества в этой части недостаточно»?¹⁴². В этом случае с мнением А. В. Егорова трудно согласиться. Следует отметить, что п. 3 ст. 70 Закона предусматривает, что если кредиторами не определен источник покрытия судебных расходов или за счет этого источника оказалось невозможным их покрытие, то кредиторы, проголосовавшие за введение внешнего управления, несут солидарную ответственность по покрытию таких расходов. Представляется, что анализ финансового состояния должника на предмет возможности покрытия им расходов на проведение внешнего управления и связанных с этим издержек необходим, несмотря на то, что внешнее управление может быть введено

¹⁴¹ Егоров, А. В. Указ. соч. / А. В. Егоров. – С. 139–140.

¹⁴² Там же. 143.

§ 3. Признание сделок недействительными в ходе внешнего управления

А. А. Дубиничин отмечает, что «любой законодатель, создавая собственную национальную систему несостоятельности и решая, какими правовыми средствами опровержения действий недобросовестного банкрота наделить кредиторов, неизбежно столкнется с рядом проблем. Во-первых, решение вопроса многовариантно. В науке гражданского и предпринимательского (торгового) права достаточно примеров того, как защитить интересы кредиторов, которые почерпнуты из законодательных актов о несостоятельности, изданных в разных странах и в различные исторические периоды. Во-вторых, закрепление в национальном законодательстве о банкротстве норм об условиях и порядке опровержения действий должника-банкрота всегда связано с проблемой достижения компромисса в степени защищенности интересов, с одной стороны, кредиторов должника, желающих опровергнуть убыточные по своим последствиям действия, а с другой – контрагентов должника, получивших от него имущество в результате выполнения указанных действий и, вполне вероятно, заключивших и выполнявших договор добросовестно.

Эта проблема имеет и более широкое звучание: нужно найти равновесие между интересами кредиторов, стремящихся свести на нет имущественные последствия убыточных действий должника, и необходимостью стабильности имущественного, предпринимательского оборота. В этой связи уместно привести мнение известного дореволюционного ученого-юриста Г. Ф. Шершеневича, который писал: «...самая трудная задача законодателя в конкурсном праве – это согласовать интересы различных претендентов на имущество несостоятельного должника с интересами общественного кредита»³⁷⁴.

И, наконец, в-третьих, рассматриваемая часть законодательства о банкротстве может потребовать неоднократного пересмотра в связи с ее применением, которое обнаружит юридические ошибки, перекося в балансе интересов или громоздкость и трудность практического использования»³⁷⁵.

В настоящее время можно выделить опровержение действий должника, совершенных им в ущерб кредиторам, в двух основных формах:

– в форме признания недействительными действий должника, не

³⁷⁴ Шершеневич, Г. Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – СПб., 1908. – С. 354.

³⁷⁵ Дубиничин, А. А. Недействительность сделок должника при банкротстве / А. А. Дубиничин // Хозяйство и право. – 1999. – № 5. – С. 36.

рассматривать это явление как негативное, т. к. понятие предприятия в законодательстве получает еще одно толкование, что парализует его единообразное понимание и применение. Ситуация усугубляется еще и тем, что термин «предприятие» используется в отношении не только объектов, но и субъектов права (государственных и муниципальных унитарных предприятий), что создает дополнительную путаницу. Поэтому необходимо провести ревизию законодательства и определить на законодательном уровне понятие предприятия и корректное использование этого термина в нормах права;

3) в том случае, когда структурные подразделения (части предприятий) (части имущественных комплексов) промышленных предприятий практически отвечают критерию п. 1 ст. 132 ГК РФ, такие подразделения могут быть выделены из состава предприятия на отдельный баланс и проданы в качестве самостоятельного предприятия.

Что же касается структурных подразделений (частей предприятий) (частей имущественных комплексов), осуществляющих промежуточные технологические и иные операции (т. е. не отвечающих требованию п. 1 ст. 132 ГК РФ), то они могут быть проданы лишь в качестве частей предприятий в соответствии со ст. 111 «Продажа части имущества должника» Закона о банкротстве;

4) продажа предприятия как способ восстановления платежеспособности может быть применена в случаях, когда у должника находится в собственности несколько предприятий. Должник, продав одно из них, получает возможность продолжать свою деятельность. В этой связи в ст. 109 Закона о банкротстве следует внести изменения, предусмотрев, что одной из перечисленных мер по восстановлению платежеспособности должника является не «продажа предприятия должника», а «продажа части предприятий должника». Такая формулировка, с одной стороны, предусматривает возможность продажи сразу нескольких предприятий, а с другой – не дает возможности продать все предприятия должника и тем самым сделать недостижимой цель внешнего управления – восстановление его положения;

5) следует изменить формулировку ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о банкротстве, внося дополнение о том, что при продаже предприятия отчуждаются «принадлежащие должнику исключительные права, за исключением прав и обязанностей, которые не могут быть переданы другим лицам в силу закона»;

6) следует внести изменения в ч. 3 п. 3 ст. 110 Закона о банкротстве, изложив ее следующим образом: «При продаже предприятия все трудовые договоры, действующие на дату продажи предприятия, с согласия работника сохраняют силу, при этом права и обязанности работодателя переходят к покупателю предприятия». Необходимо также внести аналогичную норму в ст. 111 Закона о банкротстве, регулиющую продажу части имущества должника.

и при недостаточности имущества должника. Кредиторы, требующие введения внешнего управления, должны иметь представление о степени своего риска (возможно, эти расходы незначительны). Суд должен иметь представление о финансовых возможностях должника. Решение о введении внешнего управления должно приниматься обоснованно, но результат, тем не менее, в любом случае остается вероятностным. Поэтому, вопреки мнению А. В. Егорова, представляется, что положения п. 1 и 3 ст. 70 Закона в целом обоснованны и, соответственно, нет необходимости вносить в них изменения, кроме ч. 2 п. 3 ст. 70, из которой следует исключить фразу «если кредиторами не определен источник покрытия судебных расходов». Таким образом будет гарантирована обязательность определения такого источника, а контроль за тем, чтобы он был реальным следует возложить на суд.

Остается открытым вопрос о том, каким образом кредитор обязан возместить расходы на проведение внешнего управления в случае недостаточности у должника средств? По мнению А. В. Егорова, «разумно было бы предусмотреть два варианта: а) когда расходы уже понесены (арбитражным управляющим или третьим лицом, в том числе кредитором) и их требуется возместить; б) когда расходы предстоит (с необходимостью или вероятностью) производить в будущем. По поводу последнего заметим следующее. Действительно, как нередко возражают сторонники юридического формализма, законом арбитражному суду не предоставлено право взыскивать будущие расходы. Но законом это и не запрещено»¹⁴³. Представляется вполне допустимым возложить на кредитора обязанности возместить будущие расходы на внешнее управление, если он сам настаивает на его проведении. В качестве примера можно сослаться на ст. 31 Закона, которая предусматривает предоставление финансовой помощи должнику, в том числе его кредиторами. Если в этом случае речь идет о погашении задолженности за должника, то при оплате будущих расходов на внешнее управление речь идет о своего рода инвестициях, которые окупятся в будущем.

«Приходилось слышать и такое соображение – как только судебная практика (или в будущем законодатель) разрешит взыскивать расходы по делу заявителя на будущее время, управляющему станет выгодно тянуть с рассмотрением дела, взыскав себе вознаграждение с кредитора. Возразить на это можно только одно – ориентироваться следует на добросовестных управляющих. Если управляющий тянет с выполнением своих обязанностей, значит, он выполняет их ненадлежащим образом. Раз так, заинтересованный кредитор должен ставить вопрос об отстранении данного управляющего и утверждении нового. Правда, если другие кредито-

¹⁴³ Егоров, А. В. Указ. соч. / А. В. Егоров. – С. 143.

ры не согласятся с тем, что управляющий работает слишком медленно и завышает расходы, то заявителю придется смириться и платить»¹⁴⁴.

Тем не менее представляется, что оплата кредитором расходов на будущее более предпочтительна, чем их последующее возмещение, когда решается вопрос о введении внешнего управления, так как создает дополнительные предпосылки для достижения успешного результата, а кроме того, является гарантией заинтересованности кредитора.

«Как видится, одной из ключевых практических проблем, которую потребуется решить, если избрать предлагаемый подход (взыскание будущих расходов в конкурсную массу), является защита этих средств от обращения на них взыскания по текущим обязательствам должника. Согласно пункту 3 статьи 134 Закона очередность удовлетворения требований кредиторов по текущим денежным обязательствам должника определяется в соответствии со статьей 855 ГК РФ. Таким образом, если взысканные в счет будущих расходов суммы будут зачислены на расчетный счет должника, к тому же единственный согласно пункту 1 статьи 133 Закона, они в числе прочих средств могут быть списаны по исполнительным документам, представленным текущими кредиторами.

Возможное разъяснение могло бы быть следующим. Если судебный акт или определение о возмещении расходов по делу о банкротстве касаются сумм, подлежащих расходованию в будущем, эти средства взыскиваются в пользу должника для включения в конкурсную массу и расходуются арбитражным управляющим в соответствии с их назначением. В связи с целевым характером данных средств на них не допускается обращение взыскания по требованию кредиторов должника, в том числе по текущим платежам.

Не исключено, что следует обдумать иной путь – взыскание будущих расходов в пользу арбитражного управляющего (тогда такое ходатайство должен иметь право заявить только сам управляющий, но не иные кредиторы, поскольку система косвенных исков в нашем праве пока только делает первые шаги). В этом случае средства будут защищены от притязаний конкурсных и текущих кредиторов, но одновременно возникнет проблема при отстранении (освобождении) одного управляющего и утверждении другого на его место»¹⁴⁵.

Следует также согласиться с мнением А. В. Егорова о том, что «ходатайство о взыскании денежных сумм в счет расходов по делу о банкротстве арбитражному суду следовало бы рассматривать в судебном заседании в месячный срок с даты получения указанного ходатайства

находившемуся в стадии конкурсного производства»³⁷². Мы уже отмечали проблему, которая связана с тем, что гражданское законодательство и законодательство о банкротстве вкладывают различное содержание в понятие предприятия. Следует полагать, что решение, которое предлагает Л. Гершанок, способно только усугубить проблему и внесет еще большую путаницу. Поэтому представляется более целесообразным не «приравнивать» к понятию «предприятие» «любой имущественный комплекс, содержащий рабочие места», а внести в ст. 111 Закона о несостоятельности (банкротстве), регулирующую продажу части имущества должника, норму, аналогичную той, что содержится в ч. 3 п. 3 ст. 110 указанного Закона.

В силу ч. 1 п. 4 ст. 110 Закона о банкротстве продажа предприятия осуществляется путем проведения открытых торгов в форме аукциона, если иное не установлено самим Законом о банкротстве. «Если предприятие реализуется посредством публичного предложения, то договор купли-продажи предприятия заключается внешним управляющим с лицом, предложившим в течение месяца с даты опубликования сообщения о продаже предприятия максимальную цену за предприятие (абз. 2 п. 8). При этом не указан срок, в течение которого должен быть подписан данный договор. Можно предположить, что этот договор должен быть подписан не позднее чем через десять дней (по аналогии с нормой абз. 1 п. 8) со дня истечения месяца, в течение которого принимаются предложения. Рассматриваемая норма допускает установление «иного» Законом, однако непонятно, какие конкретно нормы Закона имеются в виду. Эта неопределенность затрудняет практическое применение Закона, и ее следовало бы устранить путем внесения в Закон соответствующих изменений и дополнений»³⁷³.

Таким образом, в ходе нашего исследования нам удалось прийти к следующим выводам:

1) следует пересмотреть представления о предприятии как имущественном комплексе, вновь вернувшись к видению предприятия как «бизнеса», «дела», т. е. целостного явления, представляющего в первую очередь отношения и связи, а не только вещи;

2) законодательство о банкротстве понимает под предприятием иной имущественный комплекс, нежели тот, который поименован в п. 1 ст. 132 ГК РФ. Оно имеет в виду имущественный комплекс, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности. Это понятие более широкое, чем понятие предприятия, которое закреплено в ГК РФ, где под предприятием понимается имущественный комплекс, который используется в настоящее время для предпринимательской деятельности. Следует

¹⁴⁴ Егоров, А. В. Указ. соч. / А. В. Егоров. – С. 145.

¹⁴⁵ Там же. С. 145.

³⁷² Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 11. – С. 5–6.

³⁷³ Александров, А. Д. Указ. соч. / А. Д. Александров. – С. 47.

воры (в частности, по продаже имущественного комплекса) между ними никак не могут отражаться на трудовых отношениях. Об этом же свидетельствует и параграф 8 гл. 30 ГК РФ, не предусматривающий сохранения трудовых договоров с работниками продаваемого предприятия.

Если же схему, предложенную Законом, воспринимать буквально, то работники будут иметь статус лишь какого-то довеска к имуществу, не имеющего права голоса. Таким образом, в данной ситуации действует ст. 25 КЗоТ, предусматривающая возможность перевода работника в иную организацию только с его согласия, что полностью соответствует, в отличие от буквального толкования п. 2 ст. 86 Закона, как международному, так и национальному законодательству³⁷⁰. В этой связи представляется необходимым внести изменения в ч. 3 п. 3 ст. 110 действующего Закона о несостоятельности (банкротстве), изложив ее следующим образом: «При продаже предприятия все трудовые договоры, действующие на дату продажи предприятия, с согласия работника сохраняют силу, при этом права и обязанности работодателя переходят к покупателю предприятия».

У этой проблемы есть и обратная сторона. Мы уже отмечали, что правило о том, что на покупателя предприятия переходят права и обязанности работодателя, выгодно не только этому покупателю, но и работникам, которые сохраняют, тем самым, свои рабочие места. Однако проблема заключается в том, что эта норма распространяется только на случаи продажи предприятия. «Законом не урегулированы ситуации, при которых должник продает иные имущественные комплексы, содержащие рабочие места. Формально они не могут претендовать на сохранение трудовых отношений с новым собственником, что нельзя признать правильным. Их защита представляется не менее важной, в связи с чем эту норму необходимо распространить и на указанные ситуации»³⁷¹. С этим выводом следует согласиться, однако следует избрать иной путь решения данной проблемы, нежели тот, который предлагает Л. Гершанок, который считает, что «на практике в данном случае возможно расширительное толкование термина «предприятие», приравнивая к нему любой имущественный комплекс, содержащий рабочие места. Фактически такое толкование судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда РФ уже применила при вынесении определения от 29 мая 2000 г. Им был удовлетворен протест заместителя Председателя Верховного суда РФ об отмене решения Северского районного суда Краснодарского края от 31 августа 1998 г., которым было отказано в восстановлении на работе уволенному по п. 1 ст. 33 КЗоТ оператору факельного хозяйства ОАО «Роснефть – Краснодарнефтеоргсинтез»,

согласно пункту 1 статьи 60 Закона о банкротстве. Такое разъяснение предполагает расширительное истолкование указанной нормы, поскольку в ней о ходатайстве говорится лишь применительно к арбитражному управляющему, для кредиторов урегулированы только случаи подачи жалоб. Вместе с тем кредитор, внесший суммы для проведения дела о банкротстве, должен подавать именно заявление (ходатайство), а не жалобу (не понятно, на кого)»¹⁴⁶.

Что касается проблемы возмещения расходов на опубликование сведений по делу о банкротстве, то, по мнению А. В. Егорова, «желательно было бы установить следующее. Правило второго абзаца пункта 1 статьи 54 Закона о банкротстве подразумевает, что понесенные арбитражным управляющим расходы по делу о банкротстве могут быть в будущем возмещены за счет должника. Поэтому данное правило (управляющий оплачивает публикацию из собственных средств, а затем возмещает понесенные расходы за счет должника) не может применяться в тех случаях, когда имущество должника заведомо не позволяет возместить расходы на опубликование соответствующих сведений. В данном случае применяются второй абзац пункта 2 статьи 28 и пункт 3 статьи 59 Закона о банкротстве.

Все изложенные выше рекомендации могли бы применяться и в тех случаях, когда у должника есть недвижимое и иное имущество, но нет достаточных денежных средств для оплаты расходов по делу о банкротстве. Требуется признать, что из выручки, полученной от реализации имущества должника, прежде всего должны погашаться расходы по делу о банкротстве, понесенные ранее арбитражным управляющим или иным лицом.

Сходный подход целесообразно было бы избрать и для заложенного имущества должника»¹⁴⁷.

В итоге мы можем прийти к выводу о том, что «совокупность слабых сторон предложенного российским законодателем решения проблемы недостаточности средств должника на покрытие расходов по делу о банкротстве свидетельствует в пользу иного подхода, известного иностранным правовым порядкам. Когда арбитражный управляющий выяснил, что нет денег ни на публикации, ни на что иное, – он должен подавать в суд заявление с указанием соответствующих обстоятельств. Суд проверяет его доводы, и если ни кредитор, ни учредитель, ни иное заинтересованное лицо не готовы покрыть расходы, производство по делу прекращается»¹⁴⁸.

³⁷⁰ См.: Гершанок, Л. Указ. соч. / Л. Гершанок. – С. 3.

³⁷¹ Там же. С. 3.

¹⁴⁶ Егоров, А. В. Указ. соч. / А. В. Егоров. – С. 144.

¹⁴⁷ Там же. С. 145–146.

¹⁴⁸ Там же. С. 149.

При решении вопроса о прекращении внешнего управления мы вновь возвращаемся к проблеме судейского усмотрения. Представляется целесообразным и даже неизбежным, что вопросы прекращения или продления сроков внешнего управления должны решаться с участием мнения суда.

В этой связи следует согласиться с мнением В. А. Химчева о том, что «нормы Закона 2002 года предусматривают как досрочное завершение процедур банкротства (ввиду достижения целей или по причине бесперспективности их дальнейшего проведения), так и продление сроков их проведения (п. 1 ст. 86, п. 1 ст. 87, п. 2 ст. 93, ст. 108, п. 2 ст. 124). В каждом конкретном случае необходимость продления сроков проведения процедур банкротства должна быть оценена судом. Наличие судейского усмотрения в этом вопросе, на наш взгляд, крайне необходимо»¹⁴⁹.

Таким образом, в ходе нашего исследования мы пришли к следующим выводам:

1) следует отказаться от преобладающего в действующем законодательстве о банкротстве «реабилитационного» уклона в пользу более сбалансированного подхода;

2) введение внешнего управления целесообразно только после тщательного экономического анализа. Наличие формальных оснований для введения реабилитационных процедур не должно быть решающим аргументом. Важно учитывать фактические обстоятельства финансового положения должника. При оценке должны быть приняты во внимание сразу множество факторов. Внешнее управление должно вводиться там, где это приемлемо и разумно с экономической точки зрения, в смысле сохранения многообещающих, но находящихся в трудном финансовом положении компаний и их рабочих мест, сохранения реальных источников налогов, финансирования программ здравоохранения, предоставления льгот и пенсионного обеспечения, а также производительных сил общества;

3) суд не вправе по собственному усмотрению инициировать введение внешнего управления, однако в целом законодатель должен пойти по пути расширения дискреционных полномочий суда. Суд должен иметь право на мотивированный отказ во введении процедуры банкротства. В этой связи нужно внести в Закон о банкротстве положения, оставляющие за судом право назначения по его инициативе экспертизы в целях определения финансового состояния должника, выявления признаков фиктивного или преднамеренного банкротства, а также право отказа во введении процедур банкротства, проведение которых не согласуется с реалистической картиной дел должника;

¹⁴⁹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 51.

п. 3 ст. 110 действующего Закона о банкротстве. Следует полагать, что законодатель сохранил эту норму, так как это выгодно и покупателю предприятия, который может быть заинтересован в сохранении кадров и приобретении действующего предприятия, и самим работникам, которые сохраняют за собой рабочее место.

Однако в таком случае возникает проблема увязки указанной нормы с трудовым законодательством. Как отмечает М. В. Телюкина, «в статье ничего не говорится о даче согласия на это самим работником, что на первый взгляд можно приравнять к появлению в законодательстве нового вида переводов без его согласия. Однако перевод работника на работу в другую организацию, согласно п. 5 ст. 29 КЗоТ, всегда является основанием для расторжения первоначального трудового договора (при этом в данной ситуации предприятие остается прежним). По этим основаниям нельзя согласиться с мнением А. Юхнина, высказанным в постатейном комментарии Закона³⁶⁷, о том, что п. 2 ст. 86 полностью соответствует ст. 29 КЗоТ. Вызывает сомнение и возможность перевода долга по заработной плате с работодателя на иное лицо без согласия работника. Очевидно, указанная конструкция безосновательно была скопирована из законодательства зарубежных стран. Так, согласно законодательству Германии «покупатель или арендатор в этом случае принимает на себя все обязанности в отношении трудового коллектива»³⁶⁸, что, как было показано выше, «у нас так однозначно воспринято быть не может»³⁶⁹.

Мнение М. В. Телюкиной поддерживает Л. Гершанок, который полагает, что в данном случае имеет место как продажа предприятия, так и перевод в иную организацию, в связи с чем она подпадает сразу под две нормы КЗоТ: в одном случае под перевод, в другом – нет. Наверно, разрешить ее без увязки понятий КЗоТ и ГК довольно проблематично, однако в любом случае очевидно, что согласие работника необходимо. На взгляд автора, если указанная ситуация хотя бы единожды в КЗоТ подпадает под понятие перевода (ст. 25), он имеет место. Здесь должен действовать п. 5 ст. 29 КЗоТ, предусматривающий безусловное прекращение трудовых отношений с должником при переводе работника в иную организацию. Необходимо исходить из того, что должник и новый работодатель – это два разных юридических лица и хозяйственные дого-

³⁶⁷ Постатейный комментарий Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)». Под ред. В. В. Витрянского. – М., 2000. – С. 214.

³⁶⁸ Потапов, А. Как ликвидируются предприятия в Германии / А. Потапов // Проблемы теории и практики управления. – 1994. – № 2. – С. 55.

³⁶⁹ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 301; см. также: Гершанок, Л. Увольнение и перевод работников при процедурах несостоятельности / Л. Гершанок // Законность. – 2001. – № 7. – С. 2.

Обращает на себя внимание то, что в Закон о несостоятельности (банкротстве) 2002 г. «перекочевали» и другие недостатки предыдущего Закона о банкротстве. Так, М. В. Телюкина отмечала, что «при определении состава предприятия возникает еще одна проблема, связанная с судьбой имущественных прав из договоров, содержащих условие о непередаваемости их третьим лицам. С одной стороны, ч. 2 п. 1 ст. 86 говорит о том, что в состав бизнеса не включаются «права и обязанности, которые не могут быть переданы другим лицам». С другой стороны, если относить к ним права, в собственном смысле личными не являющиеся, но о непередаваемости которых сказано в договоре, то это может открыть дорогу значительным злоупотреблениям»³⁶³. Ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности (банкротстве) практически дословно воспроизводит формулировку ч. 2 п. 1 ст. 86 Закона о несостоятельности (банкротстве) 1998 г., следовательно, указанная проблема остается нерешенной. Следует согласиться с мнением М. В. Телюкиной о том, что «поскольку исключение указанных прав из состава имущественного комплекса весьма невыгодно кредиторам, представляется, что в конкурсном процессе целесообразно игнорировать волю кредиторов, выраженную в договоре, и включать в состав бизнеса указанные выше права»³⁶⁴.

Кроме того, представляется целесообразным изменить формулировку ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности (банкротстве) 2002 г., внося дополнение о том, что при продаже предприятия отчуждаются «принадлежащие должнику исключительные права, за исключением прав и обязанностей, которые не могут быть переданы другим лицам в силу закона».

Еще одной проблемой, доставшейся в наследство от предыдущего закона, является судьба работников продаваемого предприятия. Как мы уже отмечали, согласно ст. 86 Закона о банкротстве 1998 г., «в целях удовлетворения требований кредиторов план внешнего управления может предусматривать продажу всего предприятия как имущественного комплекса. Фактически это означает, что собственником рабочих мест становится не должник, а иное лицо»³⁶⁵. При этом в силу ч. 2 указанной статьи «все договоры, действующие на момент продажи предприятия, сохраняют силу (в том числе и с руководителем должника, поскольку на стадии внешнего управления он только отстранен от исполнения своих обязанностей). При этом права и обязанности работодателя переходят к покупателю предприятия»³⁶⁶. Аналогичную норму содержит ч. 3

4) в целях учета мнения различных групп кредиторов при решении вопроса о введении внешнего управления возможно использовать американский опыт раздельного голосования, однако в таком случае необходимо разработать четкие критерии классификации кредиторов на основе тех интересов, которые они преследуют в процессе банкротства;

5) из ч. 2 п. 3 ст. 70 Закона о банкротстве следует исключить фразу «если кредиторами не определен источник покрытия судебных расходов». Таким образом, будет гарантирована обязательность определения такого источника, а контроль за тем, чтобы он был реальным, следует возложить на суд;

6) допустить возложение на кредитора обязанности возместить будущие расходы на внешнее управление, если он сам настаивает на его проведении. При этом в связи с целевым характером данных средств на них не допускается обращение взыскания по требованию кредиторов должника, в том числе по текущим платежам;

7) внести дополнения в п. 1 ст. 98 Закона о банкротстве, предусмотрев, что внешний управляющий может быть отстранен от исполнения своих обязанностей, в том числе и по инициативе суда;

8) дополнить Закон о банкротстве нормами, предусматривающими основания и порядок прекращения внешнего управления при недостаточности конкурсной массы. При этом следует определить, что при недостаточности средств должника на покрытие расходов по делу о банкротстве арбитражный управляющий должен подать в суд заявление с указанием соответствующих обстоятельств. Суд обязан проверить его доводы и до остановки процесса заслушать собрание кредиторов и внешнего управляющего для обеспечения более полного информирования суда по вопросам покрытия издержек, при этом всем заинтересованным лицам предоставляется возможность авансировать расходы, на которые не хватает средств конкурсной массы. Если ни кредитор, ни учредитель, ни иное заинтересованное лицо не готовы покрыть расходы, производство по делу прекращается.

³⁶³ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 297.

³⁶⁴ Там же. С. 297.

³⁶⁵ Там же. С. 301.

³⁶⁶ Там же. С. 301.

§ 3. Управление предприятием-должником. Правовое положение внешнего управляющего

Вопрос о том, кто будет осуществлять внешнее управление, какие лица, каким правовым статусом наделенные, является одним из важнейших в обеспечении успеха внешнего управления. Здесь возможно несколько вариантов, которые могли быть использованы в ранее действующем законодательстве либо используются в настоящее время за рубежом.

Так, например, как отмечает М. В. Телюкина, «ранее действовавший Закон «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» говорил о возможности отстранения руководства, тем самым допуская и возможность его сохранения, т. е. допуская применение внутреннего управления, когда все мероприятия по восстановлению платежеспособности должника осуществляются бывшим руководителем юридического лица. (Такая система используется в американском законодательстве, регулирующем несостоятельность (банкротство). – **Прим. А. Б.**).

Теоретически возможно и применение смешанной системы, когда одновременно действуют (имеют полномочия по управлению предприятием) и руководитель, и управляющий (но в этом случае возможно возникновение серьезных проблем, связанных с разграничением компетенции и действительностью сделок должника и управляющего)»¹⁵⁰. Есть и иной вариант. Возможно, что в такой ситуации, чтобы избежать проблем с разграничением компетенции, целесообразно было бы вводить не «смешанную систему», а привлекать бывшее руководство, не наделяя его при этом полномочиями по управлению должником, либо эти полномочия ограничить, определив, что основные решения должны приниматься внешним управляющим или под его контролем.

Анализируя правовой статус арбитражного управляющего, многие ученые высказывают мнение о «возможности передачи в отдельных случаях управления имуществом должника организациям (юридическим лицам), профессионально занимающимся антикризисным управлением»¹⁵¹. Следует отметить, что законодательство об акционерных обществах предусматривает возможность передачи полномочий исполнительного органа «другой коммерческой организации» (см. п. 3 ст. 103 ГК РФ и п. 1 ст. 69 Закона об акционерных обществах). Это связано в

(бизнесов), принадлежащих должнику, по мнению М. В. Телюкиной, особенно эффективна в начале процедуры внешнего управления. «Наиболее целесообразно предлагать к продаже имущественный комплекс (или один из них) на ранних стадиях внешнего управления, когда он еще обременен меньшим количеством долгов, а затем уже приступить к реализации другого имущества»³⁶⁰.

Таким образом, можно согласиться с мнением М. В. Телюкиной о том, что продажа бизнеса может осуществляться независимо (в том числе одновременно) от продажи других бизнесов или отдельных видов имущества»³⁶¹.

Делая вывод о том, что Закон о несостоятельности (банкротстве) 1998 г. предусматривает продажу всех предприятий должника сразу, М. В. Телюкина приводит в качестве примера формулировку ч. 2 п. 1 ст. 86 указанного Закона: «При продаже предприятия отчуждаются все виды имущества, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности». Аналогичная формулировка содержится и в ч. 1 п. 3 ст. 110 ныне действующего Закона о банкротстве. «Из буквального толкования данной нормы следует, что должник обязан продавать (а покупатель – покупать) только одновременно все свое имущество, даже если оно предназначено для осуществления совершенно разных видов деятельности, и для восстановления платежеспособности достаточно продать только один из бизнесов»³⁶².

Однако в данном случае можно истолковать данную норму и иным образом. Представляется, что законодатель, говоря об отчуждении «всех видов имущества, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности», в первую очередь имел цель определить состав продаваемого предприятия. В этом смысле каких-либо претензий к содержанию ч. 1 п. 3 ст. 110 Закона о несостоятельности (банкротстве) быть не должно, однако в ст. 109 указанного Закона, в которой содержится перечень мер по восстановлению платежеспособности должника, следует внести изменения, предусмотрев, что одной из таких мер является не «продажа предприятия должника», а, к примеру, «продажа части предприятий должника». Такая формулировка, с одной стороны, предусматривает возможность продажи сразу нескольких предприятий, а с другой – не дает возможности продать все предприятия должника и тем самым сделать недостижимой цель внешнего управления: восстановление положения должника.

¹⁵⁰ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 265.

¹⁵¹ Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве / В. В. Витрянский // Вестник ВАС РФ. – 2001. – № 3. – С. 96. Данная позиция содержится и в других работах. См., напр.: Баренбойм, П. Статус арбитражного управляющего / П. Баренбойм, А. Копман // Российская юстиция. – 1999. – № 12. – С. 30.

³⁶⁰ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 301.

³⁶¹ Там же. С. 301.

³⁶² Там же. С. 298.

ях, когда у должника находится в собственности несколько предприятий. Должник, продав одно из своих предприятий, получает возможность полностью или частично удовлетворить денежные требования кредиторов и продолжать деятельность. Если же должнику принадлежит только одно предприятие, то его продажа вряд ли экономически оправдана (должник практически не в состоянии начать какую-либо иную деятельность, поскольку вся сумма вырученных денежных средств направляется на удовлетворение требований кредиторов, а возможность привлечения заемных средств в сложившейся ситуации невелика)»³⁵⁶.

Точка зрения А. Д. Александрова представляется обоснованной, так как основная цель внешнего управления – восстановление положения должника – после продажи единственного предприятия практически недостижима, и в таком случае введение внешнего управления малообоснованно, скорее всего, в такой ситуации следует принимать решение о введении конкурсного производства. В этом смысле следует обратить внимание на ч. 2 п. 1 ст. 111 Закона, регулирующей продажу части имущества должника, в силу которой продажа части имущества не должна приводить к невозможности осуществления должником своей хозяйственной деятельности. Представляется, что данная норма применима и к продаже предприятия. Этот вывод вытекает из вышеприведенного соображения о том, что в противном случае цель внешнего управления является недостижимой.

В целом М. В. Телюкина в отношении ранее действующего Закона о несостоятельности (банкротстве) 1998 г. отмечала, что, «регулируя продажу бизнеса, Закон демонстрирует весьма односторонний подход – исходя из анализа его норм, можно сделать вывод о том, что Закон подразумевает возможность существования у должника только одного бизнеса (подобный подход, но в меньшей степени, характерен и для ГК РФ)»³⁵⁷. Эту же особенность Закона отмечали и другие ученые: «Анализ п. 9–11 ст. 86 Закона показывает, что под продажей предприятия авторами Закона понималась продажа всех предприятий должника»³⁵⁸. В принципе то же самое можно отметить и в отношении действующего Закона о банкротстве. «На самом же деле у должника может быть несколько бизнесов, некоторые из них более или менее хорошо функционируют и могут представлять интерес для кредиторов»³⁵⁹. Продажа части предприятий

первую очередь с размерами открытого акционерного общества (количество участников которого не ограничено) и, соответственно, со сложностью управления им. Представляется, что аналогичные соображения должны быть взяты за основу при определении возможности передачи полномочий внешнего управляющего юридическому лицу.

Заслуживает внимания и противоположная точка зрения, принадлежащая, в частности, В. В. Голубеву. Данный автор высказывает опасение, что «при переходе функций управляющего к юридическому лицу существенно (не менее чем на 70–100 %) возрастут издержки должника при реализации процедур банкротства; при установлении ответственности компании за принятие решений, противоречащих закону либо нанесших ущерб участникам конкурса, необходимо будет решать проблему раскрытия корпоративного покрова; невозможно будет привлечь управляющего (т. е. компанию) к административной и уголовной ответственности; да и реализация гражданской ответственности будет затруднена вследствие недостаточности активов компании, которые при их реализации способны будут адекватно компенсировать пострадавшим ущерб, нанесенный действиями управляющей компании»¹⁵².

Однако в данном случае с приведенной выше аргументацией можно не согласиться. Как представляется, данные проблемы необходимо преодолевать и расширять круг субъектов, участвующих в управлении предприятием-должником, поскольку практика показала эффективность такого подхода. Например – «Как утверждают западные ученые и практики, общепризнанным является тот факт, что арбитражные управляющие могут приводить с собой на предприятие команду сотрудников своей фирмы для содействия в исполнении своих обязанностей и могут выставять счета за время, затраченное этими сотрудниками, как на часть вознаграждения арбитражного управляющего»¹⁵³.

При этом к числу преимуществ данного подхода относят:

«– возможность для лицензированного арбитражного управляющего вести несколько дел одновременно, делегируя ряд полномочий своим подчиненным, что повышает эффективность и надежность работы;

- возможность быстро взять под контроль самые крупные предприятия;
- обмен опытом и проблемами между партнерами для повышения качества работы;
- наличие ресурсов для обучения собственных сотрудников;
- общие системы учета;
- более надежный внутренний финансовый контроль, чему способствует разделение функций;

³⁵⁶ Александров, А. Д. Указ. соч. / А. Д. Александров. – С. 44.

³⁵⁷ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 295.

³⁵⁸ Гуляев, Е. П. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и пути выхода из кризиса: Точка зрения практика / Е. П. Гуляев // Комментарий к Закону «О несостоятельности (банкротстве)». – СПб., 1998. – С. 83.

³⁵⁹ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 296.

¹⁵² Голубев, В. В. Указ. соч. / В. В. Голубев. – С. 28.

¹⁵³ См.: Хоуман, М. Указ. соч. / М. Хоуман. – С. 91.

- внутренние проверки и контроль качества;
- возможность специализации внутри группы по типам процедур или отраслям.

Кроме того, поскольку партнеры разделяют риски ответственности за профессиональную халатность и соответствующий ущерб репутации, они стараются содействовать обеспечению высоких стандартов деятельности своих коллег.

Таким образом, учитывая то обстоятельство, что объектами арбитражного управления часто становятся крупные и социально значимые предприятия, требующие от арбитражного управляющего формирования собственной команды специалистов, а также принимая во внимание зарубежный опыт, следует говорить о внесении изменений в действующий закон о банкротстве, касающихся расширения круга субъектов, которые могут осуществлять деятельность по арбитражному управлению¹⁵⁴. Этого же мнения придерживаются и другие авторы, в частности И. Пономарев¹⁵⁵.

Представляется, что данное утверждение относится не только к юридическим лицам, но и к «команде», не имеющей статуса юридического лица. «Действующий закон не содержит ответа на вопрос, возможно ли назначение заместителя арбитражного управляющего. В этой связи представляется необходимым дополнить соответствующие нормы закона положением о том, что арбитражный суд может назначить заместителя арбитражного управляющего по ходатайству самого арбитражного управляющего либо собрания кредиторов. Заместитель необходим в тех случаях, когда сам управляющий временно не может исполнять свои обязанности.

Не содержит Закон о банкротстве 2002 г. и ответа на вопрос, возможно ли назначение нескольких арбитражных управляющих одновременно по одному и тому же делу. Заметим, что Закон о банкротстве 1998 г. допускал возможность назначения нескольких конкурсных управляющих по ходатайству конкурсного управляющего, одобренному собранием или комитетом кредиторов. На практике вопрос о назначении нескольких управляющих может стоять достаточно остро (речь идет о крупных предприятиях-должниках). В связи с этим следовало бы внести изменения в закон, указав, что по ходатайству арбитражных управляющих может быть назначен один или несколько управляющих дополнительно»¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Карелина, С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) / С. А. Карелина. – СПС «Консультант плюс». – С. 69–70.

¹⁵⁵ См.: Пономарев, И. Закон нуждается в усовершенствовании / И. Пономарев // Финансовая Россия. – 1999. – № 170. – С. 5.

¹⁵⁶ Там же. С. 69.

тельской деятельности непременно возникнут и будут относиться к составу предприятия, так как они являются факультативными признаками последнего»³⁵².

Возвращаясь, к продаже предприятия в рамках процедуры внешнего управления, следует отметить, что в некоторых случаях возникают затруднения, связанные с тем, какую часть имущества должника считать предприятием. В. В. Витрянский предлагает изменить существующее регулирование продажи предприятия, так как в настоящее время бывает сложно разграничить сделку по продаже предприятия и обычную сделку по продаже части имущества должника, при этом «в качестве одного из признаков продажи именно предприятия (бизнеса) должника можно было бы предложить наличие реальной возможности выделить из всех обязательств должника обязательства, связанные исключительно с деятельностью соответствующего комплекса имущества, используемого для предпринимательской деятельности»³⁵³.

В этом смысле заслуживает внимания точка зрения А. Д. Александрова, который отмечает, что «возможны случаи, когда структурные подразделения (части предприятий) (части имущественных комплексов), например цеха, участки и т.д. промышленных предприятий, практически отвечают критерию п. 1 ст. 132 ГК РФ. Такие подразделения могут быть выделены из состава предприятия на отдельный баланс и проданы в качестве самостоятельного предприятия.

Что же касается структурных подразделений (частей предприятий) (частей имущественных комплексов), осуществляющих промежуточные технологические и иные операции (т. е. не отвечающих требованию п. 1 ст. 132 ГК РФ), то они, естественно, могут быть проданы лишь в качестве частей предприятий в соответствии со ст. 111 «Продажа части имущества должника» Закона»³⁵⁴.

По мнению М. В. Телюкиной, «если имущественный комплекс является единственным имуществом должника, то, прежде чем перейти к его продаже, целесообразно доказать, что предполагается выручить средства, достаточные для восстановления платежеспособности»³⁵⁵.

Однако А. Д. Александров полагает, что «рассматриваемый способ восстановления платежеспособности целесообразно применять в случа-

³⁵² Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 51.

³⁵³ Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о банкротстве / В. В. Витрянский // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. – 2001. – № 3. – С. 102.

³⁵⁴ Александров, А. Д. Продажа предприятия-должника по новому Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / А. Д. Александров // Юридический мир. – 2003. – № 9. – С. 43–44.

³⁵⁵ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 296.

Ситуация усугубляется еще и тем, что термин «предприятие» используется в отношении не только объектов, но и субъектов права (государственных и муниципальных унитарных предприятий), что создает дополнительную путаницу. «Закон о банкротстве 2002 г. усугубляет эту тенденцию и создает противоречивый смысл терминам и понятиям, которые используются в гражданско-правовых отношениях. Данным Законом закреплен термин для субъекта права – «стратегическое предприятие» и допускается отличное от ГК РФ толкование понятия предприятия как объекта гражданских прав»³⁴⁸.

Следует согласиться с мнением Д. В. Егорова о том, что «сегодня необходимо провести ревизию законодательства и определить на законодательном уровне понятие предприятия и корректное использование этого термина в нормах права»³⁴⁹.

Таким образом, в настоящее время под предприятием законодательство о банкротстве имеет в виду имущественный комплекс, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности. Это понятие более широкое, чем понятие предприятия, которое закреплено в ГК РФ, где под предприятием понимается имущественный комплекс, который используется в настоящее время для предпринимательской деятельности. Существует мнение, что «обязательным признаком предприятия является наличие в его составе прав и обязанностей, что связано с фактической деятельностью предприятия»³⁵⁰. Поскольку у недействующего предприятия таковые могут отсутствовать, то «лежачее» предприятие предприятием в юридическом смысле не является. Однако, как отмечает Д. В. Егоров, наличие прав и обязанностей «возможно и у вновь сформированного и приостановившего свою деятельность имущественного комплекса, не вовлеченного в предпринимательскую деятельность. Это могут быть заемные и кредитные обязательства, права и обязанности из договоров поставки сырья и материалов и т. д.»³⁵¹.

Кроме того, представляется, что права и обязанности предприятия не являются его существенным признаком и представляют из себя лишь побочный продукт его деятельности. Следует согласиться с мнением Д. В. Егорова о том, что даже отсутствие прав и обязанностей «не должно принципиально влиять на квалификацию «лежачего» предприятия, ведущего свою деятельность как имущественный комплекс, если таковой отвечает основному признаку предприятия. Как только предприятие начнет функционировать, права требования и долги из предпринима-

Выше мы уже упоминали об альтернативных внешнему управлению системах, в частности, о привлечении бывшего руководства к управлению предприятием-должником. М. В. Телюкина полагает, что систему внешнего управления должником следует признать «наиболее адекватной для современной российской ситуации, поскольку допущение внутреннего управления способно повлечь серьезные злоупотребления. Однако очевидно, что отстранение бывшего руководителя не всегда целесообразно, поскольку не исключены ситуации, когда руководитель не причастен к возникновению финансовых трудностей, например, проблемы возникли вследствие технологического рывка конкурентов. Кроме того, кредиторы, оценив деятельность руководителя, могут прийти к выводу о целесообразности осуществления именно им восстановительных мероприятий. Безусловно, руководитель лучше любого управляющего знает особенности производства и рынка определенных товаров, а следовательно, и пути его модернизации в целях восстановления платежеспособности. Все это позволяет сделать вывод о том, что, возможно, в перспективе российское конкурсное законодательство будет развиваться в направлении допущения внутреннего управления или применения смешанной системы»¹⁵⁷. К аналогичному выводу приходит В. В. Витрянский, который полагает, что «в условиях дефицита арбитражных управляющих, имеющих соответствующие лицензии, Законом о банкротстве должны быть предусмотрены правила, позволяющие обеспечить квалифицированное управление имуществом должника. Скажем, такую роль могло бы выполнять положение, допускающее при определенных условиях возложение арбитражным судом функций и обязанностей арбитражного управляющего на руководителя должника (можно использовать конструкцию американского законодательства «должник во владении»), не предъявляя к нему требований регистрации в качестве индивидуального предпринимателя и наличия лицензии арбитражного управляющего»¹⁵⁸.

Как отмечает И. Ю. Мухачев, «в настоящее время одним из дискуссионных является вопрос об особенностях правового регулирования арбитражного управления по отношению к другим видам управленческой деятельности, а именно: управление юридическим лицом и доверительное управление имуществом.

Исследователи данного вопроса приходят к выводу, что «наличие общих черт всех видов управленческой деятельности объясняется необходимостью совершения общего набора фактических действий для управления имуществом, юридическим лицом, работниками и т. д.»¹⁵⁹.

³⁴⁸ Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 51.

³⁴⁹ Там же. С. 51.

³⁵⁰ Там же. С. 51.

³⁵¹ Там же. С. 51.

¹⁵⁷ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 265.

¹⁵⁸ Витрянский, В. В. Указ. соч. / В. В. Витрянский. – 2001. – С. 96.

¹⁵⁹ Мухачев, И. Ю. Правовое регулирование деятельности арбитражного управ-

Но в сфере правового регулирования каждый из видов управленческой деятельности приобретает существенные особенности.

Прежде всего речь идет о соотношении арбитражного и доверительного управлений. Основное отличие заключается в определении их целей, которые, безусловно, различны. Так, по мнению Е. А. Суханова, при банкротстве осуществляется управление деятельностью юридического лица в интересах его кредиторов, а не доверительное управление имуществом¹⁶⁰.

Арбитражный управляющий не может быть назван и органом юридического лица, так как в основе образования (формирования) органа юридического лица находится выражение воли участниками (учредителями) данного юридического лица. Следует заметить, что в законодательстве РФ предпринимались попытки договорного регулирования деятельности арбитражного управляющего. Так, в Указе Президента РФ от 22 декабря 1993 г. № 2264 «О мерах по реализации законодательных актов о несостоятельности (банкротстве) предприятий» (и в последующих изменениях к нему) закреплялась возможность Федеральной службы по финансовому оздоровлению и банкротству заключать с арбитражными управляющими договор¹⁶¹.

Вследствие такой неопределенности некоторое время оставался неясным вопрос, переходят ли функции органов управления предприятия должника к внешнему управляющему? В частности, в отношении ранее действующего Федерального закона о несостоятельности (банкротстве) 1998 г. М. В. Телюкина отмечала, что он не давал ответа на этот вопрос, «в результате чего весьма актуальными в последнее время становятся проблемы, связанные с ответом на следующие вопросы: имеет ли право управляющий осуществить увеличение уставного капитала юридического лица? Возможно ли в течение внешнего управления провести обмен долга на доли участия, в том числе акционирование долга?»¹⁶²

Действующий закон регулирует эти вопросы, тем не менее, несмотря на то, что внешний управляющий осуществляет функции органов управления, таковым, по мнению большинства ученых, он не является.

Так, В. Анохин отмечает, что внешний управляющий «ни при каких условиях не может отождествляться с органами управления должника

деятельности». Т. е. имущественный комплекс может не использоваться для предпринимательской деятельности в настоящее время, а быть только «предназначенным» для этого в будущем. Кроме того, п. 6 ст. 139 Закона о банкротстве 2002 г. устанавливает возможность продажи предприятия во время конкурсного производства. «Доктринально по духу конкурсное производство вообще не предполагает ведение должником предпринимательской деятельности. Имущество должника как бы «консервируется» для его дальнейшей распродажи. При этом норма Закона допускает в ходе конкурсного производства продажу предприятия как имущественного комплекса, предназначенного для осуществления предпринимательской деятельности»³⁴³.

Вследствие этого Д. В. Егоров констатирует, что «в силу регулирования законодательством о банкротстве особых правоотношений, складывающихся в сфере несостоятельности (банкротства), предприятием как объектом гражданских прав будет иной имущественный комплекс, нежели тот, который поименован в п. 1 ст. 132 ГК РФ. Это не обязательно «предприятие на ходу». При этом, как указывалось ранее, Гражданский кодекс РФ допускает существование иных имущественных комплексов»³⁴⁴. Сам Д. В. Егоров рассматривает это явление как негативное, т. к. понятие предприятия «в законодательстве получает еще одно толкование, что парализует его единообразное понимание и применение»³⁴⁵. С этим выводом не согласуется позиция В. С. Ема и О. Е. Романова, которые полагают, что поскольку предприятие – это только имущество, то законодатель, «конструируя модель договора продажи предприятия, имел в виду отчуждение как «лежачего» предприятия, не представляющего собой «живое» предпринимательское дело, так и предприятия, являющегося «живым» бизнесом»³⁴⁶. Отсюда следует, что положение ст. 132 ГК о том, что предприятием является используемый имущественный комплекс, понимать в буквальном смысле нельзя – логическое толкование позволяет распространить ст. 132 ГК и на некоторые имущественные комплексы, не используемые в работе»³⁴⁷. Однако мы уже имели возможность не согласиться с мнением о том, что предприятие – это прежде всего «дело», а не имущество, поэтому проблема нестыковки норм ГК и Закона о банкротстве по поводу понятия «предприятие» по-прежнему остается открытой.

ляющего при несостоятельности (банкротстве): дис. ... канд. юрид. наук / И. Ю. Мухачев. – С. 13.

¹⁶⁰ См.: Суханов, Е. А. Договор доверительного управления имуществом / Е. А. Суханов // Вестник ВАС РФ. – 2000. – № 1. – С. 81.

¹⁶¹ Карелина, С. А. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства). СПС «Консультант плюс» / С. А. Карелина. – С. 58–59.

¹⁶² Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 281.

³⁴³ Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 50.

³⁴⁴ Там же. С. 51.

³⁴⁵ Там же. С. 51.

³⁴⁶ См.: Ем, В. С. Договор продажи предприятия как форма отчуждения и приобретения бизнеса / В. С. Ем // Законодательство. – 1999. – № 11. – С. 10.

³⁴⁷ Романов, О. Е. Указ. соч. / О. Е. Романов. – С. 214.

Сохраняя свой самостоятельный характер, они составляют единое целое, обеспечиваемое целью, ради которой происходит комплексное объединение»³³⁹.

Одним из основных признаков предприятия является использование имущества, входящего в его состав, для предпринимательской деятельности. При этом «имущественный комплекс должен использоваться в процессе данной предпринимательской деятельности в настоящее время»³⁴⁰. В юридической литературе в таких случаях используется понятие «предприятие на ходу»³⁴¹, означающий, что предприятием не является имущественный комплекс, который «только потенциально возможно задействовать для осуществления предпринимательской деятельности или ранее эксплуатируемый, но функционирование которого приостановлено в силу каких-либо причин»³⁴². Эта точка зрения воспринята и арбитражными судами (Постановление ФАС ЗСО от 23 мая 2001 г. № Ф04/1416-261/А03-2001). Кассационная инстанция арбитражного суда признала правильными выводы судов нижестоящих инстанций о том, что проданный имущественный комплекс не являлся предприятием в смысле ст. 132 ГК РФ, так как «завод длительное время не функционировал как объект прав, а представлял собой имущественный комплекс, не используемый для осуществления предпринимательской деятельности». Из материалов дела следует, что предприятие состояло из 5 зданий, 12 сооружений и 30 единиц технологического оборудования с законченным циклом производства готовой продукции. Это свидетельствует о том, что перечисленные объекты образуют имущественный комплекс, возможно, способный к потенциальному использованию в предпринимательской деятельности, но не более.

Однако представление о предприятии как имущественном комплексе, который используется для предпринимательской деятельности в настоящее время (предприятие на ходу), не согласуется с законодательством о несостоятельности (банкротстве), т. к., согласно п. 1 ст. 110 Закона о банкротстве 2002 г., под предприятием понимается имущественный комплекс, «предназначенный для осуществления предпринимательской

или выступать их правопреемником безотносительно к своему независимому статусу. Это подтверждается, в частности, основаниями и специальными целями назначения арбитражного управляющего (вытекающими из смысла Закона о банкротстве), заключающимися в неспособности должника удовлетворить требования кредиторов и в защите их прав посредством реализации процедур банкротства»¹⁶³.

В качестве примера В. Анохин рассматривает ООО, в частности правовое положение участников общества и общего собрания участников, которое является высшим органом ООО. Он отмечает «самостоятельность правового статуса участников общества и их отличие от органов управления обществом. Структура общества с ограниченной ответственностью, неотъемлемым атрибутом которой является общее собрание участников, возникает с момента его создания и прекращается только с момента исключения из государственного реестра (п. 3 ст. 49 ГК РФ, п. 3 ст. 2 Закона № 14-ФЗ).

Нормы Закона «О несостоятельности (банкротстве)» не изменяют этой структуры, а лишь предусматривают ограничение полномочий органов управления общества посредством их частичной передачи арбитражному управляющему с сохранением самих органов как таковых. Такая передача, как уже отмечалось, не влечет совпадения общества (должника) и арбитражного управляющего в одном лице, а следовательно, права участников (каждого в отдельности) на участие в общем собрании и на принятие на нем решения (с соблюдением соответствующих процедур) не переходят к арбитражному управляющему и сохраняются за каждым из участников. Переход (принудительное отчуждение) этих прав внешнему управляющему не предусмотрен ни Законом об ООО, ни Законом о банкротстве.

Данные выводы подтверждаются арбитражной практикой федеральных арбитражных судов. Так, ФАС Уральского округа в Постановлении от 3 ноября 2000 г. № Ф09-1643/2000 ГК указал на то, что полномочия внешнего управляющего, которыми он обладает в процессе внешнего управления, являются специфическими полномочиями, в то время как полномочия органов управления должника (ст. 69 Закона № 6-ФЗ) могут осуществляться им лишь с определенными ограничениями»¹⁶⁴.

Кроме того, например: «Законодательство о государственной регистрации юридических лиц (как ранее, так и в настоящее время) также не предусматривает возможности представления документов арбитраж-

³³⁹ Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 50.

³⁴⁰ Там же. С. 50.

³⁴¹ См.: Витрянский, В. В. Пути совершенствования законодательства о недвижимом имуществе / В. В. Витрянский // Хозяйство и право. – 2003. – № 6. – С. 12; см.: Цитович, П. П. Очерк основных понятий торгового права / П. П. Цитович. – М., 2001. – С. 91–92; Грибанов, А. Понятие предприятия в российском гражданском праве / А. Грибанов // Хозяйство и право. – 2003. – № 5. – С. 65; Бузанов, В. Право на форму как объект гражданского оборота / В. Бузанов // Хозяйство и право. – 2002. – № 8. – С. 48.

³⁴² Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 50.

¹⁶³ Анохин, В. Закон новый, а проблемы пока еще старые / В. Анохин // Бизнес-адвокат. – 2002. – № 24. – С. 2.

¹⁶⁴ Анохин, В. Указ. соч. / В. Анохин. – 2002. – С. 2.

ным управляющим в регистрирующий орган для регистрации изменений в учредительные документы юридического лица»¹⁶⁵.

А. Ларин также полагает, что «полномочия внешнего управляющего не аналогичны полномочиям органов управления должника. Права, которыми обладает арбитражный управляющий, и обязанности, которые он несет в рамках процедуры внешнего управления, включают в себя права и обязанности, определенные уставными положениями в отношении органов управления организации-должника, а также специальные права и обязанности, установленные Законом о банкротстве»¹⁶⁶.

Вопрос о том, идет ли речь об ограничении прав или дееспособности должника при внешнем управлении, довольно давно являлся предметом внимания. По мнению Г. Ф. Шершеневича, нельзя видеть «в устранении должника от управления и распоряжения имуществом потерю им дееспособности. Ограничения в дееспособности устанавливаются в интересах ограничиваемых, для сохранения их имущества, которому угрожает нечто, лежащее в их субъектах. При банкротстве субъекта имущества устраняют для того, чтобы полнее разделить его имущество между кредиторами»¹⁶⁷.

То же самое нельзя сказать о правоспособности должника. «В период действия любой из процедур банкротства должник как юридическое лицо определенной организационно-правовой формы продолжает существовать, ибо его ликвидация наступает только после внесения об этом записи в Единый государственный реестр юридических лиц (п. 8 ст. 63 ГК РФ). Однако при сохранении правоспособности должника фактически происходит ее существенное ограничение, что проявляется в передаче полномочий должника в лице его органов управления арбитражному управляющему. Последний, в свою очередь, является самостоятельным лицом, обладает собственной правоспособностью»¹⁶⁸.

А. Анохин справедливо замечает, что «самостоятельный статус арбитражного управляющего вытекает и из норм закона, предусматривающих контроль арбитражного суда за действиями управляющего, обязанного представлять суду на рассмотрение отчет о своей деятельности по итогам внешнего управления и конкурсного производства.

Таким образом, можно предположить, что прекращение полномочий органов управления должника (в т. ч. на основании норм прежнего закона) не может рассматриваться как запрет на проведение общего со-

Итак, в действующем законодательстве предприятие определяется как имущественный комплекс (п. 1 ст. 132 ГК РФ). Имущественный комплекс как правовая конструкция используется в законе и для обозначения других, связанных между собой групп вещей и имущественных отношений. Например, «при ипотеке предприятия или иного имущественного комплекса в целом право залога распространяется на все входящее в его состав имущество, движимое и недвижимое, включая права требования и исключительные права, в том числе приобретенные в период ипотеки, если иное не предусмотрено законом или договором» (ст. 340 ГК РФ); «объектами доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы» (ст. 1013 ГК РФ)»³³⁵.

Таким образом, законодатель допускает существование иных имущественных комплексов, которые не являются предприятием. В этом смысле «речь может идти о товариществах собственников жилья, энергетических и газовых станциях и даже имущественных комплексах некоммерческих организаций»³³⁶. Из этого можно сделать вывод, что «имущественный комплекс» – это более широкое понятие по сравнению с понятием «предприятие». С. А. Степанов полагает, что «соотношение понятий «предприятие» и «имущественный комплекс» следует рассматривать, как соотношение частного и общего. Примененная Гражданским кодексом формулировка «предприятие как имущественный комплекс» предполагает признание в качестве объектов гражданских прав не только предприятия, но и иного, более широкого понятия (имущественный комплекс), законодательное и правоприменительное развитие которого должно обеспечить регулирование современных усложнившихся экономических отношений»³³⁷.

Однако остается открытым вопрос по поводу того, к какому роду объектов гражданского права относится имущественный комплекс. Гражданский кодекс РФ не раскрывает содержания этого понятия. Д. В. Егоров находит его сходство со сложной вещью, т. к. все элементы его состава объединены использованием по одному целевому назначению, однако отмечает, что сложная вещь – это совокупность только вещей³³⁸.

В то же время и такая классификация, как главная вещь и принадлежность, неприменимы к предприятию, т. к. «характер связи и взаимодействия элементов в составе имущественного комплекса как единого самостоятельного объекта гражданских правоотношений богаче и шире, чем простое соотношение главной вещи и принадлежности.

¹⁶⁵ Анохин, В. Указ. соч. / В. Анохин. – 2002. – С. 3.

¹⁶⁶ Ларин, А. Полномочия внешнего управляющего по распоряжению имуществом несостоятельного должника / А. Ларин // Хозяйство и право (Приложение). – 2007. – № 5. – С. 9.

¹⁶⁷ Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – С. 227.

¹⁶⁸ Анохин, В. Указ. соч. / В. Анохин. – 2006. – С. 2.

³³⁵ Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 49.

³³⁶ Там же. С. 49.

³³⁷ Степанов, С. А. Указ. соч. / С. А. Степанов. – 2002. – С. 1.

³³⁸ См.: Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 50.

согласиться с Г. Ф. Шершеневичем, признававшим подобного рода обстоятельство как факт, а не право»³³⁰.

С такой позицией трудно согласиться. Представляется, что в этом случае автор допускает необоснованное упрощение. Явление урезается, чем извращается его сущность. Если довести мысль автора до логического конца, то в области права следует вообще отказаться от понятия «предприятие» за ненадобностью, т. к. у имущества как такового вообще не может быть «цели», «организации» и т. п. Все эти качества ему придает то дело, для которого имущество используется. Характерно, что автор вступает в противоречие с самим собой, заявляя, что в предприятии в юридическом смысле «нельзя усмотреть большее, нежели имущественную совокупность, определенно организованную для предпринимательства»³³¹. Автор не может не признать наличия в составе предприятия «организационного» элемента, но пытается придать ему второстепенное значение, однако на самом деле эта «организационная» составляющая является сущностью предприятия, а имущество лишь его субстрат. Ссылка же на то, что все иные элементы предприятия, кроме имущества, явления не правовые³³², свидетельствует лишь о недостатках в подходах к правовому регулированию таких явлений. Таким образом, мы можем согласиться с мнением В. В. Витрянского о том, что «в определении предприятия акцент сделан на имущественную составляющую в ущерб такой специфической стороне предприятия, как дело, промысел (бизнес), где основное значение приобретает круг клиентов и обязательств собственника предприятия, связанных с деятельностью последнего»³³³.

Пока законодатель трактует предприятие как совокупность имущества, проблема не будет решена. Как отмечает Д. В. Егоров, «до настоящего времени в специальной литературе и деловой среде понятия «предприятие», «бизнес», «имущественный комплекс» часто используются как синонимы, что с правовой точки зрения неверно и вносит путаницу»³³⁴. Таким образом, налицо расхождение во взглядах на то, что представляет из себя предприятие, между законодателем и «деловой средой», «практиками». Представляется, что в итоге законодатель все-таки вынужден будет считаться с требованиями практики и пересмотреть свои позиции, вновь вернувшись к видению предприятия как «бизнеса», «дела», т. е. целостного явления, представляющего в первую очередь отношения и связи, а не только вещи.

³³⁰ Романов, О. Е. Указ. соч. / О. Е. Романов. – С. 213.

³³¹ Там же. С. 213.

³³² См.: Там же. С. 212.

³³³ Витрянский, В. В. Указ. соч. / В. В. Витрянский. – 2003. – С. 9.

³³⁴ Егоров, Д. В. Указ. соч. / Д. В. Егоров. – С. 49.

брания его участников и принятие на нем решений, направленных на оздоровление финансового состояния должника и предотвращение его банкротства»¹⁶⁹.

Мы уже отмечали, что предыдущий Закон 1998 года оставлял много неясностей относительно сохранения полномочий органов должника и по этому поводу существовали и иные точки зрения. Так, в качестве примера М. В. Телюкина рассматривала ситуацию, «когда в процессе внешнего управления возникает необходимость дополнительной эмиссии акций. При ее осуществлении участниками юридического лица станут лица, которые приобрели эти акции, причем средств, полученных должником от реализации таких акций, может быть достаточно для достижения целей внешнего управления (т. е. для удовлетворения всех требований и продолжения функционирования предприятия). В таком случае производство по делу о несостоятельности будет прекращено и должник начнет работать с новыми участниками, доля которых в уставном капитале по сравнению с долей прежних участников может быть значительно большей. Очевидно, в этом, как правило, и состоит цель дополнительной эмиссии – предоставить лицам, имеющим соответствующую заинтересованность, возможность участия в уставном капитале с целью определять решения юридического лица. Безусловно, увеличение уставного капитала может противоречить интересам прежних участников. Подлежат ли защите эти интересы? Мы вынуждены ответить отрицательно, поскольку учредители (участники) не только не являются конкурсными кредиторами, но и не имеют никаких прав в течение осуществления конкурсных мероприятий. Органы управления должника, в том числе общее собрание, во время внешнего управления не действуют»¹⁷⁰.

В настоящее время законодатель по-иному решает этот вопрос. Во-первых, он однозначно высказался за то, что во время внешнего управления органы управления должника продолжают действовать, при этом их компетенция строго определена (п. 2 ст. 94 Закона). Во-вторых, законодатель допускает дополнительную эмиссию акций, причем исключительно по ходатайству органов управления должника (см. п. 1 ст. 114 Закона), при этом Закон защищает интересы прежних акционеров (вопреки мнению М. В. Телюкиной) тем, что допускает только закрытую подписку акций (п. 2 ст. 114 Закона).

Вопрос о защите интересов участников юридического лица-должника является, безусловно, актуальным. Основная проблема здесь видится в том, чтобы не дать кредиторам «перехватить» в итоге их право на

¹⁶⁹ Анохин, В. Указ. соч. / В. Анохин. – С. 2.

¹⁷⁰ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 281.

управление предприятием. В этой связи мы уже отметили, каким образом Закон защищает их интересы при размещении дополнительных акций, однако, как представляется, делает это весьма непоследовательно, так как предусматривает возможность, пусть не напрямую, перехватить контроль над предприятием. Ст. 113 Закона предусматривает возможность для любого третьего лица рассчитаться с долгами предприятия и тем самым стать его единственным кредитором. Конечно, в таком случае он не получает прав участника юридического лица, но, учитывая ситуацию, вероятность установления им фактического контроля над предприятием в последующем достаточно велика.

М. В. Телюкина в свое время рассматривала также возможность того, чтобы требования кредиторов погашались путем обмена их на доли участников. Кроме того, что это могло бы вести к фактическому «перехвату власти», в этом случае возникала еще бы и проблема внесения вклада путем зачета требований к обществу, что не допускается действующим законодательством.

По мнению М. В. Телюкиной, в такой ситуации «представляется целесообразным установить в Законе о банкротстве, что к случаям, когда в течение внешнего управления производится обмен долга на доли участия, не применяются запреты ч. 2 ст. 90 и ч. 2 ст. 99 ГК РФ (правда, и при этом могут возникнуть проблемы, связанные с императивным характером указанных норм ГК РФ; чтобы их избежать, необходимо внести соответствующие изменения в ГК РФ)»¹⁷¹.

Однако с таким выводом трудно согласиться. Смысл указанных норм (ч. 2 ст. 90 и ч. 2 ст. 99 ГК РФ) заключается в том, чтобы обеспечить наполнение уставного капитала юридического лица реальными активами, в противном случае «уставный капитал легко мог бы превратиться в фиктивную величину»¹⁷². Таким образом, защищая интересы одних кредиторов, мы ущемили бы интересы других, открывая тем самым путь к возможным злоупотреблениям.

Спорным является вопрос о юридической природе объединения кредиторов. Исследуя правовое положение кредиторов в конкурсном процессе, Г. Ф. Шершеневич отмечал, что конкурсный процесс не создает никаких новых правоотношений ни материального, ни формального характера; кредиторы остаются так же разобщены, как и до объявления несостоятельности должника¹⁷³. Отдельные современные исследователи конкурсного права именуют собрание и комитет кредиторов

субъект использует для целей своей промышленной деятельности, и считать предприятиями фабрики, заводы, конторы, товарные склады, сырье и прочее имущество, которое принадлежит предпринимателю», «никакая предпринимательская деятельность невозможна вне наличия известных имущественных ресурсов, прежде всего – некоторой недвижимости (земельных участков, фабрик, заводов, складов, магазинов и т. п.)»³²⁶. Но серьезно утверждать, что предприятие представляет собой не что иное, как совокупность фирменного имущества, по В. Ю. Вольфу, нельзя. Предприятие на ходу стоит обычно больше, чем одно фирменное имущество; успех предприятия зависит от того, насколько удачно предприниматель его организовал. Организовать предприятие без фирменного имущества нельзя, но дело не в нем одном, а в более или менее удачном использовании этого имущества для ведения промысла. Поэтому под предприятием необходимо разуметь конкретную организацию отдельных входящих в состав фирменного имущества элементов промышленной деятельности в ее отношении к рынку»³²⁷. То есть то, что обычно называют «промысел», «дело» или «бизнес».

Следует также отметить, что В. Ю. Вольф «не уравнивал предприятие со всем имуществом хозяйствующего лица, отмечая для последнего необходимость вести торговое счетоводство отдельно по каждому принадлежащему ему предприятию»³²⁸. Он допускал возможность наличия у хозяйствующего лица нескольких «промыслов» или «бизнесов», что важно для дальнейшего обсуждения вопроса о том, что следует считать предприятием.

Возвращаясь к вопросу о сущности предприятия, следует отметить точку зрения О. Е. Романова, который полагает, что предприятие – это только имущество, а не «дело». Свою позицию он обосновывает тем, что «гражданское право регулирует отношения, опосредующие имущественный оборот, а сферу цивилистической науки составляет, главным образом, изучение этого регулирования. Деятельность же, приносящая прибыль, как таковая (ее организация, эффективность в рыночных условиях и т. п.) относится к области наук экономических»³²⁹. Существования таких активов, как, например, «клиента», «шансы» и «репутация», по мнению О. Е. Романова, «отрицать нельзя – они объективно влияют на ценность предприятия. Но в восприятии их нужно

¹⁷¹ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 283.

¹⁷² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Под ред. О. Н. Садикова. – М.: Юр. фирма КОНТРАКТ; ИНФРА. – М., 1997. – С. 185.

¹⁷³ См.: Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – С. 343.

³²⁶ См.: Вольф, В. Ю. Основы хозяйственного права / В. Ю. Вольф. – М., 1928. – С. 51.

³²⁷ См.: Там же. С. 51.

³²⁸ См.: Вольф, В. Ю. Указ. соч. / В. Ю. Вольф. – С. 52.

³²⁹ Там же. С. 211.

велась еще в начале XX века. А. И. Каминка выделял три основных подхода³²¹.

«Сторонники первого склонны были признать в предприятии субъект права в связи с тем, что «жизнь предприятия как будто бы не зависит от смены личности владельца»³²².

Сторонники второго подхода «отрицали наличие юридического смысла в различении частного имущества купца и его торгового предприятия, видя в таковом только технически бухгалтерский характер»³²³. Сторонником такого подхода являлся А. Х. Гольмстен, который полагал, что предприятие – это «определенная отрасль торговой деятельности, обособленная, с объективной стороны, известным родом сделок и товаров, а с субъективной – как профессия определенного лица»³²⁴. Таким образом, предприятие, по мнению А. Х. Гольмстена, может не иметь имущественного субстрата вообще.

Сторонники третьего подхода «рассматривали предприятие как целевое имущество. Так, Г. Ф. Шершеневич полагал торговым предприятием совокупность личных и имущественных средств, соединенных для достижения известной торгово-хозяйственной цели по определенному плану, – самостоятельное меновое хозяйство, экономически независимое от того, кто его ведет, и от других предприятий, которые ведет то же лицо»³²⁵.

Таким образом, основные моменты дискуссии по поводу предприятия наметились уже тогда, в том числе представление о предприятии как о субъекте права, которое можно считать атавизмом, сохранившимся в настоящее время в гражданском законодательстве вследствие технической небрежности и создающим терминологическую путаницу.

Дискуссия по поводу предприятия как объекта, по сути, сводится к вопросу о том, является ли предприятием имущество, используемое для предпринимательской деятельности, или сама эта деятельность. В этой связи заслуживает внимания точка зрения В. Ю. Вольфа, который полагал, что «многие ошибочно склонны рассматривать сущность предприятия в том имуществе, которое хозяйствующий

«контрольно-представительными органами предприятия-должника, осуществляющими общее руководство деятельностью кредиторов»¹⁷⁴. Иной взгляд на юридическую природу коллективных органов кредиторов имеет М. В. Телюкина, которая не считает ни комитет, ни собрание кредиторов субъектами гражданского права, а рассматривает эти образования как органы, наделенные определенной компетенцией в силу конкурсного законодательства, призванные выражать интересы кредиторов¹⁷⁵. Вместе с тем автор считает указанные объединения кредиторов субъектами конкурсного права¹⁷⁶. С такой точкой зрения не согласны Е. А. Павлодский и О. Р. Зайцев, которые, основываясь на правовой позиции Конституционного суда РФ, изложенной в п. 5 Постановления от 22 июля 2002 г. № 14-П, не рассматривают собрание кредиторов в качестве специального субъекта конкурсного права¹⁷⁷.

Г. Ф. Шершеневич так объяснял появление в конкурсном процессе комитета кредиторов: «Это учреждение получило... распространение ввиду аналогии между конкурсом и акционерным товариществом. Замечено было, что общее собрание акционеров несколько не стесняет произвола директоров ввиду многочисленного состава и неподготовленности, напротив, учреждение наблюдательного комитета (Aufsichtsrath, conseil de surveillance) действительно ограничило бесконтрольность деятельности правления. По сходству признано было необходимым перенести этот комитет с тою же ролью в конкурсный процесс, где общее собрание кредиторов играло столь же пассивную роль, как и общее собрание акционеров»¹⁷⁸. Подобной точки зрения придерживается и Г. Папе, который сравнивает функции комитета кредиторов с полномочиями наблюдательного совета в обществах и товариществах, отводя собранию кредиторов роль общего собрания в указанных коммерческих организациях¹⁷⁹.

С тем, что собрание кредиторов играет роль общего собрания, согласиться сложно, так как его полномочия уже. Законодатель предостав-

³²¹ См.: Каминка, А. И. Очерки торгового права / А. И. Каминка. – СПб., 1911. – С. 105.

³²² Удинцев, В. Оставление залога в пользовании должника / В. Удинцев // Вестник финансов, промышленности и торговли. – 1913. – № 14. – С. 57.

³²³ Там же. С. 201.

³²⁴ Гольмстен, А. Х. Очерки по русскому торговому праву / А. Х. Гольмстен. – СПб., 1895. – С. 38.

³²⁵ См.: Шершеневич, Г. Ф. Учебник торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – М., 1994. – С. 70–72.

¹⁷⁴ См.: Васильев, А. Б. Собрание кредиторов, его организация, условия проведения и компетенция / А. Б. Васильев // Комментарии к Закону «О несостоятельности (банкротстве)». – СПб., 1998. – С. 126.

¹⁷⁵ См.: Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 216.

¹⁷⁶ См.: Телюкина, М. В. Собрание кредиторов несостоятельного должника как субъект конкурсного права / М. В. Телюкина // Адвокат. – 2003. – № 2.

¹⁷⁷ См.: Павлодский, Е. А. Правовое положение кредитора в деле о банкротстве / Е. А. Павлодский, О. Р. Зайцев // Журнал российского права. – 2004. – № 7. – С. 39.

¹⁷⁸ Шершеневич, Г. Ф. Курс гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. – Тула, 2001. – С. 451.

¹⁷⁹ См.: Папе, Г. Указ. соч. / Г. Папе. – С. 61.

ляет ему не так много возможностей вмешиваться непосредственно в хозяйственную деятельность должника. Например, В. А. Химичев отмечает, что «в результате недостаточно продуманного регулирования продажа предприятия должника и замещение активов должника как наиболее эффективные способы восстановления платежеспособности могут применяться исключительно по воле органов управления должника. М. Хоуман, например, считает, что «стоимость активов, как правило, выше в составе действующего предприятия, могущего стать жизнеспособным, чем при его закрытии и ликвидационной продаже»¹⁸⁰. По мнению В. В. Степанова, «если просто разделить и продать имущество железнодорожной компании, полученная выручка будет гораздо меньше стоимости работоспособного бизнеса»¹⁸¹.

Кредиторы, не имея возможности инициировать эти меры, фактически не могут определять направление реализации процедур банкротства. Для повышения эффективности процедур банкротства необходимо лишить участников должника полномочий при решении указанных вопросов, предоставив их решение кредиторам»¹⁸².

Мнение В. А. Химичева, безусловно, заслуживает внимания, хотя и очевидно, что в этом случае возникают опасения по поводу возможных злоупотреблений со стороны кредиторов. В настоящее время законодатель занимает более осторожную позицию, предоставляя кредиторам возможность только утверждать в целом план внешнего управления. Представляется, что вопрос о том, могут ли кредиторы сами предлагать те или иные меры по восстановлению платежеспособности должника и как это должно соотноситься с волей органов управления должника и внешнего управляющего, актуален и нуждается в дальнейшем исследовании. По нашему мнению, следует предоставить кредиторам возможность вносить свои предложения, однако они должны быть подтверждены решением органов управления должника.

Третьей «силой» в этом треугольнике интересов является фигура внешнего управляющего. Его положение является одной из центральных проблем при решении вопроса обеспечения эффективности внешнего управления.

«В настоящее время при назначении арбитражных управляющих применяется такой критерий, как независимость от заинтересованных лиц»¹⁸³. Действительно, наиболее желаемая при проведении процедур банкротства неангажированная фигура арбитражного управляющего,

что плохо согласуется с классической цивилистической доктриной.

По всей видимости, понятие предприятия в таком смысле было заимствовано из англосаксонской правовой доктрины, в которой под предприятием понимается прежде всего «бизнес», «дело», т. е. в том числе совокупность связей и отношений между лицами, а не только совокупность имущества. Существует, например, такое понятие, как «good will», под которым понимается «престиж, деловая репутация, контакты и кадры компании как ее актив, который может быть оценен и занесен на специальный счет»³¹⁹. Хотя такой «актив» и не имеет самостоятельной рыночной стоимости, показательна сама возможность наличия такой правовой конструкции. Многие российские ученые также выделяют в составе предприятия в том числе такие «активы», как «клиентела» (потребители продукции предприятия), «шансы» (возможные клиенты предприятия) и «репутация»³²⁰.

В соответствии с Приказом Минфина РФ от 16.10.2000 № 91 н. (ред. от 27.11.2006) «Об утверждении положения по бухучету «Учет нематериальных активов» ПБУ 14/2000 в составе нематериальных активов учитываются, среди прочего, также деловая репутация организации, но не включаются интеллектуальные и деловые качества персонала организации, их квалификация и способность к труду, «поскольку они неотделимы от своих носителей и не могут быть использованы без них». С последним, как мы уже успели отметить, фактически не согласились авторы Закона о банкротстве.

В действительности приобретателя предприятия могут интересовать с экономической точки зрения в первую очередь указанные «активы», а также «кадры» компании, ее деловые связи и т. д., а не набор мертвых предметов. Однако, как мы уже отметили выше, такое представление о предприятии не согласуется с классическими представлениями, согласно которым предприятие является прежде всего вещью. Вступивший в силу Закон о банкротстве 2002 г. не воспринял понятия «бизнес» и использует понятие предприятия как имущественного комплекса, однако сохранил норму о том, что к покупателю предприятия переходят также права и обязанности работодателя – см. п. 3 ст. 110 указанного Закона. Таким образом, можно констатировать, что вопрос по поводу состава «активов» предприятия остается открытым.

Дискуссия по поводу того, что представляет из себя предприятие,

¹⁸⁰ Хоуман, М. Указ. соч. / М. Хоуман. – С. 35.

¹⁸¹ Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 16.

¹⁸² Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 53.

¹⁸³ См.: Колинченко, Е. А. Указ. соч. / Е. А. Колинченко. – С. 154; Голубев, В. В. Указ. соч. / В. В. Голубев. – С. 78–79.

³¹⁹ Додонов, В. Н. Словарь гражданского права / В. Н. Додонов, Е. В. Каминская, О. Г. Румянцев; под общей ред. д. ю. н. В. В. Залесского. – М.: ИНФРА, 1997. – С. 48.

³²⁰ См.: Кулагин, М. И. Государственно-монополистический капитализм и юридическое лицо / М. И. Кулагин // В кн.: Избранные труды. – М., 1997. – С. 32.

§ 2. Продажа предприятия

Практически во всех правовых системах несостоятельности главенствующей является идея сохранить действующее предприятие в целом, вместо продажи по частям³¹³. Это выгодно как с экономической, так и с социальной точки зрения. «Сохранение в работе предприятия предполагает за собой в итоге развитие бизнеса, в том числе профессиональную управляемость активами, инвестиции, рабочие места и стабильного налогоплательщика»³¹⁴. Продажа предприятия в целом выгодна в том числе и его кредиторам, так как «при благоприятной экономической ситуации на рынке стоимость продажи действующего предприятия значительно выше стоимости продажи отдельных объектов, которые, как правило, технологически и технически взаимосвязаны. Это позволяет кредиторам должника надеяться на удовлетворение их требований в большем размере»³¹⁵.

Однако когда заходит речь о продаже предприятия-должника, возникает ряд нерешенных вопросов, в первую очередь связанных с тем, что понимать под предприятием. В ст. 86 Федерального закона 1998 г. № 6 – ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» отождествлялись понятия «предприятие» и «бизнес»³¹⁶. Предприятие в этом случае рассматривалось как «многообразные необходимые и связанные между собой вещи и многоплановые действия, в совокупности направленные на достижение прибыли, как «дело» или «бизнес»»³¹⁷. По мнению С. А. Степанова, предприятие в таком смысле представляет собой несколько неопределенное понятие, включающее в себя не только правовые, но и экономические, технологические, социальные и иные черты и элементы³¹⁸. Примечательно, что согласно п. 2 ст. 86 указанного закона при продаже предприятия все трудовые договоры (контракты), действующие на момент продажи предприятия, сохраняли силу, при этом права и обязанности работодателя переходили к покупателю предприятия. То есть получалось, что покупатель предприятия вместе с имуществом «приобретал» также и рабочую силу, кадры компании,

обладающего специальными познаниями в области антикризисного управления. Отсутствие личной заинтересованности и компетентность позволят арбитражному управляющему действовать разумно и добросовестно в интересах кредиторов и должника и в конечном итоге достичь целей конкурсного процесса»¹⁸⁴.

В отношении ранее действующего Закона о банкротстве 1998 г. многие авторы, в частности Егоров А. В., отмечали, что «статус арбитражного управляющего очень неудачно раскрыт в действующем законе как разновидность статуса индивидуального предпринимателя. Дело в том, что в обычной предпринимательской деятельности между степенью риска и уровнем прибыли устанавливается прямо пропорциональная зависимость. Но о какой повышенной прибыли для арбитражного управляющего можно говорить, если он всегда назначается на квазидолжность с фиксированным окладом, по сути, принимается на работу, и получать больше этого оклада он не вправе? Законом не установлены системы премирования управляющих за оперативное и эффективное выполнение своих обязанностей, они не получают определенную долю собранной конкурсной массы, установленную законом. Таким образом, при любом, даже самом обеспеченном имуществе должника управляющий выполняет функции служащего»¹⁸⁵.

В настоящее время статус внешнего управляющего изменился, однако дискуссии по этому поводу не прекращаются. Так, Федоренко Н. В. и Пархоменко П. Н. утверждают, что «с точки зрения гражданского права корректно определить статус арбитражного управляющего невозможно: он не является в полной мере ни органом юридического лица – должника, ни его представителем, ни доверительным управляющим, ни субъектом, который сочетает элементы статуса каждого из названных лиц, но вместе с тем он имеет совершенно особые полномочия, которыми ни один субъект гражданского права не обладает»¹⁸⁶.

Дискуссия о статусе управляющего велась еще в российском дореволюционном конкурсном праве, при этом следует учесть, что в то время «не были известны институты наблюдения и внешнего управления, поэтому речь идет об управляющем при конкурсном производстве»¹⁸⁷. Так, А. Бардзский высказывал мнение о том, что управляющий (присяжный попечитель) является представителем кредиторов – «уполномоченным от лица кредиторов»¹⁸⁸. Позиция Гражданского кассационного департа-

³¹³ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 16.

³¹⁴ Егоров, Д. В. О некоторых вопросах, связанных с продажей предприятия-должника в процедуре банкротства / Д. В. Егоров // Юрист, 2007. – № 11. – С. 49.

³¹⁵ Там же. С. 49.

³¹⁶ См.: Там же. С. 49.

³¹⁷ Там же. С. 49.

³¹⁸ См.: Степанов, С. А. Имущественные комплексы в российском гражданском праве / С. А. Степанов. – М.: Норма, 2002. – С. 13.

¹⁸⁴ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 46.

¹⁸⁵ Егоров, А. В. Указ. соч. / А. В. Егоров. – С. 133–134.

¹⁸⁶ Федоренко, Н. В. Указ. соч. / Н. В. Федоренко, П. Н. Пархоменко. – С. 170.

¹⁸⁷ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 212–213.

¹⁸⁸ Бардзский, А. Указ. соч. / А. Бардзский. – С. 35.

мента Сената состояла в обратном: присяжный попечитель должен рассматриваться как представитель должника¹⁸⁹. Такого же мнения придерживался Я. М. Гессен¹⁹⁰. Однако С. И. Гальперин подвергал эту позицию сомнению, отмечая, что поскольку присяжный попечитель на основании ст. 519 Устава судопроизводства торгового может допрашивать несостоятельного, то представителем последнего присяжный попечитель быть не может¹⁹¹. В соответствии с другой точкой зрения, высказанной, в частности, А. А. Маттелем, присяжный попечитель является представителем одновременно и должника, и кредиторов¹⁹². С. И. Гальперин отмечал, что деятельность присяжного попечителя как органа конкурсного процесса проникнута публичным характером, он является должностным лицом, не заинтересованным ни отдельной имущественной выгодой кредиторов, ни отдельной выгодой самого должника, заботясь в то же время о соблюдении выгод каждой стороны. Присяжный попечитель, по его мнению, является делегированным судом представителем государственного интереса в деле каждой данной несостоятельности в такой же мере, как судебный следователь в уголовных делах. Г. Ф. Шершеневич сравнивал присяжного попечителя с судебным приставом в исполнительном производстве¹⁹³.

Если в настоящее время попытаться определить статус внешнего управляющего исходя из того, чьи интересы на практике он представляет, то нас ожидают некоторые затруднения. Дело в том, что, как отмечает М. В. Телюкина, «к сожалению, как правило, управляющий в той или иной степени выражает интересы не должника и кредиторов вообще, а определенных лиц»¹⁹⁴. По мнению Терушкина В. С., «в настоящее время «случайные управляющие», т. е. управляющие, не связанные заранее с интересами кредитора (одного или нескольких) или кого-либо из руководства предприятия-должника или конкурентов должника, — явление скорее теоретическое и сюрреалистическое, чем реальное»¹⁹⁵.

Федоренко Н. В. и Пархоменко П. Н. полагают, что «управляющий действует в интересах как должника, так и кредиторов и третьих лиц»¹⁹⁶.

¹⁸⁹ См.: Решения Гражданского кассационного департамента Правительствующего сената. — 1884. — № 62.

¹⁹⁰ См.: Гессен, Я. М. Указ. соч. / Я. М. Гессен. — С. 55.

¹⁹¹ См.: Гальперин, С. И. Указ. соч. / С. И. Гальперин. — С. 19.

¹⁹² См.: Маттель, А. А. Указ. соч. / А. А. Маттель. — С. 5.

¹⁹³ См.: Шершеневич, Г. Ф. Учение о несостоятельности / Г. Ф. Шершеневич. — С. 289.

¹⁹⁴ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. — 2002. — С. 213–214.

¹⁹⁵ Терушкин, В. С. Участники и интересанты процессов банкротства / В. С. Терушкин // Комментарий к Закону «О несостоятельности (банкротстве)». — СПб., — 1998. — С. 102.

¹⁹⁶ Федоренко, Н. В. Указ. соч. / Н. В. Федоренко, П. Н. Пархоменко. — С. 170.

2) проценты, которые начисляются во время моратория на сумму требований кредиторов, являются новой разновидностью, т. е. не являются платой за пользование капиталом или гражданско-правовой санкцией.

По своей природе эти проценты представляют компенсацию потерь кредиторов и должны учитываться при определении количества голосов на собраниях кредиторов, для чего внести соответствующие изменения в ч. 8 п. 2 ст. 95 Закона о несостоятельности (банкротстве);

3) при значительном затягивании утверждения плана внешнего управления по вине кредиторов (например, из-за неявки на собрания кредиторов без уважительной причины, при переносе собраний по причине неознакомления кредиторов с полученным проектом плана и т. п.) допустимо в дальнейшем ставить вопрос о просрочке кредитора. В силу п. 3 ст. 406 ГК РФ за время допущенной просрочки соответствующие кредитеры могут быть лишены права требовать с должника проценты в размере ставки рефинансирования;

4) следует внести дополнение в абзац 6 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве, предусмотрев, что размер процентов или срок их начисления может быть уменьшен не только по соглашению внешнего управляющего и кредиторов, но и по решению суда в тех случаях, когда размер (ставка) процентов явно несоразмерен последствиям просрочки исполнения денежного обязательства, а также если произошло изменение ставки рефинансирования Центрального банка РФ в период внешнего управления или существуют иные обстоятельства, влияющие на размер процентных ставок.

Кроме этого следует уточнить содержание абзаца 5 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве, внося в него дополнение о том, что проценты на сумму требований кредитора начисляются в размере ставки рефинансирования, «если меньший размер процентов не предусмотрен соглашением кредитора с должником»;

5) мораторий распространяется на удовлетворение требований кредиторов о возмещении убытков, связанных с отказом внешнего управляющего от исполнения договоров должника, в том числе заключенных после принятия арбитражным судом заявления о признании должника банкротом, и срок исполнения которых наступил после введения внешнего управления.

ка банкротом, и срок исполнения этой сделки наступил после введения внешнего управления³¹². К сожалению, приведенная позиция никак не аргументируется, что затрудняет возможность ее правильной оценки»³¹³.

Можно предположить, что такой вывод был сделан исходя из положений п. 4 ст. 95 того же Закона. Однако В. Химичев полагает, что «норму п. 3 ст. 95 Закона о банкротстве нужно толковать строго буквально: то есть на удовлетворение требований кредиторов о возмещении убытков, связанных с отказом внешнего управляющего от исполнения договоров должника, должен распространяться мораторий»³¹⁴. С этим мнением следует согласиться, так как исключение из моратория делается для того, чтобы создать определенные гарантии для кредиторов, что позволит должнику осуществлять его обычную хозяйственную деятельность. Поскольку в соответствии с п. 2 ст. 102 Закона о банкротстве отказ может быть заявлен в отношении сделок, препятствующих восстановлению платежеспособности должника либо влекущих убытки по сравнению с аналогичными сделками, такие сделки трудно отнести к сделкам, обеспечивающим его обычную деятельность. Кроме того, опасения «отпугнуть» таких кредиторов установлением моратория на их требования также вряд ли должны приниматься во внимание в силу того, что такие сделки «нежелательны» для должника.

Таким образом, в ходе нашего исследования нам удалось прийти к следующим выводам:

1) следует внести изменения в п. 1 ст. 94 Закона о несостоятельности (банкротстве) 2002 г., предусмотрев право суда отказать во введении моратория (который по-прежнему будет вводиться автоматически), если экономическая необходимость для его введения отсутствует. Кроме этого следует также предусмотреть возможность для кредитора просить суд о снятии автоматического приостановления в отношении некоторого имущества должника, если непринятие таких мер лишит имущественные интересы кредитора адекватной защиты или если такое имущество не требуется для проведения эффективной реорганизации.

При этом обязанность доказывания отсутствия необходимости установления моратория на отдельное имущество должна быть возложена на кредитора и, соответственно, должна быть установлена своего рода презумпция распространения моратория на все имущество должника и, как отмечено выше, автоматического введения моратория;

³¹⁰ См.: Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В. В. Витрянского. – М.: Статут, 2000. – С. 424, 451.

³¹¹ Химичев, В. Текущие обязательства при банкротстве / В. Химичев // Хозяйство и право. – 2004. – № 4. – С. 82.

³¹² Там же. С. 82.

Представляется, что такое невозможно в полной мере и относительно возможно только в том случае, если управляющий призван соблюдать в первую очередь публичные интересы, т. е. в этом случае мы должны принять точку зрения Гальперина С. И. и Шершеневича Г. Ф., мнения которых высказаны нами ранее.

Еще одной проблемой, напрямую связанной со статусом внешних управляющих, является их членство в саморегулируемых организациях. Как отмечает В. Витрянский, практика применения законодательства о банкротстве показала необходимость укрепления независимости (юридической, материальной и т. п.) арбитражных управляющих, вовлечения в эту профессию компетентных, опытных специалистов, усиления контроля арбитражного суда за их деятельностью¹⁹⁷. Однако, по его мнению, с принятием нового закона о банкротстве, предусматривающего создание саморегулируемых организаций арбитражных управляющих, «все, что было наработано в ходе применения законодательства о несостоятельности, в частности списки независимых арбитражных управляющих, зарегистрированных при арбитражных судах, перечеркивается»¹⁹⁸. В. Витрянский опасается, что подобные саморегулируемые организации будут создаваться (гласно или негласно) заинтересованными коммерческими структурами, располагающими необходимыми финансовыми ресурсами. В таком случае арбитражные управляющие попадают в полную зависимость от саморегулируемых организаций (или их хозяев?), о чем недвусмысленно сказано в Законе. В частности, согласно п. 1 ст. 22 саморегулируемые организации наделяются правом применять в отношении своих членов меры дисциплинарной ответственности вплоть до исключения из числа членов саморегулируемой организации (что для арбитражного управляющего – верная профессиональная смерть), а также заявлять в арбитражный суд ходатайства об отстранении своих членов от участия в делах о банкротстве в качестве арбитражных управляющих»¹⁹⁹.

В. Витрянский отмечает, что «в ходе принятия Закона о банкротстве были отвергнуты поправки, согласно которым предлагалось наряду с новой системой саморегулируемых организаций сохранить и существующую систему независимых арбитражных управляющих, не являющихся членами СРО и зарегистрированных при арбитражных судах. Тогда право выбора той или иной системы антикризисного управления должником принадлежало бы его кредиторам, которые решали бы этот вопрос сообразно своим интересам. Такой выбор был бы вполне реаль-

¹⁹⁷ См.: Витрянский, В. Указ. соч. / В. Витрянский. – 2003. – С. 5.

¹⁹⁸ Витрянский, В. Указ. соч. / В. Витрянский. – 2003. – С. 5.

¹⁹⁹ Там же. С. 5.

ным: либо привлекать к управлению должником саморегулируемую организацию (с аккредитованными при ней страховыми организациями и профессиональными реестродержателями), что влечет за собой утрату значительной части имущества должника, но обеспечивает страхование ответственности арбитражного управляющего; либо доверить управление должником конкретному независимому арбитражному управляющему, имеющему репутацию компетентного и порядочного профессионала»²⁰⁰. То, что арбитражный управляющий «ставится в полную зависимость от своей саморегулируемой организации, расходится с мировыми тенденциями развития института несостоятельности, для которых, напротив, характерно стремление к независимости антикризисных управляющих»²⁰¹.

Точку зрения вышеуказанных авторов разделяет Е. А. Павлодский. «Основной недостаток этой конструкции представляется в том, что саморегулируемая организация арбитражных управляющих ставит реальной целью не профессиональную подготовку ее членов, а решение вопросов их «трудоустройства». Только этим можно объяснить пренебрежение мнениями конкурсных кредиторов, которым предоставлено право из трех кандидатур, выдвигаемых саморегулируемой организацией арбитражных управляющих, отвести одну кандидатуру»²⁰².

Ища выход из сложившейся ситуации, М. В. Жаботинский полагает, что «законодатель может воспользоваться механизмом назначения арбитражных управляющих, предусмотренным Законом о банкротстве 1998 г.»²⁰³. При этом он обращает внимание на соотношение норм Закона о банкротстве с п. 2 ст. 30 Конституции Российской Федерации, согласно которому «никто не может быть принужден к вступлению в какое-либо объединение или пребыванию в нем». Следовательно, считает М. В. Жаботинский, «требование ч. 7 п. 1 ст. 20 Закона о банкротстве 2002 г. об обязательности членства арбитражного управляющего в СРО противоречит п. 2 ст. 30 Конституции РФ, что недопустимо. Кроме того, п. 2 ст. 24 Закона о банкротстве 2002 г. предусматривает, что арбитражный управляющий вправе быть членом только одной саморегулируемой организации арбитражных управляющих. То есть налицо не право, а обязанность арбитражного управляющего быть членом только

ния к должнику возникли в течение конкурса, осуществляемая путем предоставления им режима исключения из моратория, безусловно, целесообразна, иначе контрагенты едва ли стали бы заключать договоры с таким должником»³⁰⁸. Однако М. В. Телюкина возражала против формулировки п. 4 ст. 70 Закона о банкротстве 1998 г., согласно которой под мораторий не попадали требования кредиторов, срок исполнения которых наступал после введения внешнего управления. Таким образом, в отличие от ныне действующей нормы, под действие моратория не попадали кредиторы, заключившие с должником до возбуждения конкурсного процесса договоры, срок исполнения которых должником приходится на период внешнего управления. Эти кредиторы находились бы в лучшем положении, чем те, у которых срок исполнения обязательств заканчивался до введения внешнего управления.

По мнению М. В. Телюкиной, «логичнее было бы распространить на такие требования мораторий, однако это можно сделать только путем внесения изменений в п. 1 ст. 70 Закона, который мог быть сформулирован следующим образом: «Мораторий на удовлетворение требований распространяется на денежные обязательства и обязательные платежи, возникшие до введения внешнего управления»³⁰⁹. Таким образом, по ее мнению, под действие моратория не должны подпадать только требования, возникшие непосредственно в ходе внешнего управления, а не с момента принятия судом заявления о признании должника банкротом, как это закреплено в действующем Законе о банкротстве. С этим предложением трудно согласиться, если исходить из высказываний самой М. В. Телюкиной о том, что если бы не было исключения из моратория, контрагенты не пожелали бы иметь дела с должником. Можно рассуждать и таким образом, что подача заявления и даже введение процедуры наблюдения еще не свидетельствуют о неплатежеспособности должника. Однако представляется, что опасения могут возникнуть у кредиторов уже с момента, когда процедура банкротства только началась, и они вряд ли станут рисковать, добросовестно ожидая результатов наблюдения. Поэтому делать исключение из моратория только для кредиторов, чьи требования возникли непосредственно во время внешнего управления, представляется нецелесообразным.

Как отмечает В. Химичев, «при комментировании п. 3 ст. 95 и п. 4 ст. 102 Закона о банкротстве высказано мнение, что правила о моратории не распространяются на требования кредиторов о взыскании убытков в случае, если отказ заявлен в отношении сделки должника, совершенной после принятия арбитражным судом заявления о признании должни-

²⁰⁰ Витрянский, В. Указ. соч. / В. Витрянский. – 2003. – С. 6.

²⁰¹ Жаботинский, М. В. Саморегулируемые организации арбитражных управляющих / М. В. Жаботинский // Юрист. – 2007. – № 5. – С. 39.

²⁰² См.: Павлодский, Е. А. Саморегулируемые организации: мода или тенденции / Е. А. Павлодский // Право и экономика. – 2003. – № 3; Он же. Саморегулируемые арбитражные управляющие // Закон. – 2003. – № 8. – С. 25.

²⁰³ Жаботинский, М. В. Указ. соч. / М. В. Жаботинский. – С. 39.

³⁰⁸ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 274.

³⁰⁹ Там же. – С. 274.

льготного режима для должника. Вряд ли законодатель имел в виду, что кредитор должен получать в связи с введением моратория какие-либо преимущества. В связи с этим представляется целесообразным уточнить содержание абзаца 5 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве, внеся в него дополнение о том, что проценты на сумму требований кредитора начисляются в размере ставки рефинансирования, «если меньший размер процентов не предусмотрен соглашением кредитора с должником».

В Законе о банкротстве 1998 г. не был урегулирован и, как отмечала М. В. Телюкина, на практике нередко возникал вопрос, «связанный с последствиями изменения Банком России ставки рефинансирования. В соответствии с п. 1 ст. 395 ГК РФ размер процентов определяется существующей в месте жительства (нахождения) кредитора ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства либо его части; при взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или день вынесения решения. Мы видим, что наиболее приближенным к буквальному толкованию (которое в чистом виде невозможно) является вывод, в соответствии с которым должна применяться ставка рефинансирования, существовавшая на момент предъявления требования кредитором должнику либо арбитражному управляющему. Поскольку рассмотренная норма п. 1 ст. 395 ГК РФ является диспозитивной, то иной порядок может быть установлен Законом. Это целесообразно, так как позволит избежать толкования. На наш взгляд, наиболее логичным было бы применение ставки рефинансирования, существовавшей на момент принятия арбитражным судом заявления о банкротстве либо на момент вступления в процесс каждого кредитора (второй вариант технически сложнее)»³⁰⁶.

Однако В. В. Витрянский предлагал определять размер процента исходя из ставки рефинансирования на день введения внешнего управления³⁰⁷. По этому пути пошел и законодатель (см. абзац 5 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве).

Этот вариант представляется наиболее обоснованным, так как собственно в период внешнего управления и происходит пользование «чужими» денежными средствами, за которое и взимаются проценты.

В силу п. 4 ст. 95 Закона о несостоятельности (банкротстве) мораторий не распространяется на требования кредиторов, которые возникли после принятия судом заявления о признании должника банкротом, срок исполнения которых наступает после введения внешнего управления. Как отмечает М. В. Телюкина, «защита кредиторов, чьи требова-

одной саморегулируемой организации, что также противоречит п. 2 ст. 30 Конституции РФ.

Таким образом, с целью устранения коллизии между Конституцией РФ и Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)» 2002 г. необходимо: 1) исключить обязательное членство арбитражного управляющего в СРО (п. 1 ст. 20); 2) п. 2 ст. 24 Закона о банкротстве 2002 г. изложить в следующей редакции: «арбитражный управляющий может осуществлять свою деятельность самостоятельно, а также добровольно быть членом одной или нескольких саморегулируемых организаций арбитражных управляющих». На наш взгляд, это позволит, с одной стороны, повысить конкуренцию между арбитражными управляющими, с другой – будет способствовать повышению арбитражными управляющими своего профессионального уровня, в том числе саморегулируемая организация арбитражных управляющих сможет: 1) устанавливать повышенные требования к своим членам; 2) заботиться о повышении квалификации арбитражных управляющих (проведение семинаров, стажировок, консультаций); 3) гарантировать социальную защищенность своих членов; 4) увеличивать финансовые гарантии для третьих лиц, участников процедур несостоятельности (банкротства)»²⁰⁴.

Следует отметить, что создание профессиональных сообществ специалистов в области несостоятельности происходит во многих странах. «Формы их объединения связаны с целым рядом факторов, как то: размер государства, развитость института несостоятельности в государстве, исторически сложившиеся особенности работы специалистов в данной области, а также ряд иных причин»²⁰⁵.

При этом «условия участия специалиста в процедурах банкротства в разных странах колеблются от законодательно закрепленного обязательного соответствия определенным требованиям закона и обязательного участия в определенной организации до полного отнесения всех без исключения вопросов назначения арбитражных управляющих на усмотрение судебных органов»²⁰⁶. Так, в Великобритании арбитражный управляющий при назначении «должен быть уполномоченным на эту деятельность в силу членства в Признанной профессиональной организации (далее – ППО) или в силу полномочий, полученных непосредственно от лицензирующего органа, каковым является... Министерство торговли и промышленности, по представлению службы несостоятельности.

Только около семи процентов всех лицензий выдается непосредственно министерством по представлению службы.

³⁰⁶ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 277.

³⁰⁷ См.: Витрянский, В. В. Указ. соч. / В. В. Витрянский. – 2001. – С. 102.

²⁰⁴ Жаботинский, М. В. Указ. соч. / М. В. Жаботинский. – С. 39–40.

²⁰⁵ Перегудов, И. В. Саморегулируемые организации арбитражных управляющих / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай // Вестник ВАС РФ. – 2003. – № 8. – С. 114.

²⁰⁶ Там же. С. 115.

Таким образом, законодательство предусматривает альтернативные системы лицензирующих органов – государственную и саморегулируемых организаций. Кандидат имеет право выбора – вступить в ППО или осуществлять деятельность самостоятельно.

Условия лицензирования очень жестки и прописаны очень подробно. Требования к образованию и практическому опыту лицензиата таковы, что время, необходимое для получения высшего финансового или юридического образования, прохождения специальных курсов подготовки по несостоятельности, сдачи очень сложных письменных экзаменов (принимаются раз в год), наработки практического опыта в качестве члена команды лицензированного специалиста, может достигать двенадцати лет»²⁰⁷. Кроме того, существует также орган, осуществляющий надзор за деятельностью ППО и арбитражных управляющих, получивших лицензию через Министерство торговли и промышленности, который называется отдел мониторинга специалистов по несостоятельности Службы несостоятельности²⁰⁸.

Следует отметить, что количество профессиональных организаций невелико – всего семь, «и это число не имеет тенденции к увеличению»²⁰⁹. К ним относятся три ассоциации дипломированных бухгалтеров, три ассоциации юристов и единственная в стране ассоциация специалистов по несостоятельности²¹⁰. Авторы также отмечают, что «действующая система ППО, несмотря на рыночные конкурентные механизмы, создала специальные надструктурные органы, куда входят представители всех или подавляющего большинства ППО, цель которых состоит в унификации общих правил и выработке единых подходов в работе управляющих, выработке общих практических советов и т. д.»²¹¹.

«Контроль за деятельностью арбитражных управляющих осуществляется как на регулярной основе (текущий контроль), так и по заявлениям и жалобам. В случае значительных и повторяющихся нарушений ППО могут ограничить, приостановить или совсем отобрать лицензию практика по несостоятельности»²¹².

В Бельгии закон «не предусматривает государственного органа по банкротству в системе исполнительной власти. Подготовкой и контролем осуществления всех процедур по Закону о банкротстве занимаются специальные должностные лица коммерческих судов, называемые «судебными комиссарами», под контролем которых происходят реорганизационные процедуры.

²⁰⁷ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 116.

²⁰⁸ См.: Там же. С. 116.

²⁰⁹ Там же. С. 117.

²¹⁰ См.: Там же. С. 117.

²¹¹ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 117.

²¹² Там же. С. 118.

иной путь решения данной проблемы. Наделять суд дискреционными полномочиями нужно только в тех случаях, когда урегулировать вопрос с помощью правовых средств не представляется возможным (как, например, заранее определить сумму справедливого процента). Однако в тех случаях, когда такая возможность есть, нужно ее использовать, во избежание правовой неопределенности и судебного произвола. Поэтому в данном случае представляется целесообразным внести дополнение в абзац 6 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве, предусмотрев, что размер процентов или срок их начисления может быть уменьшен не только по соглашению внешнего управляющего и кредиторов, но и по решению суда, в тех случаях, когда размер (ставка) процентов явно несоразмерен последствиям просрочки исполнения денежного обязательства, а также если произошло изменение ставки рефинансирования Центрального банка РФ в период внешнего управления или существуют иные обстоятельства, влияющие на размер процентных ставок.

Мы уже упоминали о том, что абзац 6 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве предусматривает, что размер процентов или срок их начисления может быть уменьшен на основании соглашения внешнего управляющего с кредиторами. Однако на практике возможна ситуация, когда кредитор, в соответствии с ранее заключенным договором, изначально имеет право на сумму процентов, меньшую, чем та, которая предусмотрена абзацем 5 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве (т. е. менее ставки рефинансирования)³⁰³.

Е. С. Ращевский отмечает, что, «согласно позиции, высказанной в западной литературе, недопустимо предоставление кредиторам при процедурах банкротства улучшенного режима по сравнению с нормальными условиями гражданско-правового оборота»³⁰⁴.

В противном случае возникает проблема обеспечения единства действий кредиторов, поскольку отдельные из них могут стремиться к введению процедуры банкротства для улучшения статуса своих имущественных требований к должнику. Американскими исследователями была предложена модель «соглашения кредиторов» (creditors bargain), согласно которой кредиторы как группа должны предпочесть процедуру банкротства, если, по существу, одни и те же правила применяются как вне банкротства, так и в самом банкротстве»³⁰⁵.

В действительности здесь не видится оснований для того, чтобы кредитор получил большую сумму процентов, чем та, которая предусмотрена его соглашением с должником. Смысл моратория – в установлении

³⁰³ См.: Ращевский, Е. С. Указ. соч. / Е. С. Ращевский. – 2003. – С. 92.

³⁰⁴ См.: Swire P. Peter. Bank Insolvency Law Now That it Matters Again // Duke Law Journal. 1992. Dec.

³⁰⁵ См.: Ращевский, Е. С. Указ. соч. / Е. С. Ращевский. – 2003. – С. 92.

ства. Следовательно, проценты как вознаграждение, согласно принятому в доктрине пониманию, не могут быть уменьшены судом²⁹⁸.

Несмотря на это, по мнению Е. С. Ращевского, «специфика процентов, рассчитываемых в период действия моратория (плата за пользование денежными средствами начисляется в условиях, характерных именно для применения гражданско-правовых санкций), а также цели, охватываемые процедурой внешнего управления, позволяют использовать по аналогии ст. 333 ГК»²⁹⁹.

В качестве аргумента он приводит соображение о том, что «с позиции соблюдения баланса интересов всех участников процедур банкротства парадоксальной видится ситуация, когда внешнему управляющему удастся добиться восстановления платежеспособности должника исходя из предъявленных к нему требований кредиторов, однако с учетом размера начисленных за период внешнего управления процентов на сумму требований кредиторов погашение всех обязательств и выход из процедуры банкротства оказывается невозможным»³⁰⁰.

Е. С. Ращевский полагает также, что «бремя процентов, начисляемых на основании ст. 395 ГК на сумму обязательных платежей за период моратория, возлагаемое на неплатежеспособного должника-налогоплательщика, может оказаться более тяжким, нежели применяемая к платежеспособному должнику-налогоплательщику пеня при нормальных условиях гражданско-правового оборота и налогообложения»³⁰¹.

Следует отметить, что абзац 6 п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве предусматривает, что размер процентов или срок их начисления может быть уменьшен, но только на основании соглашения внешнего управляющего с кредиторами. Это, по всей видимости, значит, что законодатель не предусматривает иного способа решения вопроса. Однако Е. С. Ращевский полагает, что суд вправе уменьшить проценты и что «лишение арбитражного суда дискреционных полномочий в рассмотренном вопросе представляется недопустимым»³⁰².

Соглашаясь в целом с его мнением о том, что должна быть возможность уменьшить размер процентов, следует тем не менее избрать

²⁹⁸ См.: Розенберг, М. Г. Правовая природа процентов годовых по денежным обязательствам (практические и теоретические аспекты применения новых положений ГК РФ) / М. Г. Розенберг // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: Сборник памяти С. А. Хохлова / Отв. ред. А. Л. Маковский. – М., 1998. – С. 331.

²⁹⁹ Ращевский, Е. С. Указ. соч. / Е. С. Ращевский. – 2003. – С. 94.

³⁰⁰ Там же. С. 94.

³⁰¹ Там же. С. 94.

³⁰² Там же. С. 94.

Для осуществления процедуры банкротства суд назначает «куратора», чью деятельность контролирует судебный комиссар, при этом органы управления и собственники должника теряют свои полномочия.

Закон не содержит специальных требований к подготовке, опыту и образованию «кураторов», однако, как правило, «кураторами» в Бельгии назначаются юристы. Иногда в помощь «куратору» суд назначает человека с финансовым образованием.

Все опытные юристы Бельгии объединены в единственную в стране Ассоциацию юристов (Bar Association), которая является их самоорганизующимся некоммерческим профессиональным объединением, гарантирующим профессиональный уровень и добросовестность своих членов и представляющим их интересы в стране. Особого профессионального объединения практиков по несостоятельности в Бельгии нет²¹³.

В Германии контроль за управляющим «осуществляют суд и комитет кредиторов, которые имеют право требовать от управляющего отчета о состоянии дел и ходе работы»²¹⁴.

Во Франции «законодательство о банкротстве предусматривает проведение процедур финансового оздоровления (реабилитации должника) «администраторами», а процедуры банкротства – «ликвидаторами». Один и тот же человек не может совмещать две эти профессии.

Закон о банкротстве устанавливает также профессиональный орган, обеспечивающий доступ к профессии «администратора» и налагающий на них профессиональную ответственность. Таким органом является Национальная комиссия администраторов, состоящая из одиннадцати членов (судей высшей квалификации, профессоров (ученых, преподавателей) и наиболее авторитетных администраторов) и вспомогательного персонала. Комиссия составляет Национальный список администраторов, и только тот, кто есть в этом списке, назначается на процедуры финансового оздоровления судами. Таким образом, включение в список является лицензированием администраторов.

Согласно закону в список администраторов может быть включено физическое лицо, успешно сдавшее экзамены после прохождения специальной «интернатуры» (курса теоретических и практических занятий). Программу «интернатуры», порядок занятий и сдачи экзаменов определяет Национальная комиссия администраторов»²¹⁵.

Кроме того, также Национальная комиссия администраторов «является дисциплинарным органом»²¹⁶ и обладает в т. ч. правом лишить «администратора» лицензии.

²¹³ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 119.

²¹⁴ Там же. С. 120.

²¹⁵ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 120.

²¹⁶ Там же. С. 120.

В Швеции существует процедура финансового оздоровления, «представляющая собой комбинацию мирового соглашения с реорганизацией должника, проводимая под контролем назначаемого судом «уполномоченного» («god man», дословно – «божий человек»), осуществляется в соответствии со специальным Законом о реорганизации»²¹⁷.

В Канаде «применяется особенно жесткое государственное регулирование всего института несостоятельности, в том числе деятельности лиц, выполняющих функции, аналогичные функциям российских арбитражных управляющих (эти лица называются «трасти»).

В настоящее время в Канаде существует только один государственный орган по банкротству – Служба суперинтенданта по банкротству, осуществляющая предписанные ей законом контрольные, нормативные и прочие функции и полномочия по обеспечению соответствия всей канадской системы банкротства и несостоятельности закону»²¹⁸. Эта же служба осуществляет лицензирование трасти. «Функции трасти в Канаде могут исполнять как физические, так и юридические лица; однако последние должны управляться и контролироваться физическими лицами, индивидуально лицензированными как трасти»²¹⁹. Условием получения лицензии для трасти «является прохождение специального трехлетнего курса обучения, организованного Канадской ассоциацией практиков по несостоятельности, утвержденного Суперинтендантом по банкротству»²²⁰.

В США «доверительным управляющим (trustee) может быть физическое лицо или корпорация. Лицо, выбранное в соответствии с параграфами 701–703, 1104, 1163, 1202, 1302 USBC для исполнения функций доверительного управляющего, должно предоставить суду гарантии в пользу Соединенных Штатов честного выполнения своих обязанностей. Доверительный управляющий от США принимает решение о том, может ли это лицо быть доверительным управляющим в данном случае и каков должен быть размер гарантий»²²¹.

В итоге авторы делают вывод, что «российская модель имеет схожие моменты в определении статуса арбитражных управляющих, а также порядка их назначения и отстранения с рядом правовых систем, однако не является точной копией какой-либо одной из них»²²².

²¹⁷ См. подробнее: Сайковский, В. Законодательное обеспечение процессов несостоятельности в Швеции / В. Сайковский // Вестник ФСФО России. – 2000. – № 7. – С. 33–36.

²¹⁸ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 122.

²¹⁹ Там же. С. 122.

²²⁰ Там же. С. 122.

²²¹ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 123.; см. также: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 81.

²²² Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 123.

по вине кредиторов (например, из-за неявки на собрания кредиторов без уважительной причины, при переносе собраний по причине неознакомления кредиторов с полученным проектом плана и т. п.) допустимо в дальнейшем ставить вопрос о просрочке кредитора, ибо без утверждения плана внешнего управления невозможно приступить к осуществлению финансового оздоровления должника. В силу п. 3 ст. 406 ГК РФ за время допущенной просрочки соответствующие кредиторы могут быть лишены права требовать с должника проценты по ст. 395 Кодекса»²⁹³.

Представляет практический интерес вопрос о возможности снижения судом ставки процентов, начисляемых на сумму требований кредиторов по денежным обязательствам и обязательным платежам, по окончании процедуры внешнего управления, если определенный в соответствии со ст. 395 ГК размер (ставка) процентов явно несоразмерен последствиям просрочки исполнения денежного обязательства, а также если произошло изменение ставки рефинансирования Центрального банка РФ в период внешнего управления или существуют иные обстоятельства, влияющие на размер процентных ставок»²⁹⁴.

«Судебная практика исходит из допустимости снижения бремени процентов за пользование чужими денежными средствами как меры гражданско-правовой ответственности (см. п. 7 постановления № 13/14)»²⁹⁵. По мнению Е. С. Ращевского, «по окончании процедуры внешнего управления арбитражному суду должно быть предоставлено право уменьшения начисленных за период внешнего управления процентов годовых на основании ст. 333 ГК, исходя из разумного обеспечения интересов как должника, едва восстановившего свое финансовое состояние, так и его кредиторов.

Возможность уменьшения размера подлежащих уплате процентов годовых вытекает из компенсационной природы процентов за пользование чужими денежными средствами по гражданскому законодательству и основных начал законодательства о налогах и сборах (ст. 3 НК РФ)»²⁹⁶.

Однако, как уже было ранее отмечено, сам Е. С. Ращевский придерживается взгляда на такие проценты как на плату (вознаграждение) за пользование денежными средствами кредиторов»²⁹⁷. В свою очередь, ст. 333 ГК регулирует порядок уменьшения неустойки как гражданско-правовой санкции, несоразмерной последствиям нарушения обязатель-

²⁹³ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 27.

²⁹⁴ См.: Ращевский, Е. С. Указ. соч. / Е. С. Ращевский. – 2003. – С. 92–93.

²⁹⁵ Там же. С. 93.

²⁹⁶ Там же. С. 93.

²⁹⁷ См.: Там же. С. 93.

центы, как и другие меры ответственности, например неустойка, носят зачетный характер по отношению к возмещению убытков²⁹¹. Однако, как представляется, в отношении законодательства о банкротстве эти аргументы неприменимы, т. к. такие проценты не имеют зачетного характера (кредитор не вправе взыскать убытки, превышающие сумму процентов), вопрос же о неправомерности удержания чужих денежных средств не так очевиден, как кажется. В случае с мораторием законодатель сам как бы санкционирует временное удержание чужих денежных средств. Следует также отметить, что ст. 95 Закона о банкротстве, упоминая о процентах на сумму требований кредиторов, не упоминает о ст. 395 ГК. Ссылка на указанную статью была в предыдущем Законе о банкротстве 1998 г. В действующем Законе речь идет о процентах, определяемых по ставке рефинансирования, однако ст. 395 ГК не упоминается.

Все это позволяет согласиться с мнением Е. Ю. Пустоваловой о том, что такие проценты были и являются новой разновидностью и ссылка на ст. 395 ГК представляла лишь технический прием. По своей природе эти проценты представляют компенсацию потерь кредиторов и должны учитываться при определении количества голосов на собраниях кредиторов, для чего необходимо внести соответствующие изменения в ч. 8 п. 2 ст. 95 Закона о несостоятельности (банкротстве).

Представляется верным утверждение Е. Ращевского о том, что «внутри самой процедуры внешнего управления существуют различные по целевому содержанию периоды пользования денежными средствами: с момента введения внешнего управления определением арбитражного суда до утверждения плана внешнего управления должником и с момента утверждения плана до окончания процедуры внешнего управления. В сущности, полноценное использование денежных средств возможно именно во втором периоде (являющемся по сроку наибольшим), когда внешний управляющий получает право распоряжения имуществом должника для реализации мер по финансовому оздоровлению, предусмотренных планом»²⁹².

В связи с этим представляется обоснованным его предложение о том, чтобы при значительном затягивании утверждения плана внешнего управления (п. 6 ст. 83 Закона о банкротстве 1998 г. срок утверждения плана был ограничен шестью месяцами с момента введения процедуры, п. 5 ст. 107 действующего Закона ограничивает его до четырех месяцев)

²⁹¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Под ред. О. Н. Садикова. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1998. – С. 644–645.

²⁹² Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 27.

В качестве общего вывода авторы отмечают, что «гарантией качественной и добросовестной деятельности арбитражных управляющих являются три механизма: трудоемкий, а порой и весьма длительный путь для вхождения в профессию; жесткий оперативный надзор со стороны государственного либо профессионального органа по контролю за деятельностью арбитражных управляющих, а также непосредственный контроль со стороны суда; страхование профессиональной ответственности на весьма значительные суммы»²²³. Кроме того, делается вывод, что «профессиональные организации не обязательно должны быть наделены конкретными нормативными, регулирующими или надзорными функциями по вопросам несостоятельности или в отношении участвующих в процессе лиц. Однако многие из этих организаций, хорошо понимая возрастающую важность и сложность вопросов несостоятельности, обязательно устанавливают собственные требования к квалификации, а также соответствующие профессиональные и этические нормы и разрабатывают руководства по оптимальной практике и стандарты непрерывного профессионального образования для своих членов, специализирующихся на несостоятельности»²²⁴.

Авторы делают также и акцент на этический аспект, отмечая, что «целью этических норм и принципов деятельности арбитражных управляющих является создание механизма формальной незаинтересованности арбитражного управляющего. При разработке этих норм используются:

фундаментальные принципы порядочности и объективности (этические принципы и принципы морали);

создание механизма открытости и правдивости в отношениях между арбитражным управляющим и судом;

моделирование конфликтных ситуаций и определение обязательных действий со стороны арбитражного управляющего в целях избежания конфликта интересов и иной заинтересованности»²²⁵.

Они полагают, что скорее всего «схожие принципы и стандарты будут закрепляться в учредительных документах или в специальных кодексах (регламентах) российских саморегулируемых организаций»²²⁶.

Представляется, что этическая сторона важный компонент создания независимого внешнего управления и упор только на материальные стимулы несостоятелен ни с экономической (в любом случае заинтересованные лица могут предложить больше), ни с социальной точки зрения.

Внешних управляющих необходимо ориентировать на сохранение

²²³ Перегудов, И. В. Указ. соч. / И. В. Перегудов, Ю. В. Тай. – С. 123.

²²⁴ Там же. С. 124.

²²⁵ Там же. С. 124.

²²⁶ Там же. С. 124.

своей репутации. В этой связи представляет интерес мнение социолога Ф. Фукуямы, который отмечает, что «если люди знают, что им предстоит и дальше жить в ограниченном сообществе, где постоянное сотрудничество будет вознаграждено, они проявляют заинтересованность в собственной репутации, как и в контроле и наказании тех, кто нарушает правила сообщества»²²⁷.

По нашему мнению, из рассмотренных зарубежных систем наибольший интерес для нас представляет опыт Франции, где «законодательство о банкротстве предусматривает проведение процедур финансового оздоровления (реабилитации должника) «администраторами», а процедуры банкротства – «ликвидаторами». Один и тот же человек не может совмещать две эти профессии.

Идея разделения «профессий» «ликвидатора» и внешнего управляющего заслуживает особенного внимания. Можно заметить, что функции внешнего и других управляющих (временного, административного и конкурсного) несколько различаются. Последние в основном осуществляют надзор за состоянием должника и не управляют предприятием, кроме конкурсного управляющего. Но и его задачей является ликвидация предприятия, т. е. в основном обеспечение законности при проведении этой процедуры (достаточно отметить, что хотя конкурсный управляющий в силу п. 1 ст. 129 Закона о банкротстве осуществляет полномочия руководителя должника, тем не менее в силу п. 2 этой же статьи он обязан уведомить работников должника об их увольнении не позднее месяца с даты введения конкурсного производства, а это значит, что он реально руководит производством очень недолго и скорее в силу того, что нельзя сразу прекратить деятельность предприятия). «Творческий» элемент в их профессии сведен к минимуму, и можно согласиться с приведенным выше мнением Шершеневича и Гальперина, что эти управляющие (временный, административный и конкурсный) являются более чиновниками и преследуют прежде всего публичный интерес. От внешнего управляющего недостаточно просто контроля за соблюдением законности при проведении внешнего управления. Его профессия носит более «творческий» характер, и по своему положению он ближе к предпринимателю, чем к чиновнику, хотя предпринимателем по статусу не является и не должен являться, так как и на нем лежит обязанность соблюдать публичный интерес.

Поэтому представляется целесообразным разделить «профессию» арбитражного управляющего на две различные – менеджеров (внешних управляющих) и чиновников, надзирающих за соблюдением законности

²²⁷ Фукуяма, Ф. Великий разрыв / Ф. Фукуяма; пер. с англ. под общ. ред. А. В. Александровой. – М.: ООО «Издательство АСТ», 2003. – С. 264.

Е. Ю. Пустовалова, исследуя вопрос о том, какова правовая природа таких процентов и в составе какой очереди они должны учитываться, приходит к несколько иным выводам. Она отмечает, что «ГК различает уплату процентов как плату за пользование капиталом – «*usurae*»²⁸⁹ (имеются в виду проценты, подлежащие уплате по договору займа (п. 1 ст. 809 ГК), обязанность уплаты которых, согласно п. 2 ст. 823 ГК, применяется также к договорам, из которых возникает обязательство коммерческого кредита). Кроме того, ГК предусматривает уплату процентов в качестве ответственности за нарушение обязательств (неправомерное удержание денежных средств, просрочка оплаты, невозврат денежных средств), а также в качестве законной неустойки (например, ст. 856 ГК). Как уже отмечалось, Законом о банкротстве регулируются предъявляемые к должнику требования, возникшие из гражданско-правовых, налоговых, финансовых, административных, трудовых, семейных правоотношений. В части требований, на которые распространяется действие моратория, устанавливается компенсация, при этом для определенности ее размера и порядка начисления для удобства делается ссылка на ст. 395 ГК. В связи с этим представляется правильным говорить о том, что это – «новая» разновидность процентов. Такую позицию подтверждает и мнение ряда авторов о необходимости учета таких процентов, начисляемых с целью компенсации потерь кредиторов вследствие отсрочки в погашении их требований и инфляции, в составе той же очереди, что и требований по основному долгу, что, в свою очередь, позволяет решить и другие проблемы (в частности, расчет количества голосов кредитора на собрании кредиторов, пропорциональное увеличение стоимости долга)»²⁹⁰.

Относительно последнего следует отметить, что законодатель не воспринял точку зрения о том, что начисленные проценты увеличивают количество голосов кредиторов (см. п. 2 ст. 95 Закона о банкротстве). Кроме того, существуют веские аргументы, позволяющие утверждать, что проценты, взыскиваемые в соответствии со ст. 395 ГК, являются мерой гражданско-правовой ответственности. Это и само название ст. 395 ГК, и ее нахождение в гл. 25, посвященной ответственности за нарушение обязательств, и то, что проценты взыскиваются в случае неправомерного удержания денежных средств, и то, что эти про-

²⁸⁹ См.: Римское частное право: учебник / Под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Петерского. – М., 1994. – С. 258.

²⁹⁰ Пустовалова, Е. Ю. Практические аспекты классификации требований кредиторов. Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей. Вып. 6 / Е. Ю. Пустовалова; под ред. О. Ю. Шиловского. – М.: издательство НОРМА, 2003. – С. 43.

выраженной в постановлении Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 года № 13/14 (пп. 4, 11), следует, что нормы гражданского законодательства, содержащие отсылку к ст. 395 ГК РФ, могут подразумевать проценты либо как плату за пользование денежными средствами, либо как особую, отличающуюся от убытков и неустойки меру гражданско-правовой ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение денежного обязательства. При этом кредитор, не доказывая размера убытков, вправе предъявить либо требование о взыскании договорной неустойки, либо требование об уплате процентов (п. 6 постановления). Каждая из указанных санкций будет засчитана в счет возмещения убытков»²⁸⁶.

В отношении Закона о банкротстве 1998 г. Е. Ращевский полагал, что «проценты, начисляемые на сумму требований по денежным обязательствам в соответствии с п. 2 ст. 70, представляют собой предусмотренную Законом плату (вознаграждение) за пользование денежными средствами кредиторов с целью финансового оздоровления должника.

Специфика процентов, начисляемых за время действия моратория, в том, что плата за пользование начисляется на сумму долга, срок уплаты которого уже прошел. Проценты, начисляемые в размере и в порядке, определенном ст. 395 ГК РФ, фактически подменяют собой подлежащие уплате проценты по денежным обязательствам (проценты как плата), которые за время моратория не начисляются (п. 2 ст. 70). Если проценты как плата за кредит обычно взимаются до наступления срока уплаты суммы денежного требования, то проценты по п. 2 ст. 70 начисляются только до окончания срока действия моратория на удовлетворение требований кредиторов»²⁸⁷. Как отмечал Е. Ращевский, вопрос о правовой природе процентов, начисляемых по п. 2 ст. 70 Закона о банкротстве 1998 г., приобретает принципиальное значение «при переходе к расчетам с кредиторами как по окончании внешнего управления (ст. 94 Закона о банкротстве), так и при конкурсном производстве. Если бы данные проценты признавались гражданско-правовой санкцией, задолженность по ним учитывалась бы отдельно в реестре требований кредиторов и подлежала удовлетворению после погашения задолженности и причитающихся процентов (п. 2 ст. 111 Закона о банкротстве). Напротив, отнесение указанных процентов к плате (вознаграждению) за пользование средствами кредиторов позволяет добиваться погашения задолженности по ним наравне с суммой основного долга, а также увеличивает голоса конкурсных кредиторов для целей участия в собраниях кредиторов по окончании внешнего управления»²⁸⁸.

²⁸⁶ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 25.

²⁸⁷ Там же. С. 26–27.

²⁸⁸ Там же. С. 27.

при проведении наблюдения, финансового оздоровления и конкурсного производства. Соответственно и статус этих лиц будет различен. Статус внешнего управляющего будет близок к статусу предпринимателя, хотя таковым он являться не должен в силу возложенных на него обязанностей соблюдать публичные интересы. По всей видимости, это должно быть нечто похожее на статус адвоката, который также не является ни чиновником, ни предпринимателем. Кроме того, следует согласиться с вышеприведенным мнением Витрянского В. В. и других авторов о том, что следует сохранить систему независимых внешних управляющих наряду с саморегулируемыми организациями, оставив возможность кредиторам самим выбирать, кого привлекать в качестве управляющего.

Основания и порядок отстранения внешнего управляющего вновь возвращают нас к проблеме судейского усмотрения в процедуре банкротства.

«Санкцией за неисполнение или ненадлежащее исполнение управляющими своих обязанностей является отстранение их от должности. Несмотря на рекомендации практики, содержащиеся в п. 10 письма президиума ВАС РФ № 64 от 14 июня 2001 г. «О некоторых вопросах применения в судебной практике Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», новый Закон не предусматривает права арбитражного суда по собственной инициативе отстранить арбитражного управляющего от исполнения своих обязанностей в случае ненадлежащего их исполнения. На наш взгляд, наличие такой нормы крайне необходимо. Такая необходимость может возникнуть у суда, в частности при осуществлении контроля за сроками проведения процедур банкротства и при невыполнении арбитражным управляющим обязанности по предоставлению необходимой информации по запросу суда (п. 3 ст. 143). Арбитражный управляющий может даже игнорировать отдельные судебные акты, принятые по жалобам кредиторов, поскольку они не обеспечиваются мерами принудительного исполнения (согласно п. 13 информационного письма президиума ВАС РФ от 6 августа 1999 г. № 43, при удовлетворении судом жалобы кредиторов о нарушении их прав и интересов исполнительный лист не выдается)»²²⁸.

По мнению В. А. Химичева, было бы «правильным, если суд в подобных случаях будет действовать по своей инициативе, выполняя функции надзора и контроля за конкурсным процессом. Как в свое время отмечал Г. Ф. Шершеневич, суд обязан потребовать сведения о причинах замедления конкурсного процесса и назначить кратчайшие сроки для окончания дела. В случае неисполнения в течение назначенного срока суд имеет право отрешить председателя и кураторов и назначить на их место

²²⁸ Вестник ВАС РФ. – 2001. – № 9. – С. 66–74.

других из числа кредиторов²²⁹. По мнению В. В. Витрянского, с которым следует полностью согласиться, арбитражный суд, назначивший арбитражного управляющего, в порядке осуществления судебного контроля за его деятельностью может и заменить арбитражного управляющего по своей инициативе²³⁰.

Эта позиция не чужда судам, рассматривающим дела о банкротстве. Так, арбитражный суд по собственной инициативе отстранил арбитражного управляющего от исполнения обязанностей за допущенные им нарушения, основываясь на п. 6 ст. 24 Закона о банкротстве, предусматривающем разумность и добросовестность действий арбитражного управляющего²³¹. Почва для подобного судебного усмотрения была заложена еще при применении Закона 1992 года, что нашло отражение в п. 7 информационного письма президиума ВАС РФ № 20 от 7 августа 1997 г. «Обзор практики применения арбитражными судами законодательства о несостоятельности (банкротстве)». Но возможна и иная ситуация, когда на отстранении арбитражного управляющего настаивают кредиторы. В этом случае судья не должен слепо следовать диктату кредиторов и отстранять арбитражного управляющего от должности, если сам судья не считает его не соответствующим своим обязанностям. Но судья должен принимать во внимание взгляды кредиторов при ведении дел о несостоятельности²³².

Таким образом, в ходе нашего исследования мы пришли к следующим выводам:

1) необходимо внести изменения в действующий Закон о банкротстве, касающийся расширения круга субъектов, которые могут осуществлять деятельность по арбитражному управлению. Это касается юридических лиц, а также «команды», не имеющей статуса юридического лица. Следовало бы внести изменения в закон, указав, что по ходатайству арбитражных управляющих может быть назначен один или несколько управляющих дополнительно. Представляется также необходимым дополнить соответствующие нормы закона положением о том, что арбитражный суд может назначить заместителя арбитражного управляющего по ходатайству самого арбитражного управляющего либо собрания кредиторов. Заместитель необходим в тех случаях, когда сам управляющий временно не может исполнять свои обязанности. Законом о банкротстве также должны быть предусмотрены правила, по-

проблем остается нерешенным). При этом, как отмечал Е. Ращевский, «из норм п. 2 ст. 4 и п. 2 ст. 70 Закона о банкротстве вытекает, что за период моратория проценты в порядке и размере, которые предусмотрены ст. 395 ГК РФ, начисляются как на сумму основного долга в размере, существующем на момент возбуждения производства по делу о признании банкротом, так и на сумму подлежащих уплате процентов, которые включаются в общий размер денежных обязательств по состоянию на момент введения внешнего управления. Таким образом, для целей начисления процентов годовых на период действия моратория должна производиться капитализация суммы долга, которая увеличивает сумму основной задолженности на сумму процентов как платы за пользование средствами кредитора²⁸²: «...в случае увеличения вклада на сумму не востребованных процентов взыскиваемые за просрочку возврата вклада проценты, предусмотренные пунктом 1 статьи 395 Кодекса, начисляются на всю сумму вклада, увеличенного (подлежавшего увеличению) на сумму не востребованных процентов»²⁸³.

Это, в частности, вело к тому, что «на практике кредиторы по денежным обязательствам и (или) обязательным платежам после введения внешнего управления предъявляют должнику новые требования (первые требования предъявляются в период процедуры наблюдения) в размере, существовавшем на момент принятия судом определения о введении внешнего управления должником, поскольку за время процедуры наблюдения размер процентов как платы за кредит может увеличиться»²⁸⁴.

Такое нововведение в виде приостановления начисления финансовых (экономических) санкций и процентов, с одной стороны, и начисления на сумму требований кредиторов процентов в размере и в порядке, которые предусмотрены ст. 395 ГК РФ, с другой, по мнению М. В. Телюкиной, в целом являлось принципиально новым подходом к решению проблемы баланса интересов должника и кредиторов в сфере регулирования моратория²⁸⁵.

Однако эта новелла породила вопрос о том, какова правовая природа процентов, взыскиваемых в соответствии со ст. 395 ГК РФ. «Из позиции,

²²⁹ См.: Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс. – С. 339–340.

²³⁰ Витрянский, В. В. Указ. соч. / В. В. Витрянский. – 2001. – С. 166.

²³¹ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 7 июля 2003 г. № Ф08-2320/2003 // Вестник Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа. – 2003. – № 5. – С. 38–39.

²³² Лайтман, Г. Указ. соч. / Г. Лайтман. – С. 30–33.

²⁸² Ситуация здесь сравнима с приведенной в п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 8 октября 1998 года № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса Российской Федерации о процентах за пользование чужими денежными средствами» (с изм. и доп. от 4 декабря 2000 года).

²⁸³ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 25.

²⁸⁴ Там же. С. 25.

²⁸⁵ См.: Телюкина, М. В. Комментарий к ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» / М. В. Телюкина. – М.: БЕК, 1998. – С. 112.

должника; обеспечению их нормального хода напрямую призван служить мораторий. Вдобавок, на сумму требований в режиме моратория начисляются проценты в размере и в порядке, которые предусмотрены ст. 395 ГК РФ»²⁷⁹. Однако представляется, что необходимо ограничить возможность злоупотреблений со стороны должника, для чего следует внести изменения в п. 1 ст. 94 Закона о несостоятельности (банкротстве), предусмотрев право суда отказать во введении моратория (который по-прежнему будет вводиться автоматически) если экономическая необходимость для его введения отсутствует.

Эта проблема перекликается с другой. В российском законодательстве о банкротстве не урегулирован вопрос о возможности установления частичного моратория. В Информационном письме Президиума ВАС РФ от 7 августа 1997 г. № 20, рассматривающем вопросы, связанные с применением Закона РФ «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» 1992 г., указано, что этот закон такой возможности не предусматривает. То же самое можно сказать и о ныне действующем Законе о банкротстве. Однако возможны и иные подходы к решению данной проблемы. Так, «законодательство о несостоятельности США устанавливает право кредитора ходатайствовать об отмене автоматического приостановления»²⁸⁰. «Просить суд о снятии автоматического приостановления в отношении некоторого имущества должника возможно, если непринятие таких мер лишит имущественные интересы кредитора адекватной защиты или если должник не имеет прав на такое имущество по нормам права справедливости и такое имущество не требуется для проведения эффективной реорганизации»²⁸¹.

Представляется, что некоторые положения этой нормы могут быть заимствованы, например, в отношении имущества, которое не требуется для реорганизации. При этом представляется, что обязанность доказывания отсутствия необходимости установления моратория на отдельное имущество должна быть возложена на кредитора и, соответственно, должна быть установлена своего рода презумпция распространения моратория на все имущество должника и, как отмечено выше, автоматического введения моратория.

В соответствии со ст. 70 ФЗ о несостоятельности (банкротстве) от 8 января 1998 г. на сумму требований кредиторов по денежным обязательствам и (или) обязательным платежам начислялись проценты в порядке и размере, предусмотренном ст. 395 ГК РФ (действующий Закон о банкротстве 2002 г. не содержит отсылки к этой статье, тем не менее ряд

звolyающие при определенных условиях возложить функции и обязанности арбитражного управляющего на руководителя должника;

2) следует предоставить кредиторам возможность вносить свои предложения по поводу применения мер по восстановлению платежеспособности должника;

3) наряду с системой саморегулируемых организаций необходимо воссоздать существующую ранее систему независимых арбитражных управляющих, не являющихся членами СРО и зарегистрированных при арбитражных судах. В связи с этим п. 2 ст. 24 Закона о банкротстве 2002 г. изложить в следующей редакции: «арбитражный управляющий может осуществлять свою деятельность самостоятельно, а также добровольно быть членом одной или нескольких саморегулируемых организаций арбитражных управляющих»;

4) необходимо уделять внимание этическому аспекту деятельности внешнего управляющего, имея целью создание механизма его формальной незаинтересованности;

5) представляется целесообразным разделить «профессию» арбитражного управляющего на две различные – менеджеров (внешних управляющих) и чиновников, надзирающих за соблюдением законности при проведении наблюдения, финансового оздоровления и конкурсного производства. Соответственно и статус этих лиц будет различен. Статус внешнего управляющего будет близок к статусу предпринимателя, хотя таковым он являться не должен в силу возложенных на него обязанностей соблюдать публичные интересы. По всей видимости, это должно быть нечто похожее на статус адвоката, который также не является ни чиновником, ни предпринимателем;

6) необходимо внести изменения в Закон о банкротстве, предусмотрев в них право арбитражного суда по собственной инициативе отстранять арбитражного управляющего от исполнения своих обязанностей в случае ненадлежащего их исполнения.

²⁷⁹ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский, 2001. – С. 24.

²⁸⁰ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 19.

²⁸¹ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский, 2001. – С. 82.

§ 4. План внешнего управления

Успешное достижение целей внешнего управления, наряду с прочими аспектами, обусловлено в том числе правильным планированием. План внешнего управления – «документ, который должен содержать описание поставленной цели, а также качественные и количественные характеристики последовательно осуществляемых действий, направленных на достижение этой цели в установленные сроки. В том случае, если планом задаются какие-либо экономические либо финансовые характеристики и показатели, они должны обосновываться соответствующими прогнозными расчетами и проектировками, методы проведения которых разработаны экономической наукой и апробированы на практике»²³³.

На определение содержания плана внешнего управления практика оказала значительное влияние, начиная с самых первых шагов.

Как отмечает Т. П. Прудникова, «практика реализации Закона о банкротстве 1992 года показала, что в планы проведения внешнего управления имуществом должника наряду с мероприятиями по продаже части его имущества в числе других организационных и экономических мероприятий чаще всего включались различные меры, направленные на снижение затрат на производство и реализацию производимой должником продукции, а также на снижение накладных расходов и расходов по содержанию административно-управленческого персонала; мероприятия по обновлению номенклатуры выпускаемой продукции, а иногда – и по переходу на выпуск принципиально новой продукции; мероприятия по расширению рынков сбыта производимой продукции и (или) созданию дополнительных рынков для реализации продукции, предполагаемой к выпуску; меры, направленные на уменьшение объемов дебиторской задолженности. В ряде случаев предусматривалось проведение конверсионных мероприятий, а также передача отдельных объектов с баланса должника на баланс соответствующих органов местного самоуправления и органов государственной власти. Все перечисленные мероприятия следует характеризовать как направленные на повышение эффективности хозяйственно-финансовой деятельности должника. Кроме того, в отдельных случаях предполагалось проведение реструктуризации капитала должника (учреждение дочерних организаций), реструктуризация задолженности по платежам в бюджет и внебюджетные фонды в порядке, предусмотренном законодательством, и т. п.

Практика также показала, что наиболее часто встречающимися недостатками планов проведения внешнего управления имуществом долж-

²³³ Прудникова, Т. П. План внешнего управления / Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. – 1999. – № 7. – С. 11.

Несмотря на экономическую целесообразность введения моратория во время внешнего управления, у этой меры есть и отрицательная сторона. На практике, по мнению В. В. Витрянского, мораторий – это «один из факторов, стимулирующих предприятия-должников обращаться в арбитражный суд с заявлением о признании их несостоятельными (банкротами). Других прецедентов подобного рода, когда хозяйствующий субъект, не выполнивший обязательств перед контрагентами, освобожден бы на длительный период от применения мер ответственности, действующее законодательство не знает»²⁷⁴. Данная позиция подтверждается как отечественной, так и зарубежной практикой применения законодательства о несостоятельности»²⁷⁵. В качестве примера можно привести применение моратория в США. Эквивалентом процедуры внешнего управления по российскому праву в законодательстве США является процедура реорганизации. В. В. Степанов, рассматривая американскую систему регулирования несостоятельности, отмечает, что менеджерам должника открытие реорганизационной процедуры весьма выгодно. Последнее, наряду с легкостью вхождения в реорганизационную процедуру, во многом объясняет статистические данные о большом количестве дел, связанных с процедурой реорганизации»²⁷⁶. Используемая законодательством США схема должника во владении (debtor in possession) предоставляет менеджерам возможность продолжать управлять бизнесом после начала реорганизационной процедуры, во время действия которой права кредиторов, в том числе и обеспеченных, ограничиваются механизмом автоматического приостановления индивидуальных действий кредиторов»²⁷⁷.

Очевидно, что мораторий в таких случаях может быть связан со злоупотреблением должником своим положением, поэтому, например, «по законодательству Нидерландов суд может отказать должнику во введении моратория, если существуют серьезные опасения, что должник использует мораторий для ущемления прав кредиторов или вообще маловероятно, что он в конце концов сможет рассчитаться с кредиторами»²⁷⁸.

Е. С. Ращевский полагает, что «современный институт моратория по российскому праву заслуживает высокой оценки и может быть огражден от большинства приведенных упреков, поскольку параллельно с мораторием проводятся мероприятия по финансовому оздоровлению

²⁷⁴ Закон «О несостоятельности (банкротстве) предприятий»: Комментарий / Под ред. В. В. Витрянского. – М.: Юридическая литература, 1994. – С. 35.

²⁷⁵ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 23.

²⁷⁶ См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 78–79.

²⁷⁷ Там же. С. 101.

²⁷⁸ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский, 2001. – С. 23.

финансовых и торговых агентов (брокеров) должника и контрагентов по сделкам на рынках срочных финансовых документов, предъявление к платежу опротестованной ценной бумаги (11 U.S.C. § 362).

Примечательно, что во французском законодательстве о несостоятельности закреплена возможность введения судом по ходатайству специального лица моратория на индивидуальные действия кредиторов в отношении имущества должника, несмотря на то, что официальные процедуры еще не были открыты²⁷².

В положении о несостоятельности Германии, по которому производство по делу о несостоятельности начинается с открытия конкурсного производства, предусмотрено, что во время производства по делу о несостоятельности принудительное исполнение в пользу отдельных кредиторов не допускается ни в отношении конкурсной массы, ни в отношении прочего имущества должника (§ 89). Установлено, что не допускается принудительное исполнение по обязательствам конкурсной массы (должника) в течение шести месяцев с момента возбуждения производства по делу о несостоятельности, если исполнение производится не на основании сделки конкурсного управляющего (§ 90). Указанный запрет не распространяется на длящиеся договорные правоотношения в период с того момента, когда управляющий получил возможность их расторгнуть, а также на длящиеся встречные обязательства (§ 90).

По законодательству Нидерландов (Голландский конкурсный устав 1896 – *Failissementswet*) вводимый на основании закона мораторий (отсрочка платежей) позволяет должнику получить временное освобождение от требований кредиторов для реорганизации и продолжения бизнеса, чтобы в последующем рассчитаться с кредиторами.

От моратория как процедуры можно легко перейти к банкротству, если становится очевидным, что должник не сможет рассчитаться с кредиторами. Отсрочка платежа действует только в отношении обязательств без обеспечения их исполнения. Кредиторы с обеспеченными требованиями и привилегированные кредиторы могут реализовывать свои права без учета моратория. Суд вправе сроком на один месяц (с возможностью продления на один месяц) ввести общий запрет на действия кредиторов, включая обеспеченные и привилегированные требования. Мораторий назначается судом по заявлению должника. При этом суд назначает должнику управляющего (как правило, члена местной коллегии адвокатов), без разрешения и утверждения которого должник не может управлять или распоряжаться своими активами. Для дачи советов управляющему суд может назначить специального судью (*rechter-commissaris*)²⁷³.

²⁷² См.: Степанов, В. В. Указ. соч. / В. В. Степанов. – С. 106.

²⁷³ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 23.

ника являлись: отсутствие расчетов по величине требований кредиторов, подлежащих удовлетворению по результатам реализации плана проведения внешнего управления с учетом условий моратория, а также отсутствие необходимых и достаточных экономических обоснований, включенных в план мероприятий (в части расчетов затрат на проведение этих мероприятий и их финансовых результатов)»²³⁴.

Таким образом, как представляется, одним из обязательных пунктов плана внешнего управления должен быть расчет величины требований кредиторов на момент завершения внешнего управления. Это условие необходимо, если помнить о назначении процедуры внешнего управления. Все оздоровительные мероприятия, предусмотренные планом, имеют смысл только в том случае, если в итоге требования кредиторов будут удовлетворены.

При этом следует иметь в виду, что «в плане должен быть отражен размер требований к должнику о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также размер требований о взыскании задолженности по оплате труда. Однако в силу того, что данные требования могут погашаться в период внешнего управления, при расчете прогнозной величины потребности в свободных денежных средствах для расчетов с кредиторами внешнему управляющему следовало бы учитывать эти требования только в той части, которая не может быть погашена в течение периода внешнего управления»²³⁵.

Представляется, что расчет величины требований кредиторов на момент завершения внешнего управления должен быть отправной точкой плана. Вследствие такого расчета, как отмечает Т. П. Прудникова, «формируется оценка величины потребности в свободных денежных средствах, которые по завершении внешнего управления могут быть направлены на удовлетворение требований кредиторов по денежным обязательствам и обязательным платежам должника. Следовательно, главная задача при разработке плана внешнего управления – найти и показать в плане основные источники формирования у должника средств для расчетов с кредиторами в установленных размерах. Данные средства могут быть сформированы (накоплены) за счет реализации мер, направленных на восстановление платежеспособности должника»²³⁶.

В целом следует отметить, что рассмотренная нами проблема всего лишь часть более общей, которая заключается в том, что действующий

²³⁴ Голубев, В. В. Постатейный комментарий к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». Глава 5. Процедура внешнего управления (окончание) / В. В. Голубев, Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. – 1998. – № 8. – С. 103–104.

²³⁵ Прудникова, Т. П. Указ. соч. / Т. П. Прудникова. – С. 11–12.

²³⁶ Там же. С. 11–12.

Закон о несостоятельности (банкротстве) «не содержит перечня (даже примерного) положений плана внешнего управления, позволяя все эти вопросы решить управляющему по своему усмотрению»²³⁷. Целесообразно было бы закрепить в законе некоторые пункты плана, что позволило бы сориентировать самого внешнего управляющего и кредиторов на то, какие действия предстоит совершить внешнему управляющему в процессе своей деятельности. Например, по мнению М. В. Телюкиной, «план может содержать следующие положения:

- характеристика должника, его экономического и финансового положения;
- изменение структуры производства (перепрофилирование; ликвидация структурных подразделений – как обособленных (филиалов, представительств), так и необособленных (цехов, отделов и т. п.); налаживание выпуска новых видов продукции; внедрение новых технологий производства и т. д.);
- переподготовка работников, в том числе управленческого персонала, включая освоение работниками новых специальностей, получение необходимого образования;
- ликвидация дебиторской задолженности;
- реализация имущества должника (это может быть продажа бизнеса; продажа отдельных видов имущества; уступка прав требования);
- исполнение обязательств должника любым субъектом, в том числе собственником имущества должника – унитарного предприятия; обязательным условием является то, что такое исполнение должно привести к удовлетворению всех требований к должнику в полном объеме;
- другие меры, направленные на восстановление финансового положения должника.

Представляется, что план внешнего управления может содержать какие-либо ограничения для внешнего управляющего либо предоставлять ему дополнительные полномочия»²³⁸.

Т. П. Прудникова, в свою очередь, полагает, что в план внешнего управления «целесообразно включать следующие разделы:

- 1) общая характеристика должника;
- 2) финансовое состояние должника;
- 3) прогноз величины денежных средств, необходимых для удовлетворения требований кредиторов;
- 4) меры по восстановлению платежеспособности должника;
- 5) обоснование возможности восстановления платежеспособности должника (в пределах установленного срока внешнего управления либо при продлении срока внешнего управления);

²³⁷ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 268.

²³⁸ Там же. С. 268–269.

В исторической перспективе, «следуя обновленным потребностям экономического оборота, реабилитационные процедуры подвергаются подробной разработке в законодательстве о регулировании несостоятельности (банкротства) начиная с середины XIX века. Мораторий долгое время сохранял несколько самостоятельный характер по отношению к реабилитационным процедурам – привлечению компетентных лиц к управлению активами должника и предупредительной мировой сделке. Исторический нормативный материал показывает, что существенным признаком для назначения судом или иным органом государственной власти моратория было доказывание должником наличия чрезвычайных и непредвиденных обстоятельств, заставивших его приостановить платежи, изучение в каждом конкретном случае причин, причинивших расстройство в делах должника.

В дальнейшем развитие правовые системы Запада переходят от субъективных предпосылок введения моратория к объективным экономическим критериям, что позволило сделать мораторий составной частью процедуры имущественной реабилитации частного хозяйства»²⁶⁹.

Согласно действующему российскому законодательству мораторий при внешнем управлении вводится автоматически и в отношении всех требований без исключения. В зарубежном законодательстве о банкротстве этот вопрос может решаться и по-другому (11 U.S.C. § 362)»²⁷⁰.

В целом же, как отмечает Е. Ращевский, в правовых системах экономически развитых западных стран координация действий кредиторов обеспечивается либо системой процессуальных норм, либо закреплением институтов, близких по содержанию ст. 70 Закона о банкротстве 1998 г. и, соответственно, ст. 95 действующего Закона²⁷¹.

Так, «в соответствии с общим правилом автоматического приостановления (automatic stay), действующим в законодательстве США, с момента принятия к производству заявления о введении определенной процедуры банкротства не допускаются действия кредиторов (а начатые действия откладываются), направленные на вынесение судебных решений о взыскании имущества должника, вступление во владение его имуществом, а также проведение иных действий по возврату долгов, включая, например, телефонные звонки с требованием вернуть должное (11 U.S.C. § 362). Из режима автоматического приостановления установлено множество исключений, среди которых продолжение уголовного процесса в отношении должника, сбор алиментов и иных компенсационных выплат, возможность проведения зачета встречных требований

²⁶⁹ Ращевский, Е. Указ. соч. / Е. Ращевский. – 2001. – С. 21.

²⁷⁰ Там же. С. 22.

²⁷¹ Там же. С. 22.

ГЛАВА 2. ПРАВОВЫЕ ПОСЛЕДСТВИЯ ВВЕДЕНИЯ ВНЕШНЕГО УПРАВЛЕНИЯ

§ 1. Мораторий на удовлетворение требований кредиторов

Как отмечает Е. Ращевский, «институт моратория складывался во многом самостоятельно по отношению к конкурсному процессу. Это объясняется тем, что моделирование конкурсного процесса долгое время имело основной задачей справедливую и быструю ликвидацию хозяйства должника, наиболее полноценно отражающую интересы всех групп кредиторов и оставляющую самому банкроту, физическому лицу и его familia средства, минимально требуемые для продолжения существования. Мораторий изначально исключался из этой модели, поскольку его введение требовало не ликвидации, но реабилитации хозяйства должника, чтобы должник за счет восстановления нормальной экономической деятельности мог затем рассчитаться с кредиторами»²⁶⁵. В римском праве отсрочки (moratoria) предоставлялись должнику особым рескриптом императора ввиду особого несчастного стечения обстоятельств и ввиду особой милости²⁶⁶. В общем аналогичный порядок введения отсрочки для должника применялся в Средние века во Франции и Нидерландах²⁶⁷.

«В московский период истории русского законодательства в ст. 55 Судебника Ивана III было предусмотрено, что купцу, оказавшемуся в долгах из-за тяжелого стечения обстоятельств («утеряется товар бесхитростно, потонет, или сгорит, или рать возьмет»), после обыска может быть выдана боярином полетная грамота великого князя, разрешавшая уплату долга без процентов».

В дальнейшем по русскому праву (Уставы о банкротах 1800 и 1832 гг.) допускалось предоставление должнику отсрочки или рассрочки по единогласному решению всех кредиторов, оформляемому «частной или домашней сделкой» вне конкурсного процесса»²⁶⁸.

²⁶⁵ Ращевский, Е. Мораторий на удовлетворение требований кредиторов / Е. Ращевский // Хозяйство и право. – 2001. – № 11. – С. 20.

²⁶⁶ См.: Шершеневич, Г.Ф. Курс торгового права / Г. Ф. Шершеневич. – СПб., 1908. – С. 181.

²⁶⁷ Там же. С. 181.

²⁶⁸ Ращевский, Е. С. Правовой режим денежных обязательств в процедуре внешнего управления. Актуальные проблемы гражданского права: сборник статей. Вып. 6 / Е. С. Ращевский; под ред. О. Ю. Шиловского. – М.: изд-во НОРМА, 2003. – С. 80; Гольмстен, А. Х. Исторический очерк русского конкурсного процесса / А. Х. Гольмстен. – СПб., 1883. – С. 223, 264–265.

б) порядок и сроки реализации плана внешнего управления.

Разумеется, в каждом конкретном случае в план внешнего управления могут включаться и иные разделы, отражающие как специфику должника, так и особенности избранной кредиторами стратегии восстановления его платежеспособности»²³⁹.

Таким образом, оба автора выделяют общую характеристику финансового состояния должника в качестве первого пункта плана. Затем Т. П. Прудникова выделяет прогноз величины денежных средств, необходимых для удовлетворения требований кредиторов. Как мы отметили ранее, это необходимый пункт плана, с которого должно начинаться планирование как таковое. Обращает на себя внимание, что такие пункты плана (которые выделяет М. В. Телюкина), как

- изменение структуры производства (перепрофилирование; ликвидация структурных подразделений – как обособленных (филиалов, представительств), так и необособленных (цехов, отделов и т.п.); налаживание выпуска новых видов продукции; внедрение новых технологий производства и т.д.);

- ликвидация дебиторской задолженности;

- реализация имущества должника (это может быть продажа бизнеса; продажа отдельных видов имущества; уступка прав требования);

- исполнение обязательств должника любым субъектом, в том числе собственником имущества должника – унитарного предприятия, являются мерами по восстановлению платежеспособности должника, перечень которых содержит ст. 109 Закона о банкротстве. Думается, что дублирование в ст. 106 этих положений излишне, тем более, что применение тех или иных мер зависит от конкретной ситуации.

Что же касается пунктов 5 и 6 плана, предложенного Т. П. Прудниковой, то эти положения и без того содержатся в п. 1 и 2 ст. 106 Закона о банкротстве. Таким образом, из предложенного, к числу дополнений, в которых нуждается указанная статья, могут быть отнесены:

- общая характеристика финансового состояния должника;

- расчет величины денежных средств, необходимых для удовлетворения требований кредиторов.

Кроме того, в плане внешнего управления должен быть и прогноз доходов от планируемых мероприятий.

В ч. 2 п. 1 ст. 106 Закона о банкротстве говорится лишь о планировании расходов должника. Т. П. Прудникова, например, считает, что план внешнего управления должен содержать прогноз поступлений (притоков) средств к должнику (выручка по основной деятельности; реализация части имущества; исполнение обязательств должника третьими

²³⁹ Прудникова, Т. П. Указ. соч. / Т. П. Прудникова. – С. 13.

лициями; амортизационные отчисления и др.) и прогноз расходов (на закрытие нерентабельных производств; на реализацию имущества должника и иных мер по восстановлению платежеспособности; на судебные издержки; на удовлетворение требований к должнику, не подпадающих под мораторий, и др.)²⁴⁰.

Что касается мер по восстановлению платежеспособности, то «изложению последовательности, оценки затрат и результатов их реализации должно быть уделено особое внимание. Анализ сроков реализации намеченных мер, результатов их реализации в сопоставлении с необходимыми затратами позволит определить общие подходы к прогнозированию денежных потоков должника в период внешнего управления.

При прогнозировании поступлений (или притоков) средств к должнику необходимо определить их основные источники. Так, одним из важнейших источников поступления средств к должнику является выручка по основной деятельности, прогнозирование которой следует осуществлять с учетом результатов реализации мер, направленных на повышение эффективности производственной и сбытовой деятельности предприятия, в том числе связанных с перепрофилированием производства, изменением номенклатуры выпуска продукции и услуг, изменением объемов выпуска и др. Кроме того, в качестве источников поступлений следует рассматривать реализацию части имущества должника, взыскание дебиторской задолженности, уступку прав требования должника, продажу предприятия (бизнеса) должника, а также исполнение обязательств должника третьими лицами. Особо отметим, что одним из источников поступлений (притоков) являются амортизационные отчисления.

В целях повышения обоснованности разрабатываемого плана внешнего управления в том случае, когда стратегией его реализации предусматривается продажа предприятия (бизнеса) должника, в план внешнего управления следует включать мероприятия по оценке бизнеса должника. В то же время для прогнозных расчетов целесообразно уже на стадии разработки плана внешнего управления оценивать бизнес доходным методом, поскольку использование такого методического подхода позволяет наиболее адекватно оценить потенциальные выгоды будущего инвестора (покупателя) от приобретения данного бизнеса. При оценке стоимости бизнеса в части прогнозирования денежных потоков следует основываться на положениях статьи 86 Закона (ст. 110 действующего Закона. – **Прим. А. Б.**).

Прогноз расходов должника должен также учитывать результаты реализации намеченных мер по восстановлению платежеспособности

торов явно неразумно или оспоримо. В отношении общей проблемы определения пределов вмешательства суда в деятельность участников процедуры внешнего управления следует полагать, что суд имеет право вмешиваться в том числе в тех случаях, когда в законе отсутствует достаточно четкое правило, что позволяет внешнему управляющему или кредиторам злоупотреблять принадлежащими им правами.

²⁴⁰ См.: Прудникова, Т. П. Внешнее управление: финансово-экономические аспекты / Т. П. Прудникова // Вестник ВАС РФ. Спец. прил. – 2001. – № 3. – С. 96.

требления. «Однако поскольку действующее законодательство нигде не раскрывает содержание данного понятия, на практике могут возникать определенные трудности с выяснением того, являются ли сделки, совершаемые внешним управляющим по распоряжению имуществом должника, взаимосвязанными между собой, особенно если между первой и второй сделками прошло некоторое время и вторая сделка совершена не с первым контрагентом, а с его дочерним или зависимым хозяйственным обществом и общая балансовая стоимость отчуждаемого имущества составляет в итоге более десяти процентов балансовой стоимости активов должника»²⁶⁴.

Представляется, что подобный вопрос и целый ряд аналогичных очень сложно, да и, по всей видимости, нецелесообразно регулировать законодательно, в силу чрезвычайного многообразия всевозможных вариантов, а также принципиального отсутствия возможности учесть в законе специфику конкретной жизненной ситуации. Поэтому в таких случаях именно суду должна быть предоставлена возможность определять, как следует поступить в той или иной ситуации.

Таким образом, в ходе нашего исследования мы пришли к следующим выводам:

1) необходимо внести дополнения в ст. 106 Закона о банкротстве, указав, что в плане внешнего управления, помимо прочего, должна быть общая характеристика финансового состояния должника, а также расчет величины денежных средств, необходимых для удовлетворения требований кредиторов, и прогноз доходов от планируемых мероприятий (при этом для повышения обоснованности прогнозных расчетов целесообразно выполнять их вариантно);

2) в случае непринятия плана внешнего управления собранием кредиторов ввиду отсутствия кворума и изменения внешним управляющим плана, предлагаемого для повторного рассмотрения, повторное собрание вправе рассмотреть новый план внешнего управления по существу, при условии надлежащего уведомления кредиторов и ознакомления их с новым планом не менее чем за 14 дней до даты проведения собрания;

3) представляется, что суду должна быть отведена более активная роль на стадии утверждения плана внешнего управления – в виде права требовать исключения из плана положений, противоречащих закону. Было бы также целесообразным предоставить суду право давать рекомендации по устранению недостатков. Суд вправе оценивать размер расходов на проведение внешнего управления, в частности размер вознаграждения арбитражного управляющего, только в том случае, если его вмешательство необходимо ввиду того, что решение креди-

должника, в том числе таких, как закрытие нерентабельных производств, снижение производственных и непроизводственных издержек и др. Кроме того, в числе расходов (или оттоков средств) должника следует учитывать расходы на реализацию части имущества должника и (или) предприятия (бизнеса) должника, расходы на реализацию иных мер по восстановлению платежеспособности, расходы на судебные издержки и осуществление внешнего управления, на удовлетворение требований к должнику граждан о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также требований о взыскании задолженности по оплате труда.

Результатом прогнозирования поступлений средств и их расходов в период внешнего управления является определение величины свободных средств, которые по завершении внешнего управления могут быть направлены на удовлетворение требований кредиторов по денежным обязательствам и обязательным платежам должника.

Для повышения обоснованности прогнозных расчетов целесообразно выполнять их вариантно, что вполне согласуется с основными принципами экономического прогнозирования. При этом достигается необходимая гибкость плана внешнего управления, позволяющая арбитражному управляющему совместно с кредиторами должника в процессе реализации плана избирать в рамках разработанного плана внешнего управления оптимальную стратегию осуществления мер, направленных на восстановление платежеспособности должника, в зависимости от изменения конкретных условий»²⁴¹.

Представляется, что одним из существенных моментов плана внешнего управления являются сроки реализации предусмотренных им мероприятий. И в первую очередь «план должен предусматривать срок восстановления платежеспособности должника. Данное требование Закона зачастую имеет существенное значение при решении вопроса о наличии либо отсутствии возможности восстановления платежеспособности должника, поскольку прогнозирование денежных потоков должника проводится в определенном периоде, на конец которого рассчитываются суммы накопленных свободных средств для расчетов с кредиторами.

Кроме того, исходя из установленной Законом процедуры продления срока внешнего управления (ст. 84) (ст. 108 действующего Закона. – **Прим. А. Б.**) следует предположить, что в плане внешнего управления должны содержаться достаточные основания (плановые проектировки, прогнозные расчеты), позволяющие сделать выводы о том, что продление срока внешнего управления приведет к восстановлению платежеспособности должника»²⁴².

²⁶⁴ Ларин, А. Указ. соч. / А. Ларин. – С. 10–11.

²⁴¹ Прудникова, Т. П. Указ. соч. / Т. П. Прудникова. – 2001. – С. 2–3.

²⁴² Там же. С. 3.

На то, что одним из наиболее эффективных способов вывода предприятия из кризиса является оптимизация его расходов и наращивание денежной выручки, указывает не только Т. П. Прудникова. В этой связи, в частности, представляет интерес работа Зинченко С. А. и Гончарова А. И. «Правовая модель оптимизации требований, задолженностей, денежной выручки коммерческой организации», в которой они предлагают «комплекс действий по восстановлению платежеспособности юридического лица»²⁴³. Эти меры сведены авторами в таблицу.

Наращивание (экономия) денежной выручки организации			
Прекращение действующего обязательства исполнением	Увеличение уставного капитала хоз. общества	Выпуск облигаций для получения займа	Получение организацией бюджетного кредита
Финансирование под уступку денежного требования	Прекращение действующего обязательства зачетом	Товарный кредит, коммерческий кредит	Заключение договора коммерческой концессии
Обмен требований кредиторов на акции (доли) УК хоз. общества	Перевод долга учредителю, участнику	Прекращение обязательства предоставлением отступного	Заключение договора финансовой аренды
Новация долга в заемное обязательство	Получение инвестиционного налогового кредита	Уступка требований к дебиторам кредиторам	Прекращение обязательства прощением долга
Снижение дебиторских-кредиторских задолженностей организации			

«Главная диагональ слева-вниз-направо показывает способы прекращения обязательств. Причем, начиная с наиболее предпочтительного и реального для коммерческой организации, далее к тем вариантам, которые осуществить сложнее.

Шесть правовых инструментов, обеспечивающих снижение дебиторской и кредиторской задолженностей юридического лица, расположены ниже главной диагонали таблицы. Чем ближе конкретный инструмент к диагонали, тем он более подходит для потенциального должника и более вероятен практически.

²⁴³ См.: Зинченко, С. А. Правовая модель оптимизации требований, задолженностей, денежной выручки коммерческой организации / С. А. Зинченко, А. И. Гончаров // Северо-Кавказский юридический вестник. – 2005. – № 3. – С. 13.

ется негативная практика реализации кредиторами права на определение размера вознаграждения арбитражного управляющего. Обусловлена она решением уполномоченного органа, имеющего, как правило, решающий голос в собрании кредиторов, устанавливать фиксированный размер вознаграждения (10 тыс. руб. или немногим более) вне зависимости от величины конкурсной массы, объема и сложности дела о банкротстве и других факторов, влияющих на характер работы арбитражного управляющего. Необоснованно низкий размер вознаграждения управляющего не только не будет способствовать должному выполнению возложенных на него функций, но и может привести к злоупотреблениям. Основная причина подобного произвола кредиторов, которые могут как в ту, так и в другую сторону изменять вознаграждения арбитражного управляющего, видится в том, что Закон не содержит критериев для определения размера вознаграждения управляющего»²⁶². По поводу этой проблемы мы уже имели возможность высказать свое мнение.

Возвращаясь к более общей проблеме определения пределов вмешательства суда в деятельность участников процедуры внешнего управления, следует отметить, что, по нашему мнению, суд имеет право вмешиваться, например, в тех случаях, когда в законе отсутствует достаточно четкое правило, что позволяет внешнему управляющему или кредиторам злоупотреблять принадлежащими им правами. Так, к примеру, ст. 101 Закона о банкротстве регулирует совершение арбитражным управляющим крупных сделок. В частности, к таковым относятся сделки или несколько взаимосвязанных сделок, направленных на приобретение, отчуждение или возможность отчуждения прямо или косвенно имущества должника, балансовая стоимость которого составляет более чем десять процентов балансовой стоимости активов должника на последнюю отчетную дату, предшествующую дате заключения такой сделки (п. 2 ст. 101 Закона о банкротстве). Таким образом, внешний управляющий обязан получить согласие кредиторов не только на одну, но и на несколько взаимосвязанных между собой сделок. Введение Законом понятия «несколько взаимосвязанных между собой сделок», безусловно, следует приветствовать, т. к. оно представляет собой обеспечительную меру интересов кредиторов, направленную на сохранение имущества должника²⁶³. Очевидно, что ограничение, установленное в Законе в виде определенной суммы или процента к стоимости активов должника, может быть обойдено путем дробления сделки на несколько мелких. Понятие «взаимосвязанных сделок» призвано ограничить подобные злоупотребления.

²⁶² Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 50.

²⁶³ См.: Шамшурин, Л. Л. Наблюдение как процедура банкротства / Л. Л. Шамшурин // Арбитражная практика. – 2004. – № 9. – С. 6.

бляет конфликты подобного рода²⁵⁵. Е. Ю. Пустовалова предлагает собранию кредиторов (комитету кредиторов) утверждать смету расходов арбитражного управляющего на проведение процедур банкротства²⁵⁶.

С этим согласен и В. А. Химичев: «Позиция о праве кредиторов определять размер расходов на проведение конкурсного процесса является верной, так как волеизъявление кредиторов, основанное на их общем интересе в наиболее полном удовлетворении требований, должно являться надежной гарантией обеспечения прав кредиторов»²⁵⁷.

Однако в таком случае он задается вопросом: «Должен ли суд иметь дискреционные полномочия по контролю за разумностью определенных кредиторами расходов на проведение процедур банкротства? Видимо, да, если принять во внимание, что несостоятельность затрагивает общественный интерес, а потому не может быть предоставлена свободному усмотрению кредиторов»²⁵⁸. Но в то же время свобода судейского усмотрения не может быть безгранична. Поэтому, на наш взгляд, к современным конкурсным отношениям никак не применимо высказывание Г. Ф. Шершеневича о том, что закон «не ограничивает ничем свободу усмотрения суда, для которого мнение конкурсного управления и общего собрания не имеет никакой обязательной силы»²⁵⁹.

Более осторожную позицию занимает Г. Лайтман, который, рассматривая вопросы компетенции суда в деле о банкротстве, и в частности относительно размера вознаграждения арбитражного управляющего, отмечает, что «судья может посчитать, что право решения принадлежит кредиторам и его вмешательство необходимо, только если решение кредиторов явно неразумно или оспоримо»²⁶⁰.

Сходного мнения придерживаются и сами суды. Например, «позиция Президиума ВАС РФ состоит в том, что при определении размера произведенных расходов на выплату специалистам, привлеченным управляющим, суд вправе оценить необходимость и обоснованность понесенных расходов и их размер»²⁶¹.

Вообще проблема, которую мы затронули, – определение размера вознаграждения внешнего управляющего, на практике является достаточно актуальной. В. А. Химичев отмечает, что «в последнее время складыва-

Шесть правовых инструментов, обеспечивающих наращивание (экономии) денежной выручки юридического лица, расположены выше главной диагонали таблицы. Чем ближе тот или иной инструмент к диагонали, тем он более выгоден и вероятен к осуществлению для потенциального должника, скорее приводит к восстановлению платежеспособности»²⁴⁴.

Как отмечают сами авторы, эта модель была апробирована на практике при восстановлении платежеспособности одного из коммерческих юридических лиц.

В итоге авторы делают вывод, что «правовая модель оптимизации требований, задолженностей и денежной выручки коммерческой организации (с учетом нормативных ограничений) может быть применена также и для восстановления платежеспособности хозяйствующего субъекта, проходящего процедуры банкротства»²⁴⁵. Представляется, что такой вывод применим в первую очередь к внешнему управлению.

В процессе рассмотрения вопроса об утверждении плана внешнего управления на практике, как отмечает М. В. Телюкина, иногда возникает проблема, связанная с тем, что Закон не дает ответа на вопрос «о порядке действий в случае невозможности принятия решения, связанного с отклонением плана»²⁴⁶. Она рассматривает ситуацию, когда на собрании не представлено количество голосов, необходимое для принятия решения. В таком случае собрание будет созвано повторно для решения этого же вопроса. «Что делать, если в рамках подготовки этого собрания управляющий представит новый либо существенно подкорректированный план внешнего управления? Законно ли это? Поскольку Закон специально такую ситуацию не урегулировал, на основании общих положений мы приходим к выводу о том, что препятствий к таким действиям управляющего нет. Следовательно, повторное собрание обязано будет рассмотреть новый план внешнего управления по существу и принимать решение именно по нему»²⁴⁷. При этом следует учесть, что на повторном собрании решение может быть принято кредиторами, обладающими всего 30 процентами голосов (п. 3 ст. 15 Закона о банкротстве).

По мнению М. В. Телюкиной, «ответ на поставленный вопрос должен быть именно таким, поскольку первое собрание в рассмотренной ситуации не принимает никакого решения. Однако возможен и противоположный взгляд на данную проблему. Можно обосновать точку зрения, в соответствии с которой повторное собрание должно рассматривать

²⁵⁵ См.: Дедиков, С. Указ. соч. / С. Дедиков. – С. 24.

²⁵⁶ См.: Пустовалова, Е. Ю. Указ. соч. / Е. Ю. Пустовалова. – С. 27.

²⁵⁷ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 49.

²⁵⁸ См.: Шершеневич, Г. Ф. Конкурсный процесс / Г. Ф. Шершеневич. – С. 62.

²⁵⁹ Химичев, В. А. Указ. соч. / В. А. Химичев. – 2005. – С. 49–50.

²⁶⁰ Лайтман, Г. Указ. соч. / Г. Лайтман. – С. 30.

²⁶¹ См.: п. 12 информационного письма Президиума ВАС РФ № 43 от 6 августа 1999 г.

²⁴⁴ Зинченко, С. А. Указ. соч. / С. А. Зинченко, А. И. Гончаров. – С. 13–14.

²⁴⁵ Там же. С. 22.

²⁴⁶ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 271.

²⁴⁷ Там же. С. 271.

именно первый план внешнего управления, несмотря на поправки, внесенные в него управляющим (одним из аргументов в пользу этой позиции может служить то, что в этом случае кредиторы могут не успеть за две недели до проведения собрания ознакомиться с новым планом, хотя следует отметить, что внешнему управляющему, организующему собрание, несложно предоставить им такую возможность)»²⁴⁸.

Представляется, что повторное собрание вправе рассмотреть новый план внешнего управления по существу, при условии надлежащего уведомления кредиторов и ознакомления их с новым планом не менее чем за 14 дней до даты проведения собрания.

В том случае, если кредиторы утверждают план внешнего управления, он направляется в арбитражный суд, при этом в п. 1 ст. 107 Закона о банкротстве указано, что утверждение плана внешнего управления относится к исключительной компетенции собрания кредиторов. Поэтому «направление утвержденного плана в суд носит технический характер; поскольку это специально не предусмотрено, суд не имеет права вмешиваться в порядок выражения кредиторами своей воли на осуществление мероприятий плана»²⁴⁹. Правда, в таком случае, как отмечает М. В. Телюкина, «может возникнуть проблема, связанная с ответом на вопрос: что делать суду при наличии в плане внешнего управления положений, нарушающих законодательство?»²⁵⁰ По ее мнению, «в этом случае суд может обратить внимание на эти нарушения и впоследствии поставить вопрос об отстранении управляющего по причине недобросовестного исполнения им своих обязанностей (поскольку управляющий обязан составить план, соответствующий законодательству)»²⁵¹. С этой точкой зрения трудно согласиться. Представляется, что в этом случае происходит явный перекося в сторону частных интересов и суду безосновательно отводится роль пассивного наблюдателя за тем, как нарушаются положения закона. При этом, если внешний управляющий идет на нарушения умышленно, то велика вероятность того, что угроза будущего, да еще и «возможного» отстранения его не остановит, а если не умышленно, тогда эта мера вообще лишается логики, так как и проще и эффективнее суду предупредить нарушение, чем впоследствии, когда оно уже совершено (при невольном попустительстве суда), наказывать за него. Представляется, что суд не может сам определять, какие меры следует принимать для оздоровления предприятия, однако он безусловно вправе пресекать (в данном случае не допускать) возможные при этом наруше-

ния закона. Это, собственно, и есть основная его задача при проведении процедур банкротства. Этому мнению вполне созвучна точка зрения Федоренко Н. В. и Пархоменко П. Н., высказанная, правда, в отношении конкурсного управляющего, однако она вполне справедлива и для внешнего управления. «Суд поставлен над конкурсным управлением в качестве контролирующего органа не для проверки целесообразности хозяйственных распоряжений конкурсного управляющего, а для проверки законности этих распоряжений»²⁵².

Более того, представляется, что суду могла бы быть отведена более активная роль на стадии утверждения плана внешнего управления, нежели простое пресечение нарушений (например, в виде права требовать исключения из плана положений, противоречащих закону). Думается, что было бы также целесообразным предоставить суду право давать рекомендации по устранению недостатков, например таких, которые, как отмечает Т. П. Прудникова, наиболее часто встречаются в планах внешнего управления. Например: неучет процентов в соответствии со ст. 95 Закона о банкротстве; отсутствие взаимосвязки данных по накоплению средств для погашения требований кредиторов с данными реестра требований кредиторов; существенное превышение сроками реализации мероприятий плана внешнего управления максимальных сроков внешнего управления и др.²⁵³

Контроль суда за деятельностью внешнего управляющего по выполнению мероприятий, предусмотренных планом, не только возможен, но и в некоторых случаях осуществляется на практике. Так, «на стадии внешнего управления часто возникают проблемы, связанные со значительными расходами на выполнение плана внешнего управления. Это обусловлено в первую очередь тем, что мероприятия, предусмотренные планом, во многих случаях носят вспомогательный, но не первостепенный характер. Именно поэтому арбитражный суд практикует истребование у арбитражного управляющего промежуточного отчета о его деятельности на стадии внешнего управления до истечения срока подачи внешним управляющим отчета о проделанной работе (не менее чем за сорок пять дней до истечения срока внешнего управления)»²⁵⁴.

С. Дедиков приходит к выводу, что действующее законодательство практически не предусматривает механизма прямого влияния кредиторов на объемы расходов арбитражного управляющего, что лишь усугу-

²⁴⁸ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 271.

²⁴⁹ Там же. С. 272.

²⁵⁰ Там же. С. 272.

²⁵¹ Телюкина, М. В. Указ. соч. / М. В. Телюкина. – 2002. – С. 272.

²⁵² Федоренко, Н. В. Указ. соч. / Н. В. Федоренко, П. Н. Пархоменко. – С. 174.

²⁵³ См.: Прудникова, Т. П. Указ. соч. / Т. П. Прудникова. – 2001. – С. 98.

²⁵⁴ Федоренко, Н. В. Указ. соч. / Н. В. Федоренко, П. Н. Пархоменко. – С. 173–174.