



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
2 July 2003*

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)

Четвертая сессия

Вена, 8–12 сентября 2003 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
IX. Несостоятельность	1–59	2
A. Общие замечания	1–51	2
1. Введение	1–4	2
2. Обеспечительные права в производстве по делу о несостоятельности	5–51	3
a. Включение обремененных активов в имущественную массу	7–19	4
b. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав	20–27	7
c. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	28–29	9
d. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок	30–32	10
e. Относительный приоритет обеспечительных прав	33–35	10
f. Финансирование после открытия производства	36–41	11
g. Реорганизационная процедура	42–47	13
h. Ускоренная реорганизационная процедура	48–51	15
B. Резюме и рекомендации	52–59	16

* Настоящий документ представляется на два дня позднее, чем это требуется в соответствии с правилом представления документации за десять недель до начала совещания, что было вызвано необходимостью дождаться окончания консультаций.



IX. Несостоятельность

A. Общие замечания

1. Введение

1. В принципе при производстве по делу о несостоятельности следует признавать действенность и приоритет обеспечительного права и сохранять его экономическую стоимость. В то же время законодательство о несостоятельности может допускать изменение прав обеспеченных кредиторов ради достижения важных социальных и экономических задач (например, защита интересов необеспеченных кредиторов и работников). Если законодательство о несостоятельности допускает это, то кредиторы, обеспечительные права которых могут быть изменены, могут оценить этот риск и учитывать его при вынесении решения о предоставлении кредита и определении его условий. Поэтому государство, которое желает стимулировать развитие кредитных рынков с помощью введения современного режима обеспеченных сделок, увязанного с законодательством о несостоятельности, оказывается в выигрышном положении. В настоящей главе обсуждается связь между этими двумя режимами. Ее следует рассматривать совместно с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, в котором вопросы, поднятые в настоящем документе, берутся в более широком контексте законодательства о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.63 и добавления). Вопросы коллизии норм права, возникающие в связи с обеспечительными правами при производстве по делу о несостоятельности, рассматриваются в главе X.

2. Цели и задачи законодательства, регулирующего обеспеченные сделки, и законодательства о несостоятельности частично совпадают. И то, и другое касается взаимоотношений между должником и кредитором, и то, и другое побуждает должников соблюдать кредитную дисциплину. И в том, и в другом законодательстве преследуется цель признания обеспечительных прав и сохранения экономической стоимости этих прав. Действенное регулирование в одной области будет способствовать достижению позитивных результатов в другой. Например, законодательство об обеспеченных сделках может способствовать расширению наличия кредита и тем самым облегчать работу предприятий и препятствовать наступлению несостоятельности. Законодательство об обеспеченных сделках может также поощрять ответственное поведение кредиторов и должников, так как оно требует от кредиторов следить за способностью должников исполнять свои обязательства, тем самым препятствуя возникновению чрезмерной задолженности и последующей несостоятельности. Кроме того, законодательство об обеспеченных сделках, которое предусматривает публичную регистрацию обеспечительных прав, облегчит работу управляющего в деле о несостоятельности по оперативному выявлению потенциальных обеспеченных кредиторов (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.2, пункты ...).

3. Тем не менее в случаях, когда положения законодательства об обеспеченных сделках и законодательства о несостоятельности пересекаются, возникает напряженность, так как в них используются разные подходы к возвращению задолженности и исполнению других обязательств. Одна из

основных задач режима обеспеченных сделок состоит в обеспечении того, чтобы стоимость обремененных активов защищала обеспеченного кредитора в случае неисполнения обязательств по отношению к нему, тогда как режим несостоятельности применяется в обстоятельствах, когда обязательства перед всеми кредиторами не могут быть исполнены в полном объеме. Кроме того, в режиме обеспеченных сделок основное внимание уделяется эффективному обеспечению прав отдельных кредиторов, с тем чтобы максимально повысить вероятность исполнения взятых по отношению к ним обязательств или реализации экономической стоимости. С другой стороны, в режиме несостоятельности преследуется цель в максимально возможной степени возратить всем кредиторам причитающиеся им средства путем предотвращения острой конкуренции между кредиторами в связи с индивидуальной реализацией их прав в отношении их общего должника.

4. Законодатели, пересматривающие действующие законы или устанавливающие новый режим в области обеспеченных сделок, могут ослабить эту напряженность посредством согласования предлагаемого законодательства с действующим или предлагаемым режимом несостоятельности. Изменение прав обеспеченных кредиторов в рамках одного из этих режимов должно основываться на тщательно разработанной стратегии и должно быть ясно и последовательно сформулировано в законодательстве, поскольку реформирование одного режима может повлечь за собой непредвиденные издержки для субъектов другого режима в плане заключения сделок и исполнения.

2. Обеспечительные права в производстве по делу о несостоятельности

5. Современные режимы несостоятельности в целом предусматривают два вида процедур: ликвидацию и реорганизацию. В ходе ликвидационной процедуры представитель в деле о несостоятельности объединяет активы несостоятельного должника, продает или каким-либо иным образом реализует их и распределяет поступления между кредиторами этого должника. Активы могут ликвидироваться в индивидуальном порядке, все сразу, поэтапно или же в рамках деятельности предприятия как функционирующей хозяйственной единицы. В случае ликвидации индивидуальных активов поэтапно или в рамках деятельности в качестве хозяйственной единицы может потребоваться продолжение функционирования предприятия несостоятельного должника.

6. С другой стороны, при реорганизационной процедуре цель производства заключается в продолжении деятельности несостоятельного должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы, если это экономически возможно, с тем чтобы обеспечить для всех заинтересованных сторон большую отдачу от продолжения деятельности предприятия, чем дает размер его ликвидационной стоимости (см. пункты 42–47). Широко применяется также ускоренная реорганизационная процедура, которая позволяет обеспечить быстрое судебное или административное подтверждение в ходе формальной реорганизационной процедуры соглашения, достигнутого основными кредиторами или категориями кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности (например, реорганизация, касающаяся только таких отдельных категорий долга, как финансовая задолженность; см. пункты 48–51).

а. Включение обремененных активов в имущественную массу

7. Изначальный вопрос заключается в том, являются ли обремененные активы частью "имущественной массы", создаваемой после открытия производства по делу о несостоятельности против несостоятельного должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5, пункты 60–62 и 66, и рекомендацию 27). "Несостоятельным должником" может быть должник или третья сторона, предоставившая обеспечение [*Примечание для Рабочей группы: нужно будет скорректировать определение несостоятельного должника, содержащееся в документе A/CN.9/WG.VI/WP.6/Add.1, пункт 14.*] Когда должник и лицо, предоставившее обеспечение, являются двумя разными лицами, в случае несостоятельности лица, предоставившего обеспечение, активы входят в состав имущественной массы, а в случае несостоятельности должника могут быть затронуты активы третьей стороны, предоставившей обеспечение, которые находятся во владении должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.7, пункты 115–117, и рекомендации 46–47).

8. Включение обремененных активов в состав имущественной массы может иметь разные последствия. В правовых системах многих стран включение таких активов в имущественную массу ограничит способность обеспеченного кредитора реализовать свое обеспечительное право (см. пункт 20). Любые такие законодательные ограничения в отношении коммерческих соглашений будут приниматься во внимание кредиторами при решении вопроса о том, предоставлять ли кредит должнику и по какой стоимости. Законодательство о несостоятельности некоторых стран, требующее, чтобы все активы сразу становились объектом производства по делу о несостоятельности, разрешает отделять обремененные активы от имущественной массы в том случае, если есть доказательства, указывающие на причинение вреда или ущерба экономической стоимости обеспечительного права, или если установлено, что конкретные активы полностью обременены и не нужны для реорганизационной процедуры.

9. Чтобы можно было оценить, обеспечит ли продолжение производства максимальную отдачу для всех кредиторов, законодательство о несостоятельности может предусматривать установление контроля над обремененными активами в ходе производства по делу о несостоятельности. Вследствие этого обеспеченному кредитору может быть запрещено вступать во владение обремененными активами или, если они находятся в его владении, от него могут потребовать передать их во владение представителя в деле о несостоятельности. Такой подход может использоваться не только при реорганизационной, но и при ликвидационной процедуре, когда деятельность предприятия несостоятельного должника должна продолжаться в процессе поэтапной ликвидации активов или когда есть вероятность того, что предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Поскольку во время открытия производства по делу о несостоятельности нелегко узнать, желательно ли продолжать деятельность предприятия, режимы несостоятельности многих стран предусматривают включение обремененных активов в состав имущественной массы в течение по крайней мере ограниченного периода времени.

10. Имущественная масса в деле о несостоятельности обычно включает все активы, как материальные (движимое или недвижимое имущество), так и нематериальные, в которых несостоятельный должник имел какое-либо право

(право собственности или иное имущественное или договорное право) во время открытия производства по делу о несостоятельности. Что конкретно входит в имущественную массу, может зависеть от того, обременен ли данный актив или нет и распространяется ли на него действие какого-либо договора с третьей стороной с исполнением в будущем, например договор о купле–продаже или договор аренды. В любом случае актив или договорное право, которое несостоятельный должник имеет в отношении обремененных активов, будет входить в состав имущественной массы и чистая стоимость актива или договорного права будет такой же (т.е. стоимость актива за вычетом размера обеспеченного долга).

11. В тех правовых системах, в которых передача правового титула для целей обеспечения рассматривается как инструмент права собственности, даже в случае несостоятельности активы, переданные несостоятельным должником кредитору, не входят в состав имущественной массы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 31). В то же время уплаченная цена и любые связанные с этим права являются частью имущественной массы. В правовых системах, в которых такая передача правового титула рассматривается как инструмент обеспечения, такие активы входят в состав имущественной массы (см. A/CN.9/WG.VI/WP.9/Add.1, пункт 32).

12. Независимо от того, отождествляется ли удержание правового титула с обеспечительным правом, активы не всегда включаются в состав имущественной массы. Например, в той или иной правовой системе может преследоваться цель защиты поставщиков или других лиц, финансирующих покупную цену, от требований других кредиторов, когда активы и дела их общего должника ликвидируются в ходе производства по делу о несостоятельности. Даже в таких правовых системах действие этого исключения не распространяется на реорганизационную процедуру, поскольку в этом случае преследуется чрезвычайно важная цель обеспечения продолжения деятельности потенциально жизнеспособных предприятий.

13. Договор купли–продажи, содержащий положения об удержании правового титула, как правило, рассматривается как договор с исполнением в будущем. Представитель в деле о несостоятельности может принять решение оплатить остаток покупной цены и включить активы в состав имущественной массы или объявить договор расторгнутым и заявить, что часть цены была оплачена несостоятельным должником. Если представитель в деле о несостоятельности принимает решение не оплачивать цену, продавец может претендовать на данные активы как собственник или настаивать на оплате причитающейся части покупной цены.

14. Если стоимость обремененных активов превышает размер обеспеченного требования, все то, что остается после ликвидации и платежей по данному обеспеченному требованию, является частью имущественной массы. Если событие несостоятельности отсутствует, то обеспеченный кредитор должен будет отчитаться перед лицом, предоставившим обеспечение, за все дополнительные поступления. Если же эти активы реализуются в ходе процедур несостоятельности, то образовавшийся остаток распределяется среди других кредиторов.

15. В случае соглашений об удержании правового титула в разных правовых системах предусматриваются различные меры при образовании остатка. В одних правовых системах продавец имеет право удерживать любой остаток, образовавшийся после продажи актива и удовлетворения требования продавца, тогда как в других правовых системах продавец обязан передать любой остаток в состав имущественной массы. Это может зависеть от того, рассматриваются ли такие соглашения как обеспеченные сделки или как инструменты права собственности, а также от того, продолжает ли действовать соответствующий договор или он расторгается представителем по делу о несостоятельности (см. пункты 12–13).

16. Законодательство о несостоятельности может предусматривать время и порядок определения экономической стоимости обеспечительного права. Общий подход состоит в том, что стоимость определяется на момент формального открытия производства по делу о несостоятельности [*Примечание для Рабочей группы: Этот вопрос не рассматривается в Руководстве по законодательству о несостоятельности*]. Порядок определения стоимости обычно увязывается с процедурой признания действительности требований в отношении имущественной массы должника (описание различных возможных механизмов признания требований, включая обеспеченные требования, содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.13).

17. Соглашение об обеспечении, в котором не затрагиваются вопросы несостоятельности, может предусматривать, что обеспечительное право охватывает поступления от обремененных активов и активы, приобретенные впоследствии. С помощью законодательства о несостоятельности можно урегулировать вопрос о том, сохраняет ли обеспеченный кредитор право на эти поступления и активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности.

18. Поступления, полученные в результате распоряжения обремененными активами, по существу заменяют эти активы и в принципе обеспечивают экономическую стоимость обеспечительного права. Поступления в виде плодов и продуктов от обремененных активов не являются заменителями в буквальном смысле этого слова, а представляют собой естественные приращения, на которые, как ожидают все стороны, будет распространяться обеспечительное право. Однако если представитель в деле о несостоятельности несет расходы в связи с такими поступлениями, то возмещение таких расходов в конечном итоге должно осуществляться за счет обеспеченного кредитора, а не за счет имущественной массы.

19. Активы, которые приобретены в состав имущественной массы после открытия производства по делу о несостоятельности и в которых обеспеченный кредитор может иметь право за рамками несостоятельности, не заменяют обремененных активов или естественных приращений или продуктов от этих активов. В отсутствие нового финансирования со стороны обеспеченного кредитора довод в пользу признания права кредитора в этих новых активах представляется менее убедительным.

b. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав

20. Законодательством о несостоятельности во многих странах предусматривается введение запрета или моратория на действия кредиторов по исполнению их требований или на использование любых средств защиты или процессуальных действий против несостоятельного должника после открытия производства по делу о несостоятельности. Такой мораторий может вводиться либо автоматически, либо по усмотрению суда по его собственной инициативе или по ходатайству любой заинтересованной стороны. Правовые системы ряда стран распространяют действие такого моратория как на необеспеченных, так и на обеспеченных кредиторов. Мораторий на принудительную реализацию обеспечительных прав объясняется теми же причинами, что и включение обремененных активов в состав имущественной массы (см. пункт 8). В то же время ограничения в отношении способности обеспеченного кредитора реализовать свое обеспечительное право могут оказать неблагоприятное воздействие на стоимость и наличие кредитов. Законодательство о несостоятельности призвано уравновесить эти конкурирующие интересы (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, пункты 73, 75–78, 80–83, 84, 87, 91–92, 94 и 96–102, а также рекомендации 40–42).

21. Если процедуры несостоятельности начинаются лишь с того момента, когда суд принимает решение по ходатайству об открытии производства по делу о несостоятельности, суд может быть уполномочен выносить распоряжение о принятии защитных мер по сохранению имущественной массы в период между подачей ходатайства и решением суда по этому ходатайству. Суд может вынести распоряжение о принятии таких защитных мер по своему усмотрению, будь то по своей собственной инициативе или же по ходатайству заинтересованной стороны. В случае, когда такие временные меры предусматриваются, они могут включать запрет на вступление обеспеченного кредитора во владение обремененными активами или на иную принудительную реализацию его обеспечительного права. Поскольку эти меры носят временный характер и предписываются до принятия решения об открытии производства, суд может потребовать, чтобы кредиторы, настаивающие на таких мерах, представили доказательства необходимости принятия той или иной меры и в некоторых случаях предоставили ту или иную форму обеспечения в отношении расходов или убытков, которые могут быть понесены.

22. Необходимость вводить в течение длительного времени мораторий на принудительную реализацию обеспечительного права является менее настоятельной в случае ликвидационной процедуры, когда активами распоряжаются в индивидуальном порядке, а не как функционирующей хозяйственной единицей. Здесь могут использоваться различные подходы. Например, режим несостоятельности может предусматривать, что действие моратория не распространяется на обеспеченных кредиторов, но при этом поощрять переговоры между несостоятельным должником и кредиторами до открытия производства по делу о несостоятельности для достижения наиболее приемлемых результатов для всех сторон. Альтернативный подход может предусматривать, что в производстве по делу о несостоятельности срок действия моратория истекает через какой-то конкретный непродолжительный период времени (скажем, через 30 дней), если суд не продлит срока действия моратория

на основаниях, предусмотренных в законодательстве о несостоятельности. Эти основания могут включать наличие разумной возможности того, что предприятие будет продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, что такая продажа повысит стоимость предприятия и что обеспеченные кредиторы не понесут чрезмерного ущерба. Еще один подход заключается в том, чтобы оставить принятие решения об отмене моратория на усмотрение суда, осуществляющего надзор за производством по делу о несостоятельности, но при этом в законодательном порядке определить принципы реализации такого усмотрения.

23. Более веские основания для установления моратория возникают тогда, когда производство по делу о несостоятельности осуществляется на основе реорганизационной процедуры. Изъятие обремененных активов из предприятия в большинстве случаев сведет на нет попытку продолжить его работу или продать его в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Поэтому в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть распространение действия моратория на обеспеченных кредиторов в течение периода времени, необходимого для разработки, утверждения и осуществления плана реорганизации (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, пункт 91).

24. При установлении моратория на принудительные действия обеспеченного кредитора режим несостоятельности должен предусматривать гарантии сохранения экономической стоимости обеспечительных прав в обремененных активах. Такие гарантии могут включать судебные предписания в отношении выплаты наличных средств в виде процентов по обеспеченному требованию, выплат в порядке компенсации уменьшения стоимости обременительных активов и расширения обеспечительного права для охвата дополнительных или замещающих активов. Необходимость в таких гарантиях встает особенно остро, когда обремененные активы являются портящимися или высоколиквидными (например, наличные средства или эквиваленты наличных средств). Критерием для оценки таких гарантий может быть ситуация, в которой находился бы обеспеченный кредитор, если бы он в принудительном порядке реализовал свое обеспечительное право до начала производства по делу о несостоятельности.

25. Кроме того, законодательство о несостоятельности может также предусматривать освобождение обеспеченного кредитора от действия моратория путем наделения представителя в деле о несостоятельности правом передать обремененные активы обеспеченному кредитору. Основания для такой передачи могут включать случаи, когда обремененные активы не имеют ценности для имущественной массы и не являются значимыми для продажи или восстановления предприятия; когда сохранение стоимости обеспечительного права не представляется возможным или чрезмерно обременительно, а также когда представитель в деле о несостоятельности своевременно не продал или иным образом не реализовал обремененные активы. Законодательство о несостоятельности может также предусматривать, что после отмены моратория в отношении каких-либо конкретных обремененных активов обеспеченный кредитор может использовать – за свой счет и если он того пожелает – процедуры производства по делу о несостоятельности для продажи обремененных активов или какого-либо иного распоряжения ими.

26. Когда обремененные активы необходимы для производства по делу о несостоятельности, представитель в деле о несостоятельности может быть

уполномочен использовать их, обеспечивая при этом сохранение стоимости обеспечительного права. Кроме того, представитель в деле о несостоятельности может быть уполномочен реализовать обремененные активы свободными от какого-либо обеспечительного права, при условии, что он уведомляет об этом обеспеченного кредитора, что обеспеченному кредитору предоставляется возможность возражать против этого, что никто не освобождается от действия моратория и что приоритет в поступлениях от реализованных активов сохраняется за обеспеченным кредитором (см. A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.7, пункты 269, 278–280 и 292, а также рекомендации 44–45 и 51).

27. Если применимое законодательство, регулирующее обеспеченные сделки, дает право обеспеченному кредитору распоряжаться активами за рамками процедуры несостоятельности, то возникает вопрос, должен ли этот обеспеченный кредитор, а не управляющий в деле о несостоятельности контролировать распоряжение соответствующими обремененными активами в период несостоятельности. В законодательстве о несостоятельности можно было бы предусмотреть, что при ликвидационной процедуре суд может распорядиться передать обремененные активы обеспеченному кредитору, если стоимость обремененных активов недостаточна для удовлетворения требований по обеспеченному обязательству и есть веские основания полагать, что обеспеченный кредитор продаст их с большей легкостью и по более высокой цене [*Примечание для Рабочей группы: В более общем плане этот вопрос рассматривается в рекомендации 42, содержащейся в Руководстве по законодательству о несостоятельности*]. В любом случае законодательство о несостоятельности должно четко предусматривать, что любой остаток, образовавшийся после оплаты разумных расходов и удовлетворения обеспеченного требования, должен быть возвращен в состав имущественной массы.

с. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности

28. Если обремененные активы являются частью имущественной массы и если затрагиваются права обеспеченных кредиторов, таким кредиторам предоставляется право эффективно участвовать в производстве по делу о несостоятельности, в том числе в любых переговорах, направленных на достижение мировой сделки. Степень такого участия регулируется законодательством о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.VI/WP.63/Add.11, пункты 261–262, 269, 278–280 и 292, а также рекомендацию 110). Например, обеспеченные кредиторы могут входить в состав общих комитетов кредиторов и голосовать только по тем вопросам, которые касаются обремененных активов, или в состав отдельных комитетов для обеспеченных кредиторов.

29. Когда обеспеченные кредиторы полагаются на обремененные активы для оплаты всего объема или части своих требований, законодательство о несостоятельности может допускать их участие в производстве в той мере, в какой их требование не обеспечено. В случаях, когда обеспеченные кредиторы уступают свое обеспечительное право представителю в деле о несостоятельности, законодательство о несостоятельности может предоставлять им возможность участвовать в производстве в такой же мере, как и обычным необеспеченным кредиторам. Когда требование обеспеченного кредитора

изменяется в рамках плана реорганизации, обеспеченному кредитору может быть предоставлено право участвовать в процедурах реорганизации.

d. Действенность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок

30. В целом обеспечительное право, являющееся действительным по отношению к несостоятельному должнику и третьим сторонам за рамками производства по делу о несостоятельности, должно быть признано действительным в самом производстве по делу о несостоятельности. Однако действительность обеспечительного права в ходе производства по делу о несостоятельности обычно можно оспорить на тех же основаниях, на которых может быть оспорена любая другая сделка. Представителю в деле о несостоятельности или кредиторам может быть разрешено добиваться аннулирования ("расторжения") или признания недействительной иным образом любой сделки, которая может свести на нет, воспрепятствовать или задержать выполнение требований кредиторов ("мошеннической сделки"), или преференциальной или связанную с занижением стоимости сделки, совершенной несостоятельным должником в течение определенного периода времени до открытия производства по делу о несостоятельности (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.9, пункт 170 и рекомендацию 71).

31. Создание или передача обеспечительного права представляет собой передачу имущества при условии соблюдения этих общих положений, а если такая передача является мошеннической, преференциальной или связанной с занижением стоимости, то она может быть аннулирована или признана недействительной иным образом. Это означает, что обеспечительное право, которое является действительным согласно режиму обеспеченных сделок в какой-либо правовой системе, может быть признано недействительным при определенных обстоятельствах согласно режиму, регулиющему несостоятельность в этой же правовой системе. Поэтому необходимо, чтобы основания для такого аннулирования обеспечительного права были сформулированы четко и приводили к предсказуемым результатам.

32. В случае ликвидационных процедур выплата поступлений от обремененных активов не только допускается, но и требуется, если только требование о такой выплате не отменяется другими применимыми принципами.

e. Относительный приоритет обеспечительных прав

33. Режим обеспеченных сделок устанавливает приоритет требований в отношении обремененных активов. Определенность с точки зрения приоритетности является одним из определяющих факторов наличия и стоимости кредита. Поэтому важно, чтобы законодательство о несостоятельности обеспечивало соблюдение приоритетности обеспечительных прав, существовавшей до открытия производства по делу о несостоятельности ("приоритет до наступления несостоятельности"). Исключения из этого принципа должны быть ограниченными по своему количеству и стоимости, и положения, касающиеся наличия и размера этих исключений, должны быть ясными и приводить к предсказуемым результатам (см. A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.14, пункты 423–425 и рекомендацию 168). Например, такие исключения могут быть установлены не только в трудовом или налоговом

законодательстве, но и в законодательстве о несостоятельности и обеспеченных сделках.

34. Примером такого исключения из принципа соблюдения приоритета обеспечительных прав до наступления несостоятельности являются привилегированные требования (например, требования, касающиеся невыплаченной заработной платы, пособий работников или налогов). Хотя в правовых системах большинства стран этим требованиям предоставляется приоритет только над необеспеченными требованиями, некоторые правовые системы устанавливают для них более высокий приоритет, чем даже для обеспеченных требований. Еще одним примером такого исключения является выделение части имущественной массы, включая обремененные активы, в пользу некоторых категорий необеспеченных кредиторов, например работников или групп лиц, которым причинен ущерб в результате действий несостоятельного должника.

35. Общее правило состоит в том, что на стоимость обремененных активов не распространяется сбор на общие административные расходы, связанные с производством по делу о несостоятельности. Тем не менее представитель в деле о несостоятельности может нести расходы, связанные с сохранением обремененных активов, и оплачивать эти расходы из средств, входящих в состав имущественной массы. В силу того, что такие расходы позволяют сохранить экономическую стоимость обеспечительного права, отказ от предоставления приоритета таким административным расходам по сравнению с обеспеченным кредитором означал бы необоснованное обогащение обеспеченного кредитора за счет необеспеченных кредиторов. Однако, чтобы не допустить чрезмерных затрат такого рода, законодательство о несостоятельности может ограничивать такой приоритет разумной суммой предполагаемых расходов, которые идут непосредственно на сохранение или защиту обремененных активов.

f. Финансирование после открытия производства

36. Чтобы производство по делу о несостоятельности, предполагающее будь то ликвидацию или реорганизацию, давало всем кредиторам максимальную отдачу, представитель в деле о несостоятельности должен располагать достаточными средствами для покрытия расходов на такую ликвидацию или реорганизацию. В случае ликвидации расходы такого рода могут включать затраты, связанные с сохранением и защитой активов, входящих в состав имущественной массы, до их продажи или иного отчуждения. В случае реорганизации такие расходы могут включать выплату заработной платы и финансирование других эксплуатационных затрат, которые позволяют несостоятельному должнику продолжать деятельность своего предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы в ходе производства по делу о несостоятельности.

37. В некоторых случаях представитель в деле о несостоятельности может уже располагать достаточными ликвидными средствами для финансирования таких предполагаемых расходов в виде наличных средств или других активов, которые будут преобразованы в наличность (например, предполагаемые поступления от дебиторской задолженности). Однако такие активы могут быть уже обременены действительными обеспечительными правами, принадлежащими более ранним кредиторам несостоятельного должника (например, займодателю, который обладает обеспечительными правами в дебиторской задолженности

несостоятельного должника, возникающие в виде поступлений от продажи инвентарных запасов). Использование таких активов представителем в ходе процедур несостоятельности вполне может причинить ущерб экономической стоимости таких обеспечительных интересов или даже лишить их такой стоимости. Поэтому представителю в деле о несостоятельности можно разрешить использовать такие активы в ходе производства по делу о несостоятельности только в том случае, если обеспечена защита прав более ранних обеспеченных кредиторов на получение экономической стоимости их обеспечительных прав. В противном случае потенциальные обеспеченные кредиторы будут не склонны предоставлять кредиты (юридическому или физическому) лицу, зная, что если это лицо станет субъектом производства по делу о несостоятельности, то они могут потерять экономическую стоимость своих обеспечительных прав.

38. В других случаях существующие ликвидные активы и предполагаемые поступления наличных средств, входящие в состав имущественной массы, могут оказаться недостаточными для финансирования расходов, связанных с процедурами несостоятельности, и представитель в деле о несостоятельности может попытаться привлечь финансирование от третьих сторон. Такое финансирование может принимать форму кредита, предоставляемого поставщиками товаров и услуг для включения в имущественную массу, или ссуд и других форм кредитования, предоставляемых заимодавцами. Такими заимодавцами зачастую являются те же поставщики и заимодавцы, которые предоставляли кредит должнику до открытия производства по делу о несостоятельности. Как правило, такие поставщики кредита будут готовы предоставить кредит для включения в имущественную массу только в том случае, если они получают соответствующую гарантию (либо в виде привилегированного требования в отношении активов, входящих в имущественную массу, либо в виде обеспечительных прав в таких активах) того, что их кредит будет возвращен. И в данном случае эти активы могут быть уже обременены действительными обеспечительными правами, принадлежащими более ранним кредиторам несостоятельного должника, и по причине, упомянутой в предыдущем пункте, новым кредиторам, к которым обращаются с просьбой о предоставлении кредита для включения в имущественную массу, предоставляется право привилегированного требования или обеспечительные права в существующих или будущих активах несостоятельного должника только в той мере, в какой обеспечена защита экономической стоимости любых ранее существовавших обеспечительных прав.

39. Таким образом, при использовании любого из этих механизмов финансирования (которые в совокупности именуется "финансированием после открытия производства") крайне важно, чтобы экономическая стоимость обеспечительных прав более ранних обеспеченных кредиторов была защищена, с тем чтобы они не понесли чрезмерного ущерба. Если обремененные активы имеют стоимость, которая существенно превышает сумму обязательств в пользу ранее существовавших обеспеченных кредиторов, то на начальном этапе может и не потребоваться никакой специальной защиты этих более ранних обеспеченных кредиторов (при условии, что таким кредиторам будет предоставлено право просить о такой защите в случае изменения обстоятельств). Однако во многих случаях о таком превышении стоимости говорить не приходится, и ранее существовавшие обеспеченные кредиторы должны иметь

защиту для сохранения экономической стоимости их обеспечительных прав. Меры по защите стоимости могут включать периодические платежи или обеспечительные права в дополнительных активах взамен активов, которые использует представитель в деле о несостоятельности или которые обременяются в интересах нового заимодавца.

40. Когда более раннему обеспеченному кредитору предоставляется защита, важно, чтобы такой кредитор не получал больших прав, чем он был бы вправе получить, если бы не требовалось финансирование после открытия производства. Таким образом, предоставление дополнительных обеспечительных прав не должно приводить к улучшению его обеспеченного положения, существовавшего до наступления несостоятельности, в результате, например, обеспечения возникших до наступления несостоятельности обязательств, которые ранее не были обеспечены. Напротив, любые дополнительные обеспечительные права, предоставляемые более раннему обеспеченному кредитору, должны служить гарантией лишь того, что ему будет возмещена за счет имущественной массы сумма, на которую уменьшилась стоимость обремененных активов, в которых этот кредитор ранее имел обеспечительные права.

41. Законодательство о несостоятельности может содержать конкретные положения о финансировании после открытия производства с указанием обстоятельств, в которых такое финансирование может предоставляться, применимых в этом случае правил и последствий такого финансирования для прав всех сторон. Такое законодательство может предусматривать, что финансирование после открытия производства, которое затрагивает права более ранних обеспеченных кредиторов, может предоставляться только по постановлению суда, при условии, что соответствующее уведомление будет направлено всем затронутым сторонам и им будет предоставлено право быть заслушанными. Законодательство о несостоятельности, которое содержит четкие правила такого рода, дает возможность кредитору при предоставлении кредита состоятельному должнику иметь в виду возможность финансирования после открытия производства. Четкие законодательные положения на этот счет обеспечивают большую транспарентность и предсказуемость, чем режим, который лишь допускает достижение путем переговоров соглашений между новым кредитором и представителем в деле о несостоятельности (дополнительное обсуждение этого вопроса см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14, пункты 416–420 и рекомендации 162–165).

g. Реорганизационная процедура

42. Главная цель реорганизационной процедуры заключается в том, чтобы максимально повысить стоимость имущественной массы в деле о несостоятельности в интересах всех заинтересованных сторон посредством разработки плана спасения предприятия. Для достижения этой цели может потребоваться, чтобы обеспеченный кредитор участвовал в реорганизационной процедуре, особенно в том случае, если обремененные активы должны использоваться для реорганизации предприятия несостоятельного должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, пункты 321, 325, 327, 329–334, 349 и 351).

43. В то же время важным следствием требования об участии обеспеченного кредитора в реорганизации является то, что обеспеченного кредитора не следует

против его воли ставить в худшее положение, чем то, в котором он оказался бы, если бы он воспользовался своим правом принудительного исполнения при несостоятельности для отчуждения обремененных активов и использования поступлений от такого отчуждения для исполнения обеспеченных обязательств. Общая посылка заключается в том, что экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора должна сохраняться и поддерживаться в ходе реорганизации. В ином случае неопределенность, возникающая в результате неспособности обеспеченного кредитора рассчитывать на получение экономической стоимости своих обеспечительных прав в случае реорганизации предприятия несостоятельного должника в ходе производства по делу о несостоятельности, может привести к тому, что обеспеченный кредитор с самого начала не предоставит кредита должнику или предоставит его по большей стоимости. Кроме того, такое сохранение стоимости имеет также чрезвычайно важное значение для привлечения финансирования, в котором будет нуждаться несостоятельный должник в связи с осуществлением плана реорганизации своего предприятия и его эксплуатацией в качестве санированного предприятия.

44. Возникают ситуации, когда обеспеченный кредитор должен участвовать в реорганизации, но при этом предлагаемый план реорганизации содержит положения, которые негативно затрагивают права этого кредитора. Обеспеченный кредитор может тем не менее согласиться на обязательность для себя этого плана. Однако, если обеспеченный кредитор не соглашается на это, встает вопрос о том, может ли план реорганизации быть обязательным для обеспеченного кредитора, несмотря на его возражение.

45. Если законодательство о несостоятельности предусматривает, что план реорганизации является обязательным для обеспеченного кредитора, несмотря на возражения последнего, то в таком законодательстве должно быть также предусмотрено основное защитное положение о том, что экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора не должна уменьшиться по этому плану без согласия этого кредитора. Как минимум обеспеченный кредитор должен получить по этому плану не меньше, чем он получил бы в случае ликвидационной процедуры, если только он не согласился с планом реорганизации. Защита обеспечительных прав обеспеченного кредитора по законодательству о несостоятельности должна быть ясной и транспарентной, с тем чтобы он мог решить, предоставлять ли кредит, и если да, то на каких условиях, твердо зная при этом, что в случае несостоятельности должника его обеспечительные права будут должным образом защищены, даже если будет принят план реорганизации, несмотря на возражение группы, в которую входит обеспеченный кредитор, или возражение самого обеспеченного кредитора.

46. Имеется ряд примеров того, как сохранить в плане реорганизации экономическую стоимость обеспечительных прав даже в том случае, если эти обеспечительные права изменяются по такому плану. Если план предусматривает, что обеспеченный кредитор получит по плану платеж наличными в обмен на обеспеченные обязательства, то размер такого наличного платежа должен быть не меньше того, что обеспеченный кредитор получил бы в результате судебного процесса. Если план предусматривает отказ обеспеченного кредитора от своих обеспечительных прав в некоторых обремененных активах, то этот план должен предусматривать заменяющие активы по крайней мере равной стоимости, с тем

чтобы они могли стать предметом обеспечительных прав обеспеченного кредитора, если только оставшиеся обремененные активы не имеют достаточной стоимости, позволяющей полностью удовлетворить требования обеспеченного кредитора после их реализации. Если план подчиняет права обеспеченного кредитора правам другого обеспеченного кредитора, то обремененные активы должны иметь достаточную стоимость, позволяющую полностью удовлетворить требованиям обеспеченных кредиторов как первой, так и второй очереди после любой формы реализации обремененных активов. Если план предусматривает выплату конкретной суммы по обеспеченным обязательствам со временем, то обеспеченный кредитор должен сохранить свои обеспечительные права и нынешнюю стоимость будущих платежей по этим обеспеченным обязательствам. Кроме того, процентная ставка по измененным обеспеченным обязательствам должна быть не меньше суммы, которую обеспеченный кредитор получил бы в судебном порядке [*Примечание для Рабочей группы: Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению, что этот вопрос не рассматривается в проекте руководства по законодательству о несостоятельности.*]

47. Вопрос о том, сохраняется ли экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора в результате осуществления плана реорганизации, пожалуй, является во многих обстоятельствах скорее вопросом установления факта, чем вопросом права. В случае если в ходе производства по делу о несостоятельности оспаривается факт сохранения по плану реорганизации экономической стоимости обеспечительных прав, то определение такой стоимости зачастую требует учета рыночных условий и конъюнктуры. Так, такое определение может потребовать заключения специалистов, особенно если статус обеспеченного кредитора по плану сопряжен с обремененными активами, нынешняя стоимость которых может зависеть от будущих результатов деятельности несостоятельного должника и поэтому может содержать элементы риска такой деятельности, которые необходимо учитывать при определении стоимости. В случае, если стороны в споре не пришли к согласию, суд должен будет на основе представленных свидетельств принять решение о том, сохраняется ли экономическая стоимость обеспечительных прав.

h. Ускоренная реорганизационная процедура

48. В последние годы немало внимания уделялось разработке ускоренной реорганизационной процедуры ("ускоренная процедура") в качестве средства ускорения реорганизации предприятия несостоятельного должника без каких-либо издержек или задержек, с которыми сопряжена формальная реорганизационная процедура, в ситуациях, когда все или почти все крупные кредиторы несостоятельного должника могут достичь договоренности в отношении условий реорганизации (см. A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, пункт 369).

49. Ускоренная процедура может принимать форму процедуры, при которой: i) до открытия формального производства по делу о несостоятельности кредиторы сначала проводят переговоры относительно условий предлагаемого плана реорганизации; ii) затем открывается формальное производство по делу о несостоятельности; и iii) план реорганизации представляется суду на одобрение на ускоренной основе (но с соблюдением тех же требований в отношении раскрытия информации и проведения голосования всеми кредиторами несостоятельного должника, а также других процедурных требований, которые

применяются при формальной реорганизационной процедуре). В случае одобрения план реорганизации становится обязательным и для тех кредиторов, которые не согласились с этим планом, как и при формальной реорганизационной процедуре. В то же время некоторые предложения в отношении ускоренной процедуры предусматривают меньшую степень участия суда и основываются главным образом на договоренностях между крупными кредиторами несостоятельного должника, при этом обращение в суд предполагается только в ограниченных целях.

50. С точки зрения содействия наличию обеспеченного кредитования по низкой стоимости крайне важно, чтобы ускоренная процедура не обманывала разумных ожиданий обеспеченных кредиторов и не порождала ситуации, при которой обеспеченный кредитор оказывается в результате применения такой процедуры в худшем положении, чем в случае формального производства по делу о несостоятельности. Так, например, в рамках ускоренной процедуры нельзя без согласия обеспеченного кредитора лишать его возможности реализовать полную экономическую стоимость его обремененных активов и необходимо предусмотреть предоставление обеспеченному кредитору разумной компенсации за любое уменьшение этой стоимости в результате использования таких активов несостоятельным должником в ходе применения процедуры. Кроме того, ускоренная процедура не должна разочаровывать обеспеченного кредитора в его разумных ожиданиях, основанных на его кредитных документах и применимом праве, в отношении выбора норм права или соответствующего суда.

51. В целом существование в той или иной правовой системе хорошо продуманной ускоренной процедуры, в которой соблюдаются перечисленные выше принципы, будет побуждать кредиторов предоставлять в рамках такой системы обеспеченные кредиты.

В. Резюме и рекомендации

52. В принципе обремененные активы должны включаться в состав имущественной массы в деле о несостоятельности. Если основополагающая сделка представляет собой операцию с правом собственности (передача или удержание правового титула), то активы или права несостоятельного должника, касающиеся данных активов, должны включаться в состав имущественной массы (см. пункты 7–19).

53. На обремененные активы должно распространяться действие введенного моратория и других соответствующих ограничений. В законодательстве о несостоятельности должны быть конкретно указаны требования, срок действия и последствия моратория и соответствующих ограничений, а также основания для возможного нераспространения действия моратория на обеспеченных кредиторов. В любом случае необходимо предусмотреть достаточные меры защиты для сохранения стоимости обеспечительных прав (см. пункты 20–27).

54. Если в ходе производства по делу о несостоятельности затрагиваются права обеспеченных кредиторов, режим несостоятельности должен предусматривать возможность их действительного участия в производстве по делу

о несостоятельности, с тем чтобы они могли защитить свои права (см. пункты 28–29).

55. С учетом любых действий, направленных на аннулирование сделок, обеспечительные права, созданные до открытия производства по делу о несостоятельности, должны сохранять свою действительность в рамках производства по делу о несостоятельности (см. пункты 30–32).

56. В качестве общего правила процедуры несостоятельности не должны изменять приоритетности обеспеченных требований, пользовавшихся приоритетом до открытия производства по делу о несостоятельности. Определенность и транспарентность в отношении любых необходимых исключений позволят ограничить негативное влияние этих исключений на наличие и стоимость кредита (см. пункты 33–35).

57. Законодательство о несостоятельности должно содержать конкретное положение о финансировании после открытия производства, с тем чтобы кредитор, предоставляющий кредит до начала той или иной процедуры несостоятельности, мог, прежде чем предоставлять кредит, учесть возможность финансирования после открытия производства (см. пункты 36–41).

58. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать возможность участия обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности. Экономическую стоимость обеспечительных прав следует сохранять, и как минимум обеспеченные кредиторы должны получать не меньше, чем они получили бы в случае ликвидационной процедуры (см. пункты 42–47).

59. В результате ускоренных процедур обеспеченный кредитор не должен оказаться в худшем положении, чем то, в котором он находился бы в результате формального производства по делу о несостоятельности, если только он не дал на это своего четко выраженного согласия (см. пункты 48–51).