

РЕКОМЕНДАЦИИ.

«Об утверждении порядка размещения и расходования средств компенсационных фондов и обществ взаимного страхования саморегулируемых организаций арбитражных управляющих»

Контекст задачи.

Мероприятие 3.4: Рекомендации по созданию компенсационного фонда для СРО.

В соответствии с новым законом СРО должны иметь компенсационный фонд или имущество в обществе взаимного страхования (статья 21 закона о банкротстве). Государство определяет порядок размещения и расходования средств компенсационных фондов и обществ взаимного страхования.

Проект разработает рекомендации по созданию и управлению компенсационными фондами СРО на основании нового закона, опыта стран Западной Европы и требований к профессии АУ.

Встречи.

Для того чтобы понять проблему и практику, наработанную с 3 декабря 2002 года, в ходе моего первого пребывания в Москве я провел следующие встречи, в которых приняли участие:

- ФБК: Игорь Николаев – руководитель Департамента стратегического анализа; Иван Шульга – менеджер того же департамента.
- Российский Союз СРО АУ: Президент Виктор Голубев; Алексей Юхнин – заместитель директора Союза.
- Московская СРО: Александр Серговский, руководитель аппарата; Василий Демченко – член правления СРО.
- Министерство юстиции: Раиса Волкова, руководитель Департамента по контролю СРО, Алексей Юхнин.
- ФСФО: г.Файншмидт
- Страховая компания.

В течение всего моего пребывания мне оказывал помощь руководитель проекта Тасис Ксавье Баррэ.

Рабочая встреча.

Проектом Тасис была организована рабочая встреча на тему: «Страхование АУ и компенсационные фонды». Встреча была очень плодотворной и позволила обсудить первый проект рекомендаций.

Документы.

Рекомендации основаны на федеральном законе о банкротстве и трех проектах Постановлений:

- Первый – проект Постановления о компенсационных фондах и обществах взаимного страхования, подготовленного проектом Тасис;
- Второй - проект Постановления о компенсационных фондах, подготовленный МЭРТ;
- Третий – проект Постановления об обществах взаимного страхования, подготовленного МЭРТ.

Рекомендации.

В соответствии с законом Постановление должно определить:

- условия и порядок размещения средств
- порядок расходования средств в соответствии с целевым назначением
- рекомендации в отношении ликвидности активов
- состав и структуру фондов.

Предлагаемые рекомендации структурированы в соответствии со следующим планом:

- механизм страхования, предусмотренный законом о банкротстве;
- расходование средств компенсационных фондов и обществ взаимного страхования;
- инвестиции.

Каждая рекомендация основана на федеральном законе о банкротстве и трех проектах Постановлений.

Механизм страхования, предусмотренный законом о банкротстве.

Обоснование.

С одной стороны, мы должны договориться о том, что целью системы ответственности должна быть защита интересов участников процедуры банкротства, которым нанесен ущерб действиями АУ при выполнении им своих обязанностей.

С другой стороны, представляется, что каждый участник процедуры банкротства согласен на необходимость ответственности - как индивидуальной, так и коллективной. Наличие ответственности – это единственный способ сделать действенной профессию АУ и унифицировать их практику.

И, наконец, поскольку идеи создания компенсационного фонда и обществ взаимного страхования являются новыми, предлагается разработать соответствующие положения закона в постановлении. Поэтому постановление должно включить определение понятий, содержащихся в федеральном законе о банкротстве, как это было сделано в первом проекте Постановления, подготовленного Тасис. Имеются в виду такие понятия как: «компенсационный фонд», «общество взаимного страхования», «ресурсы», «инвестирование и возмещение». После проведения встреч в течение недели стало ясно, что российские специалисты не имеют единого мнения в отношении понятий, определенных в законе. Наличие точных определений поможет созданию единообразной практики. Разумеется, желательно определить разницу между понятиями компенсационный фонд и общество взаимного страхования. В западных странах это два абсолютно различных понятия. Нижеприведенная рекомендация предлагает определить их различие.

Что определено в законе и проекте постановлений и что следует подвергнуть критике

Мы не уверены, что при системе, предусматривающей наличие компенсационного фонда и общества взаимного страхования, лица, понесшие убытки, во всех случаях получат возмещение.

Федеральный закон о банкротстве предусмотрел два новых понятия :компенсационный фонд и общество взаимного страхования. Они были созданы с одной и той же целью, однако не было дано их определения, также как и не определены их задачи.

Нет критериев, которыми СРО могли бы руководствоваться, решая, чему отдать предпочтение - компенсационному фонду и обществу взаимного страхования.

Закон не содержит различия, касающегося источников ответственности. Например, не показана разница между страхуемой ответственностью в случае халатности и не страхуемой ответственностью за умышленные действия. Хотя можно попытаться определить ответственность исходя из ее источников. Разумеется, такое различие предусмотрено законом о страховании, но не законом о банкротстве.

На этом этапе нет связи между имуществом компенсационного фонда или имуществом общества взаимного страхования и ущербом, нанесенным действиями АУ. Предусмотренный механизм не сможет обеспечить компенсацию нанесенных убытков.

Точно также нет логики в требованиях, касающихся страхования профессиональной ответственности.

Рекомендации.

На рабочей встрече было сделано общее описание в виде схемы, приведенной в конце.

Предлагается рассмотреть рекомендации двух уровней. На первом уровне мы попытаемся определить систему, вытекающую из закона о банкротстве. На втором – необходимо будет изменить положения закона, касающиеся механизма ответственности.

Не изменяя закон:

Показать различие .

Предлагается показать различие между обеспечением, представляемым компенсационным фондом и обществом взаимного страхования, исходя из понятия халатности и умышленного действия, то есть преднамеренного неисполнения обязанностей. Это может вызвать проблему. Закон предусматривает личное страхование профессиональной ответственности АУ, а затем для СРО - ИЛИ компенсационный фонд ИЛИ общество взаимного страхования («наличие компенсационного фонда или имущества у общества взаимного страхования, которые формируются исключительно в денежной форме за счет взносов членов в размере не менее чем 50.000 рублей на каждого члена», статье 21, п.2.4).

Необходимо дать определение следующих понятий:

Компенсационный фонд – это некоммерческая организация (фонд), основанная СРО для финансового обеспечения ответственности по возмещению убытков, причиненных умышленными или преднамеренными действиями ее членов при исполнении обязанностей АУ.

Компенсационный фонд должен иметь отдельный банковский счет. На средства, находящиеся на этом счету, не может быть обращено взыскание.

Договор о страховании компенсационного фонда.

Взаимное страхование – это система, основанная на членстве АУ в СРО, предоставляющая финансовое обеспечение ответственности по возмещению убытков, причиненных умышленными действиями ее членов при исполнении обязанностей АУ. Каждый АУ несет ответственность за действия другого. СРО должна обеспечивать страхование профессиональной ответственности АУ в отношении обязательств по возмещению убытков, нанесенных халатными действиями ее членов.

Небрежные действия. На этом этапе мы должны предварительно определить, что такое халатные действия: не проявление разумной осторожности в поступках. Отклонение от того, что обычный разумный член СРО сделал бы в подобной ситуации.

Умышленные неправильные действия.

Общество взаимного страхования представляет собой дополнительную финансовую гарантию для лиц, которым был нанесен ущерб действиями АУ. Общество взаимного страхования начинает действовать после того, как к-л лицо представляет судебный акт, удостоверяющий разумность его требований в том случае, когда финансовых гарантий, имеющихся у АУ, не достаточно для возмещения нанесенного ущерба.

Общество взаимного страхования есть иная степень страхования профессиональной ответственности. Общество взаимного страхования основано на договоре, заключаемом СРО для защиты своих членов.

Цель обществ взаимного страхования – оказать дополнительную поддержку в случае недостаточности страхования.

Постановление должно представить задачи компенсационного фонда и общества взаимного страхования.

При наличии такого определения необходимо, чтобы в проекте Постановления детально регулировался порядок выплат средств компенсационных фондов и обществ взаимного страхования.

Создать единую систему обеспечения возмещения ущерба, нанесенного умышленными действиями: систему взаимного страхования. Компенсационный фонд будет компенсировать то, что не покрыто договором (например, договором «о дополнительном страховании»).

СРО должна иметь свой договор со своими членами.

Создать систему дополнительного обеспечения.

Разработать правила, связанные с нанесенным ущербом и сроками членства АУ в СРО.

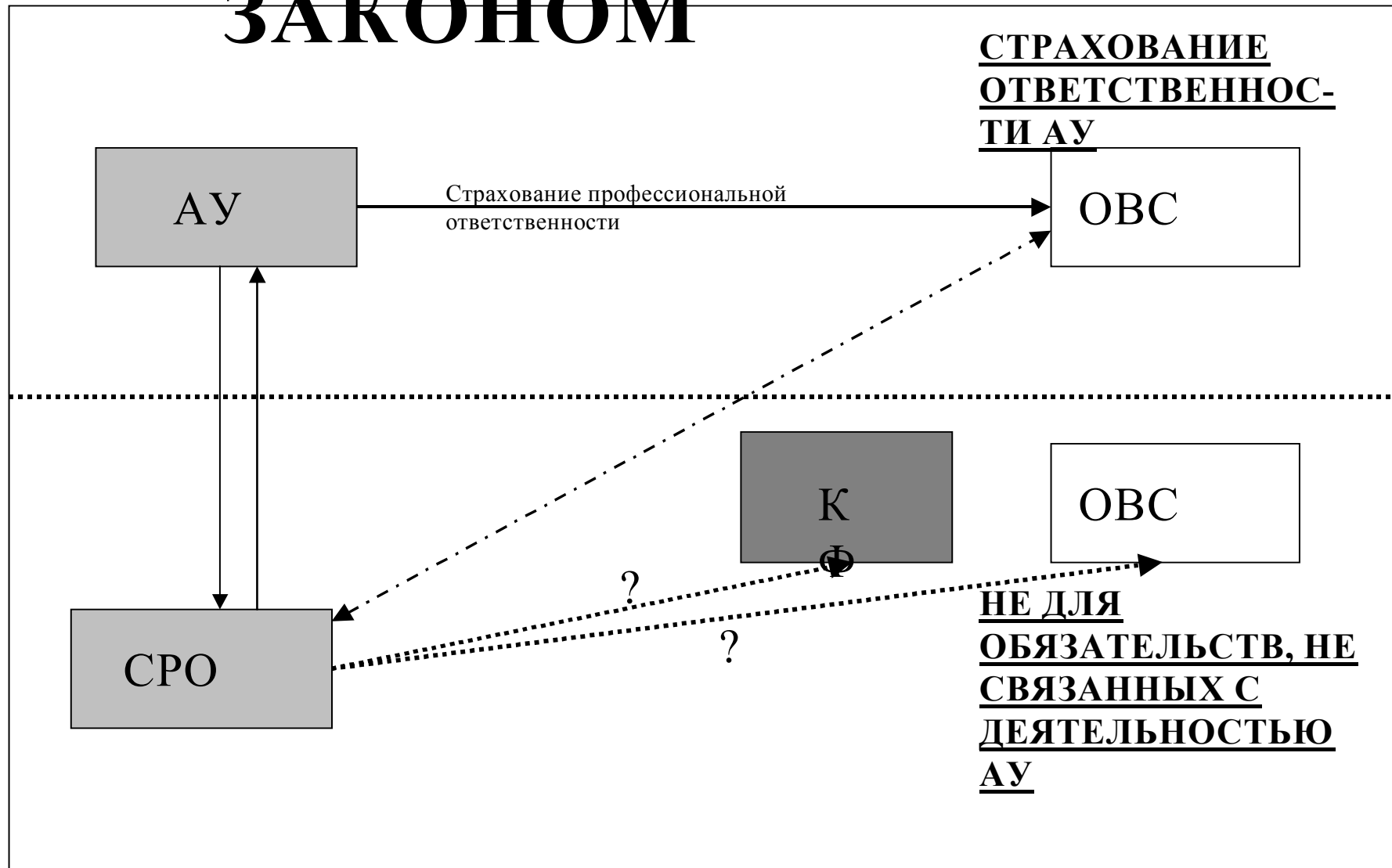
Разумеется, источник ответственности определен законом.

Необходимо быть уверенным, что можно привлечь к ответственности АУ за халатные действия. Этого можно добиться, если в процессе будет участвовать СРО. Причем, в этом случае СРО будет представлять интересы и АУ и свои собственные.

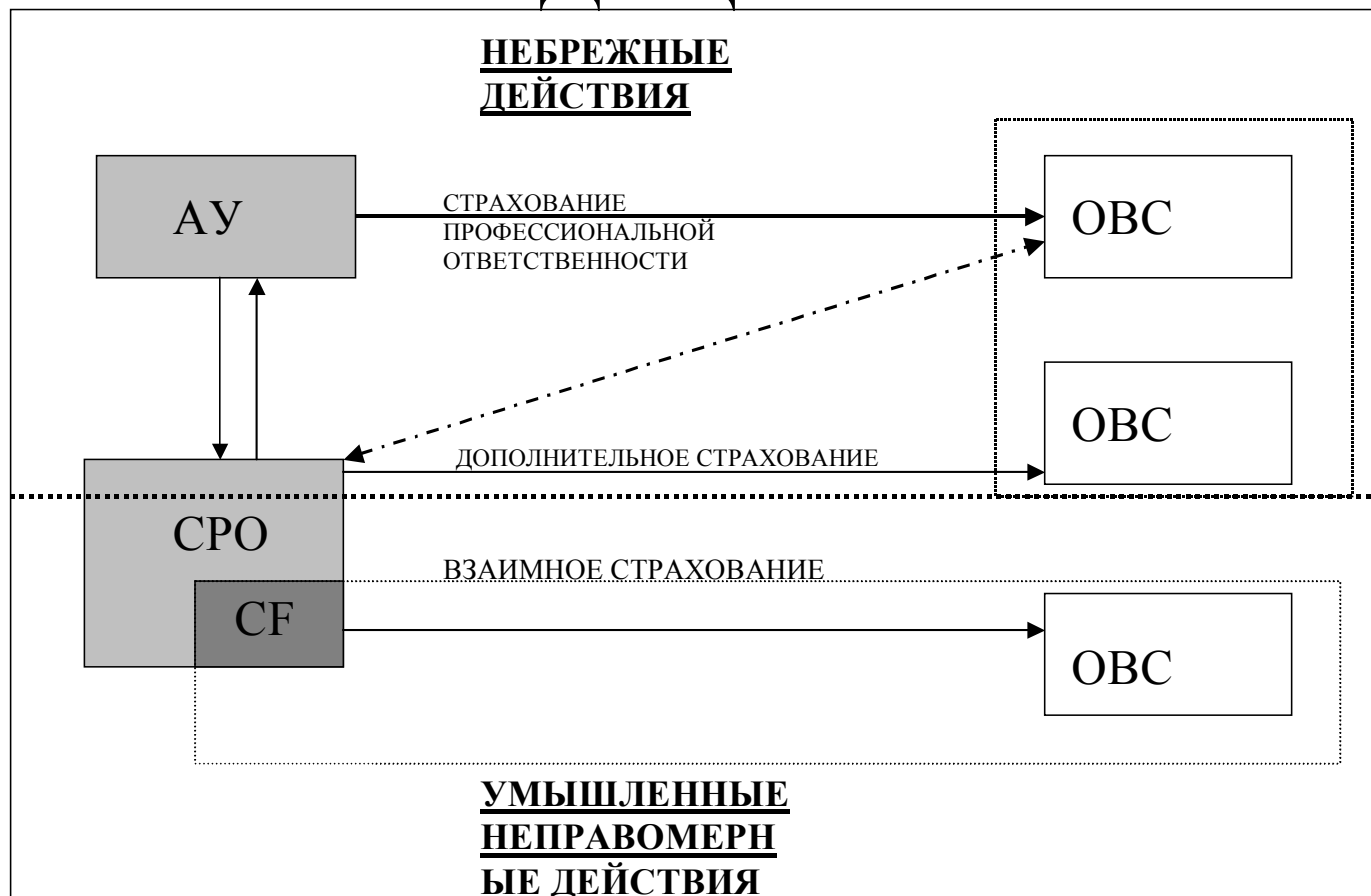
Изменив закон:

Изменить статьи 20 и 21, введя различие между халатными и умышленными действиями. Для этого необходимо включить в закон или в постановление соответствующие определения.

ЧТО ПРЕДУСМОТРЕНО ЗАКОНОМ



РЕКОМЕНДАЦИИ



Средства компенсационных фондов и обществ взаимного страхования.

В течение моего пребывания я не смог выявить связь между минимальным размером компенсационного фонда и ущербом. В случае страхования профессиональной ответственности через компенсационный фонд или общество взаимного страхования нет взаимосвязи между предлагаемым размером страхования и вероятным уровнем потерь, которые могут понести стороны в случае, если они решат возбудить судебное дело в отношении АУ. Этот комментарий следует расширить, поскольку нет логики в требованиях, касающихся страхования профессиональной ответственности АУ (статья 20, п.п. 6-8).

По моему мнению, средства компенсационного фонда будут состоять из регулярных и разовых (как исключение) взносов учредителей (членов, участников), целевых взносов, прибыли и других поступлений, не запрещенных законом.

Понятие регулярного и разового взносов является фундаментальным для компенсационного фонда.

Минимальный размер компенсационного фонда не может быть меньше 5 млн рублей. Он формируется в соответствии с процедурой, предусмотренной законом о банкротстве. Я не знаю, насколько разумна цифра в 5 млн.

Представляется, что на этом этапе слишком рано проводить связь между этой цифрой и делами о банкротстве.

Как говорится в одном из проектов Постановлений, деятельность компенсационного фонда будет финансироваться исключительно из прибыли, получаемой от размещения средств этого фонда, либо в соответствии с процедурой, предусмотренной Уставом СРО.

Средства общества взаимного страхования будут определяться каждой СРО. Естественно, необходимо описать, что собой представляет общество взаимного страхования. Средства общества взаимного страхования будут определяться договором с каждой СРО и зависеть от деятельности АУ.

Рекомендации.

Не определять в законе минимальный размер страхования профессиональной ответственности.

Не определять в законе размер взноса членов СРО, потому что за исключением взносов первого года, необходимых для создания компенсационного фонда, последующие будут представлять собой разовые взносы.

Предусмотреть, что в случае неуплаты АУ разовых взносов, связанных с исключительными обстоятельствами, этот АУ будет исключен из СРО.

Расходование средств компенсационных фондов и обществ взаимного страхования СРО АУ.

Представляется, что на данном этапе СРО могут решать по своему усмотрению, воспользуются ли они средствами фонда для возмещения убытков. Я не думаю, что СРО должны иметь такое право.

На средства компенсационных фондов и обществ взаимного страхования не может быть обращено взыскание по обязательствам СРО и по обязательствам АУ, если возникновение таких обязательств не связано с осуществлением предусмотренной настоящим Федеральным законом деятельности.

Разумеется, средства компенсационного фонда могут расходоваться только на возмещение ущерба, нанесенного действиями АУ, являющегося членом СРО, создавшей этот фонд или АУ, являющегося членом общества взаимного страхования.

Расходование средств компенсационных фондов и обществ взаимного страхования СРО АУ в целях компенсации ущерба, нанесенного лицам, участвующим в процедуре банкротства их членами, будет возможно только на основании судебного решения, предписывающего возмещение ущерба за счет собственности АУ.

При принятии подобного решения судом (только в случае халатных действий, умышленных действий, мошенничества) СРО может принять решение о компенсации нанесенного ущерба. СРО может принять решение не возмещать ущерб только, если:

- АУ сам возместил нанесенный им ущерб
- На дату нанесения ущерба АУ не является членом СРО.

Средства общества взаимного страхования (на мой взгляд, средства страхования СРО) могут расходоваться только на возмещение ущерба, нанесенного его членами в результате халатного исполнения ими своих обязанностей, и будут выплачиваться, если:

- размера страховой суммы, предусмотренной договором страхования ответственности АУ, недостаточно для полного возмещения нанесенных им убытков;
- договор о страховании ответственности АУ не предусматривает никакого финансового обеспечения ущерба, нанесенного АУ в ходе выполнения им своих обязанностей. Естественно это невозможно, поскольку закон предусматривает, что страхование ответственности есть форма обеспечения ответственности АУ (статья 20, п.8).

В обоих случаях АУ должен будет сообщить своей СРО о судебном разбирательстве вопроса его ответственности. В течение короткого времени (мы должны определить этот срок) после вынесения судом решения о компенсации

ущерба компенсационный фонд или общество взаимного страхования должны осуществить компенсацию.

Я не понимаю, почему в проекте Постановления необходимо уточнять, что в Уставе СРО должно содержаться положение о том, что члены СРО на общем собрании будут утверждать вопрос о расходовании средств на возмещение ущерба.

Разумеется, в требовании о возмещении ущерба будет указано, связаны ли финансовые потери клиента с халатными или преднамеренными действиями.

Как было определено, после компенсации ущерба, нанесенного действиями АУ, компенсационный фонд или общество взаимного страхования получают право подать встречный иск против этого АУ в соответствии с процедурой, установленной Гражданским Кодексом РФ.

Что предусмотрено законом и постановлениями

В проекте Постановления нет необходимости уточнять, что в Уставе СРО должно содержаться положение о том, что члены СРО на общем собрании будут утверждать вопрос о расходовании средств на возмещение ущерба. Точно также нет необходимости определять формальные аспекты жалоб.

Рекомендации.

АУ обязан уведомить свою СРО в случае, если против него возбуждено дело о привлечении его к ответственности за нанесенный им ущерб.

СРО должна принимать участие в рассмотрении этого дела.

Инвестирование.

Понятие инвестиционной декларации, содержащееся в проекте Постановления, - это хорошая идея в отношении контроля взносов целевого назначения в компенсационный фонд. Проект Постановления предусматривает, что компенсационный фонд обязан иметь инвестиционную декларацию, содержащую информацию о целях инвестиционной политики управляющей компании, возможных объектах инвестирования, составе и описании объектов инвестирования, структуре инвестируемых средств, а также описание возможного риска, связанного с соответствующими инвестициями.

Как мы пытаемся определить, в обществе взаимного страхования денег нет, поскольку все средства, получаемые от взносов, инвестируются в договор о страховании профессиональной ответственности. Это действительно важно, и это единственный путь, ведущий к ответственности каждого АУ.

Желательно, чтобы ресурсы фонда были размещены в группы активов в соответствии с их надежностью. Понятие ликвидности не нужно, поскольку СРО будет проинформирована о судебном разбирательстве. Поэтому у СРО будет время найти ликвидные средства, соизмеримые с размером потенциальных

убытков. Разумеется, существует связь между ликвидностью и той датой, когда фонд должен будет выплатить компенсацию лицу, которому нанесен ущерб.

В то же время необходимо быть уверенным, что каждый год инвестирование будет продолжаться. Разумеется, Постановление могло бы определить, куда можно инвестировать деньги и наоборот. Желательно, чтобы средства фонда размещались в активы, стоимость которых на последнюю отчетную дату будет не ниже стоимости в предыдущий отчетный период, при условии, что эти активы зарегистрированы организаторами торгов на рынке ценных бумаг.

Порядок и условия размещения средств фонда, включая структуру активов, в которые размещены средства фонда, ежегодно определяются коллегиальным органом правления СПО с учетом Условий и Порядка размещения средств компенсационных фондов и Рекомендаций о ликвидности включаемых в фонды активов, их составе и структуре. Каждый год Российское Правительство будет разрабатывать такие рекомендации.

Что предусмотрено законом и постановлениями:

Проект Постановления предусматривает, что компенсационный фонд обязан иметь инвестиционную декларацию, содержащую информацию о целях инвестиционной политики управляющей компании, возможных объектах инвестирования, составе и описании объектов инвестирования, структуре инвестируемых средств, а также описание возможного риска, связанного с соответствующими инвестициями.

Желательно, чтобы ресурсы фонда были размещены в группы активов в соответствии с их надежностью.

Рекомендации.

Должен существовать отдельный банковский счет, на который кредиторы не могут обратиться взыскание.

Все средства, получаемые от взносов, инвестируются в договор о страховании профессиональной ответственности.

ФРАНЦУЗСКАЯ СИСТЕМА.

Представление.

Во Франции специалисты в области процедуры банкротства, называемые ранее "Официальные доверительные собственники", были разделены на две группы на основании Постановления от 1 января 1986 года по применению закона от 25 января 1985 года, посвященному предприятиям, испытывающим трудности. Теперь эти специалисты выполняют обязанности:

- **Судебного администратора (СА)**, помогающего или заменяющего руководителя компании, испытывающей трудности в целях представления суду (кредиторам) плана восстановления компании. СА управляет имуществом сам или совместно с управляющим. План восстановления реализуется должником (если это план о

продолжении деятельности компании) или третьей стороной (если это план продажи компании).

•Судебного представителя при ликвидации компании (СПЛК).

В ходе судебного восстановления СПЛК назначается представителем кредиторов. Он проверяет состояние долгов путем назначения аудита по проверке достоверности требований, и может попросить суд признать только те требования, в которых он не сомневается.

В ходе судебной ликвидации СПЛК назначается ликвидатором. В этом случае он занимается полной ликвидацией компании и необходимыми увольнениями.

Кроме того, он может быть назначен

•Комиссаром по выполнению плана, в задачи которого входит проверка всего хода реализации плана в соответствии с намеченным.

Определение и предмет деятельности. Специалист назначается Торговым судом (даже региональным судом высшей инстанции) для управления или ликвидации несостоятельной компании.

Регулирование. Закон №85-99 от 25 января 1985 года основанный на статьях 811-1 – 814-5 Торгового Кодекса и Постановление от 27 декабря 1985 года.

Образование. Лица, получившие высшее юридическое, экономическое или бухгалтерское образование, должны затем отработать не менее трех лет в качестве помощников СА или СПЛК. После этого они сдают профессиональный экзамен и по его результатам специальная комиссия заносит их в национальный список .

Статистика.

- ✍ 449 специалистов (из которых 325 СПЛК и 124 СА) имеют 3.700 сотрудников.
- ✍ В размере 53 биллиона франков помещены в Депозитную Кассу.
- ✍ Ежегодный оборот оставляет 2.2 биллиона франков, то есть 586.000 на сотрудника.
- ✍ Количество человек/дней, необходимое для обработки дела – 11-15 дней.

Разное.

- ✍ В год вышеуказанные специалисты назначаются судами на ведение примерно 50.000 дел о банкротстве.
- ✍ Они действуют под эгидой двух профессиональных органов:
- ✍ Национального Совета СА и СПЛК, являющегося надзорным органом в отношении обеих профессий;
- ✍ Гарантийного Фонда, управляющего вопросами гражданской ответственности и не представления фондов представителями обеих профессий, которые несут совместную ответственность.

Гарантийный Фонд.

Обе утвержденные профессии подчиняются одному регламенту в отношении Гарантийного Фонда.

Страхование профессиональной ответственности.

Все специалисты по банкротству должны иметь договор страхования профессиональной ответственности. Гарантийный Фонд составляет список страховщиков, политика которых соответствует его требованиям. Обращение к страховщикам из этого списка является обязательным, но Гарантийный Фонд не делает конкретных рекомендаций.

Непредставление фондов.

Здесь имеются в виду умышленные действия, совершенные специалистом по банкротству, то есть кража или мошенничество, не покрываемые страхованием халатных действий. В течение многих лет такое страхование было возможно. Специалист должен иметь договор страхования на сумму, равную стоимости имущества компании-банкрота.

СИСТЕМА ВЕЛИКОБРИТАНИИ.

Страхование профессиональной ответственности.

Все специалисты по банкротству должны застраховать свою профессиональную ответственность. Все 7 признанных профессиональных организаций (подобных российским СРО) имеют свои собственные регулирующие документы, тем не менее, очень похожие между собой. Обычно специалист обязан иметь адекватное страхование, покрывающее сумму в 250.000 фунтов стерлингов или в два раза превышающую его валовой годовой доход.¹ Он может не иметь “Дополнительную страховку” на сумму более 20.000 фунтов стерлингов в коммерческом партнерстве, членом которого он является. Институт Зарегистрированных Бухгалтеров (самая крупная СРО) выпускает список страховщиков, которые обеспечивают соответствие этим требованиям. Обращение к страховщикам из этого списка является обязательным, но Институт не делает конкретных рекомендаций.

При выходе на пенсию специалист обязан быть застрахованным минимум еще на 6 лет (это срок исковой давности в Англии).

“Бонд” (называемый также “обеспечением” , а в Шотландии “залогом”).

Требование предоставить гарантии в отношении “принудительных ликвидаций” (ликвидаций по решению суда) существовало достаточно долгое время. В соответствии с английской системой суд первой инстанции, объявляя компанию банкротом, назначает ликвидатором государственного служащего, называемого “Официальный распорядитель конкурсной массой”. Если у должника имеется имущество, то кредиторы назначают представителя частного сектора в качестве

¹ Это требование представляется несколько странным. Обычно аудиторы и консультанты несут ответственность в размере их заработка. Однако для практикующих специалистов по банкротству это невозможно. На практике они страхуются на более высокую сумму..

ликвидатора. Бонд необходим в том случае, когда имуществом распоряжается "Официальный распорядитель конкурсной массой". Бонд покрывает умышленные действия, совершенные распорядителем, то есть кражу или мошенничество, не покрываемые страховкой халатных действий.

В течение многих лет было возможно иметь такую страховку.

После реформы законодательства в 1986 году требование предоставлять обеспечение было распространено на все дела о банкротстве. Для того чтобы быть назначенным на ведение дела специалист должен иметь так называемый "бонд". Это ежегодно обновляемая страховка, покрывающая сумму в 250.000 фунтов стерлингов (375.000 евро).

В дополнение специалист по ведению процедуры банкротства должен иметь страховку, равную стоимости (рыночной, а не бухгалтерской) имущества в каждом деле о банкротстве. Ему не разрешается вычитать эту сумму из его бонда. Он должен регулярно пересматривать размер страховки и соизмерять его со стоимостью имущества в случае ее повышения (или с реальной стоимостью в случае продажи). (Я не помню, возможно ли последнее, но никто не беспокоится). Еще раз повторю, что гарантии предоставляются страховкой.

Механизм получения финансового обеспечения следующий: специалист составляет список всех дел, которые он ведет (в Великобритании ведут сразу несколько дел, иногда несколько дел в месяц), всех дел, где следует изменить финансовое обеспечение, а также всех дел, которые он уже не ведет. Он посылает этот документ в свою страховую компанию и копию в свою СРО. Я не знаю, что делает СРО с этими документами кроме предоставления их в Объединенное Управление по Мониторингу Несостоятельности, которое инспектирует специалистов по ведению процедуры банкротства.

Партнеры более крупных фирм получают страховку от компании Farringdon Insurance, учрежденной представителями профессии совместно с компанией Willis Insurance Brokers (см. www.goldmanins.com/serviceofferings/insolvency.html). Прибыль используется для кредиторов и самой профессии.