



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
26 September 2002

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Рабочая группа VI (Обеспечительные интересы)

Вторая сессия

Вена, 17–20 декабря 2002 года

**Первая совместная сессия рабочих групп V (Законодательство
о несостоятельности) и VI (Обеспечительные интересы)**

Вена, 16–17 декабря 2002 года

Обеспечительные интересы

Проект руководства для законодательных органов по обеспеченным сделкам

Доклад Генерального секретаря

Добавление

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
IX. Несостоятельность	1–53	2
A. Общие замечания	1–45	2
1. Введение	1–5	2
2. Ключевые цели	6–8	4
3. Обеспечительные права при производстве по делу о несостоятельности	9–45	5
a. Включение обремененных активов в имущественную массу в делах о несостоятельности	9–15	5
b. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав	16–22	7
c. Участие обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности	23–24	10
d. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок	25	10
e. Относительный приоритет обеспечительных прав	26–28	11
f. Финансирование после открытия производства	29–35	12
g. Реорганизационная процедура	36–41	14
h. Ускоренная реорганизационная процедура	42–45	17
B. Резюме и рекомендации	46–53	18



IX. Несостоятельность

A. Общие замечания

1. Введение

1. В настоящей главе рассматриваются последствия производства по делу о несостоятельности для прав обеспеченного кредитора на реализацию своих обеспечительных прав. Ее следует рассматривать совместно с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, в котором затрагиваются вопросы, изложенные в этом документе, в более широком контексте законодательства о несостоятельности (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63 и добавления). Вопросы, касающиеся коллизии норм права, которая возникает в отношении обеспечительных прав при производстве по делу о несостоятельности, рассматриваются в главе X.

2. Законодательство об обеспеченных сделках и законодательство о несостоятельности характеризуются частично совпадающими интересами и целями. Оба вида законодательства касаются взаимоотношений между должником и кредитором и побуждают должников к соблюдению кредитной дисциплины. Хотя режимы несостоятельности обычно имеют дополнительные цели, например, сохранение жизнеспособных предприятий, испытывающих временные финансовые затруднения, оба режима имеют общую цель обеспечения защиты экономической стоимости обеспечительных прав. Действенное регулирование в одной области будет способствовать достижению позитивных результатов в другой. Например, законодательство об обеспеченных сделках может расширять наличие кредитов и тем самым способствовать функционированию предприятия и избежанию несостоятельности. Законодательство об обеспеченных сделках может также поощрять ответственное поведение и кредиторов, и должников, ибо требует от кредиторов следить за способностью должников исполнять свои обязательства, препятствуя тем самым возникновению чрезмерной задолженности и последующей несостоятельности. Кроме того, законодательство об обеспеченных сделках, которое предусматривает публичную регистрацию обеспечительных прав, облегчит незамедлительное определение управляющим в деле о несостоятельности правового статуса кредиторов, которые утверждают, что обязательства перед ними являются обеспеченными.

3. Тем не менее в тех случаях, когда положения законодательства об обеспеченных сделках и законодательства о несостоятельности пересекаются, возникает напряженность в результате использования разных подходов к возвращению задолженности или исполнению других обязательств. Режим обеспеченных сделок стремится обеспечить, чтобы стоимость обремененных активов защищала обеспеченного кредитора в случае неисполнения обязательств перед обеспеченным кредитором, тогда как режим несостоятельности касается обстоятельств, при которых обязательства перед всеми кредиторами не могут быть исполнены. Кроме того, первый режим сосредоточивается на действенных правах на реализацию обеспечительных прав отдельных кредиторов для максимизации вероятности исполнения взятых обязательств или реализации их экономической стоимости. С другой стороны, второй режим стремится максимизировать размер возвращаемых всем кредиторам средств путем

предотвращения конкуренции между кредиторами для принудительной реализации на индивидуальной основе их прав в отношении их общего должника. Необходимо, чтобы такая напряженность учитывалась законодателями, поскольку развитие или реформа одного режима может быть сопряжена с непредвиденными издержками, связанными со сделками и исполнением, для субъектов другого режима. По этой причине возможные случаи коллизии прав и обязательств, установленных разными режимами, регулируемыми обеспеченные сделки и несостоятельность, должны быть выявлены и урегулированы страной в процессе реформы своего законодательства.

4. Режимы несостоятельности в целом предусматривают два вида процедур: ликвидацию (которая сопряжена с прекращением коммерческой деятельности должника и последующей реализацией и распределением активов несостоятельного должника) и реорганизацию (призванную максимально повысить стоимость активов и размер средств, возвращаемых кредиторам, путем сохранения предприятия, а не его ликвидации). В ходе ликвидационной процедуры на управляющего в деле о несостоятельности возлагается задача объединения активов несостоятельного должника, их продажи или иного отчуждения и распределения поступлений между кредиторами этого должника. Для максимального повышения ликвидационной стоимости таких активов первоначально в отношении исков индивидуальных кредиторов против должника, как правило, устанавливается мораторий и управляющий может продолжать деятельность предприятия должника в течение короткого времени и может продать это предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы вместо продажи индивидуальных активов предприятия по отдельности. С другой стороны, при реорганизационной процедуре цель производства заключается в продолжении деятельности предприятия несостоятельного должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы, если это является экономически возможным. Законодательство о несостоятельности большинства стран, предусматривающее реорганизационную процедуру, в качестве предпосылки к использованию такой процедуры считает, что стоимость реорганизованного предприятия несостоятельного должника обеспечит возвращение кредиторам средств в большем размере, чем в том случае, когда ликвидируются индивидуальные активы такого предприятия. Таким образом, успешная реорганизация обеспечит для кредиторов большую отдачу от продолжения деятельности предприятия, чем размер его ликвидационной стоимости (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12).

5. В дополнение к реорганизационной процедуре развиваются ускоренные подходы, способствующие безотлагательному судебному подтверждению в ходе формальной реорганизационной процедуры соглашения, достигнутого основными кредиторами или категориями кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности (например, реорганизационная процедура, касающаяся только определенных категорий долгов, таких как финансовая задолженность). Эти подходы отвечают необходимости поддерживать экономическую стабильность посредством оперативной корректировки требований финансовых учреждений и уменьшения издержек и задержек в реорганизационной процедуре (см. пункты 42–45).

2. Ключевые цели

6. Законодатели, пересматривающие действующее законодательство об обеспечительных правах или устанавливающие новый режим обеспеченных сделок, должны согласовывать предлагаемое законодательство с действующим или предлагаемым законодательством о несостоятельности. Для осуществления широкой экономической и социальной политики (например, обеспечения защиты работников или сохранения рынков снабжения) режим несостоятельности может предусматривать нормы, которые изменяют права обеспеченных кредиторов. Это в наибольшей степени присуще тем режимам, которые предусматривают возможность реорганизационной процедуры. Например, законодательство о несостоятельности, предусматривающее реорганизацию предприятия несостоятельного должника, зачастую будет разрешать управляющему в деле о несостоятельности и далее использовать обремененные активы предприятия, подлежащего реорганизации. Однако обеспеченные кредиторы будут учитывать такие потенциальные ограничения в отношении их прав на принудительную реализацию своих обеспечительных прав при принятии решения о предоставлении кредита. В связи с этим изменения прав обеспеченных кредиторов будут осуществляться за счет ограничения экономических выгод от действенного режима обеспеченных сделок. По этой причине любое изменение такого рода должно основываться на четко сформулированной политике, а законодательство о несостоятельности должно предусматривать такие изменения в ясных и предсказуемых выражениях.

7. В качестве общего правила действительность и относительный приоритет какого-либо обеспечительного права должны быть признаны в ходе производства по делу о несостоятельности. Если обеспечительное право является действительным за рамками производства по делу о несостоятельности, т.е. действительным по отношению к третьим сторонам, то действительность такого обеспечительного права должна быть признана в ходе производства по делу о несостоятельности. Аналогичным образом, если обеспечительное право имеет приоритет по сравнению с правом другого кредитора за рамками производства по делу о несостоятельности, то открытие производства по делу о несостоятельности не должно изменять относительный приоритет данного обеспечительного права.

8. Любое ограничение права обеспеченного кредитора принудительно реализовать свое обеспечительное право, установленное без согласия данного обеспеченного кредитора, должно сохранять, насколько это возможно, экономическую стоимость, которую обеспечительное право имеет за рамками производства по делу о несостоятельности. В связи с этим режим несостоятельности должен предусматривать механизмы, которые защищают экономическую стоимость обеспечительного права.

3. Обеспечительные права при производстве по делу о несостоятельности

а. Включение обремененных активов в имущественную массу в делах о несостоятельности

9. Первоначальный вопрос заключается в том, является ли обеспечительное право, принадлежащее обеспеченному кредитору, объектом производства по делу о несостоятельности или, другими словами, являются ли обремененные активы частью "имущественной массы", созданной после открытия производства по делу о несостоятельности против должника (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.5). Имущественная масса охватывает те активы несостоятельного должника, которые были переданы в управление в ходе производства по делу о несостоятельности и которые используются в ходе такого производства.

10. Включение обремененных активов в состав имущественной массы может иметь разные последствия. Во многих правовых системах включение таких активов ограничит способность обеспеченного кредитора принудительно реализовать свое обеспечительное право (см. пункт 16). Любые такие законодательные ограничения в отношении коммерческих соглашений будут приниматься во внимание кредиторами при решении вопроса о том, следует ли предоставить должнику кредит и по какой стоимости. Законодательство о несостоятельности некоторых стран, требующее, чтобы все активы прежде всего были 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 доказано, что конкретные активы были полностью обременены и являются ненужными для реорганизационной процедуры.

11. Чтобы позволить оценку того, повысит ли продолжение производства до максимального размера стоимость средств, которые, возможно, будут возвращены кредиторам в целом, законодательство о несостоятельности может предусмотреть осуществление в ходе производства по делу о несостоятельности контроля над обремененными активами. Вследствие этого обеспеченному кредитору может быть запрещено вступать во владение обремененными активами или, если они находятся в его владении, от него может потребоваться передача владения обремененными активами управляющему в деле о несостоятельности. Этот подход может использоваться не только при реорганизационной процедуре, но и при ликвидационной процедуре, когда деятельность предприятия несостоятельного должника должна продолжаться в период поэтапной ликвидации активов или когда существует вероятность того, что данное предприятие может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Поскольку может и не быть возможности знать во время открытия производства по делу о несостоятельности о том, целесообразно ли продолжать деятельность предприятия, режимы несостоятельности многих стран предусматривают включение обремененных активов в состав имущественной массы на ограниченный период времени.

12. Имущественная масса в деле о несостоятельности будет обычно включать все активы, в которых несостоятельный должник имеет право во время открытия производства по делу о несостоятельности. В тех правовых системах, в которых

правовой титул на обремененные активы передается кредитору и это рассматривается как создание обеспечительного права (см. главу III.A.3), такие активы считаются частью имущественной массы в деле о несостоятельности. Однако передачу правового титула кредитору следует отличать от удержания правового титула поставщиком материального имущества или другим лицом, финансирующим покупную цену такого материального имущества. В тех правовых системах, которые признают удержание правового титула, не всегда такое материальное имущество включается в состав имущественной массы в деле о несостоятельности независимо от того, уравнивают ли они каким-либо иным образом удержание правового титула с обеспечительными правами. Например, какая-либо правовая система может стремиться к защите 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 такие правовые системы могут и не распространять действие этого исключения на реорганизационную процедуру с учетом основополагающей цели продолжения деятельности потенциально жизнеспособного предприятия. В любом случае настоящее руководство рекомендует (см. документы A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.5, пункты 11–14, и A/CN.9/WG.VI/WP.2/Add.7, пункты 23–24), чтобы режимы обеспеченных сделок в таких правовых системах требовали от поставщиков обнародования своих интересов для информирования кредиторов, не финансирующих покупную цену, о правах поставщиков.

[Примечание для рабочих групп: Рабочие группы, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о том, должны ли входить в состав имущественной массы i) активы, переданные обеспеченному кредитору в качестве обеспечения, или активы, правовой титул в которых удерживается их продавцом или другим лицом, финансирующим покупную цену, до полной уплаты покупной цены (см. главу III, раздел A.3), и ii) активы, переданные несостоятельному должнику в качестве обеспечения, или активы, проданные несостоятельным должником, правовой титул в которых данный несостоятельный должник удерживает до полной уплаты их цены.]

13. Некоторые обеспеченные кредиторы будут участвовать в производстве по делу о несостоятельности, поскольку они обладают и обеспеченными, и необеспеченными требованиями. Это не ограничивается ситуациями, в которых кредитор имеет два разных обязательства и только одно из них является обеспеченным. Это также происходит тогда, когда обеспеченный кредитор обладает недостаточным обеспечением (т.е. стоимость обремененных активов является меньшей, чем сумма обеспеченного обязательства). В таком случае обеспеченный кредитор обладает обеспеченным требованием только до размера стоимости обремененных активов и необеспеченным требованием в отношении разницы (см. также раздел A.3.b).

14. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать момент времени и порядок определения экономической стоимости обеспечительного права. В принципе, такая стоимость должна определяться в момент формального открытия производства по делу о несостоятельности. Порядок определения такой стоимости обычно будет соотноситься с процедурой признания действительности требований в отношении имущественной массы должника

(разнообразные возможные механизмы принятия таких требований, включая обеспеченные требования, см. в документе A/AC.9/WG.V/WP.63/Add.13).

15. За рамками несостоятельности соглашение об обеспечении может предусматривать, что обеспечительное право охватывает поступления от обремененных активов и активы, приобретенные впоследствии. Законодательство о несостоятельности должно урегулировать вопрос о том, сохраняет ли обеспеченный кредитор право на эти поступления и активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности. Поступления, полученные в результате отчуждения обремененных активов, практически заменяют такие активы и должны в принципе обеспечивать экономическую стоимость обеспечительного права. Активы в форме плодов и продуктов от обремененных активов не являются заменителем в буквальном смысле слова, но представляют собой естественные приращения, на которые, как предполагают все стороны, будет распространяться обеспечительное право. Однако в той мере, в какой управляющий в деле о несостоятельности несет расходы в связи с такими поступлениями, обеспеченный кредитор, а не имущественная масса, должен в конечном счете нести бремя таких расходов. Активы, приобретенные в состав имущественной массы после открытия производства по делу о несостоятельности, в которых обеспеченный кредитор, возможно, обладает правом за рамками несостоятельности, не заменяют обремененные активы или естественные плоды или продукты от этих активов. В отсутствие нового финансирования со стороны обеспеченного кредитора аргументы в пользу признания права кредитора в этих новых активах являются менее убедительными.

в. Ограничения в отношении принудительной реализации обеспечительных прав

16. Законодательство о несостоятельности многих стран ограничивает права кредиторов на использование любых средств защиты или процессуальных действий против должника после открытия производства по делу о несостоятельности посредством приостановления таких действий или установления моратория на них. Мораторий на процессуальные действия может быть введен либо автоматически, либо по усмотрению суда, будь то по его собственной инициативе или же по ходатайству заинтересованной стороны. Правовые системы ряда стран распространяют действие такого моратория как на необеспеченных кредиторов, так и на обеспеченных кредиторов. К мораторию на принудительную реализацию обеспечительных прав относятся те же причины, что и к включению обремененных активов в состав имущественной массы (см. пункт 13). Однако ограничения в отношении способности обеспеченного кредитора принудительно реализовать свое обеспечительное право могут оказывать неблагоприятное воздействие на стоимость и наличие кредитов. Законодательство о несостоятельности должно уравнивать эти коллидирующие интересы (см. документ A/AC.9/WG.V/WP.63/Add.6).

17. Законодательство о несостоятельности некоторых стран уполномочивает суд выносить распоряжения о принятии защитных мер для сохранения имущественной массы в период между подачей ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности и принятием судом решения по этому ходатайству. Такое законодательство, как правило, разрешает суду выносить

распоряжения о принятии таких защитных мер по своему усмотрению, будь то по своей собственной инициативе или по ходатайству заинтересованной стороны. Хотя такие предварительные меры могут быть приняты, они могут включать мораторий на вступление обеспеченным кредитором во владение обремененными активами или иную принудительную реализацию его обеспечительного права. Поскольку эти меры носят временный характер и предписываются до принятия решения об открытии производства, от кредиторов, испрашивающих такие меры, суд может потребовать предоставить доказательства того, что такого рода мера является необходимой, и в некоторых случаях предоставить определенную форму обеспечения в отношении издержек или расходов, которые могут быть понесены.

18. С небольшим числом исключений (см. пункт 11) необходимость вводить на значительный срок мораторий на принудительную реализацию обеспечительного права является менее настоятельной тогда, когда производство по делу о несостоятельности представляет собой ликвидационную процедуру. В большинстве случаев использования ликвидационной процедуры управляющий в деле о несостоятельности будет отчуждать активы на индивидуальной основе, а не продавать предприятие в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Для учета этого могут использоваться различные подходы. Например, режим несостоятельности может исключать обеспеченных кредиторов из сферы действия моратория, но поощрять переговоры между несостоятельным должником и кредиторами до открытия производства по делу о несостоятельности в целях достижения наилучших результатов для всех сторон. Альтернативный подход предусматривал бы, что срок действия моратория истекает после короткого установленного периода времени (например, 30 дней), если только не получено предписание суда о продлении срока действия моратория на основаниях, конкретно предусмотренных законодательством о несостоятельности. Эти основания могут включать свидетельство существования разумной возможности того, что предприятие будет продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, что такая продажа повысит стоимость данного предприятия до максимального размера и что обеспеченные кредиторы не понесут необоснованного 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 установить статутное регулирование порядка реализации такого усмотрения (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, пункты 80–83 и 91–92).

19. Более веские основания для установления моратория возникают тогда, когда производство по делу о несостоятельности осуществляется на основе реорганизационной процедуры. Цель такой процедуры заключается в структурной перестройке потенциально жизнеспособного юридического лица с экономической точки зрения, с тем чтобы восстановить финансовое благополучие и жизнеспособность предприятия, обеспечить максимальный размер средств, возвращаемых кредиторам, и сохранить число рабочих мест. Это может быть сопряжено с реструктуризацией финансов предприятия с помощью таких средств, как изменение графика погашения долга, списание части долга, конверсия долга в акции и продажа всего или части данного предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Изъятие обремененных активов из предприятия зачастую будет сводить на нет попытки продолжить его работу и продать его в качестве функционирующей хозяйственной единицы.

Соответственно, законодательство о несостоятельности может распространить действие моратория на обеспеченных кредиторов на период времени, необходимый для разработки, представления кредиторам и осуществления плана реорганизации (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.6, пункт 91).

20. Если устанавливается мораторий на принудительные действия обеспеченного кредитора, то режим несостоятельности должен предусматривать гарантии защиты экономической стоимости обеспечительных прав в обремененных активах. Такие гарантии могут включать судебные предписания в отношении выплаты наличных средств в качестве процентов по обеспеченному требованию, выплаты средств для компенсации уменьшения стоимости обремененных активов и расширения обеспечительного права для охвата дополнительных или замещающих активов. Необходимость в таких гарантиях особенно настоятельна тогда, когда обремененные активы являются высоколиквидными или легко реализуемыми (например, наличные средства или эквиваленты наличных средств).

21. Кроме того, законодательство о несостоятельности может также предусматривать освобождение обеспеченного кредитора от бремени моратория путем предоставления управляющему в деле о несостоятельности полномочия передавать 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 возрождения предприятия, случаи, когда защита стоимости обеспечительного права не представляется практически возможной или является чрезмерно обременительной, а также случаи, когда управляющий в деле о несостоятельности своевременно не продал обремененные активы или не отказался от них. 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 этого пожелает, процедуры продажи обремененных активов в ходе производства по делу о несостоятельности.

22. Если стоимость обремененных активов является большей, чем сумма обеспеченного требования, то возникает интерес во включении излишка в состав имущественной массы в случае, когда такие активы подлежат ликвидации. В отсутствие несостоятельности обеспеченный кредитор будет вынужден дать лицу, передавшему право, отчет об излишках поступлений. Если одни и те же активы отчуждаются в ходе производства по делу о несостоятельности, то такой излишек может быть распределен между другими кредиторами. Что касается того, кто должен отчуждать обремененные активы, то законодательство о несостоятельности должно урегулировать вопрос о том, применяются ли меры, которые применяются за рамками несостоятельности, также в ходе производства по делу о несостоятельности. Например, если законодательство о применимых обеспечительных правах уполномочивает обеспеченного кредитора отчуждать какой-либо актив за рамками несостоятельности, то вопрос заключается в том, должен ли данный обеспеченный кредитор, а не управляющий в деле о несостоятельности, контролировать ход отчуждения соответствующих обремененных активов в период несостоятельности. Законодательство о несостоятельности может предусматривать, что при ликвидационной процедуре обремененные активы будут передаваться обеспеченному кредитору, если есть

разумные указания на то, что обеспеченный кредитор продаст их с большей легкостью и по лучшей цене. В любом случае законодательство о несостоятельности должно разъяснить, что любой излишек, оставшийся 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

23. Если от обеспеченных кредиторов требуется участие в производстве по делу о несостоятельности, то режим несостоятельности должен гарантировать, чтобы такое участие было эффективным с точки зрения защиты интересов обеспеченных кредиторов (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.11). Например, в направляемом кредиторам уведомлении об открытии производства по делу о несостоятельности следует указать, необходимо ли обеспеченным кредиторам предъявлять требования и если да, то в какой мере¹. Обеспеченные кредиторы должны иметь в ходе судебного разбирательства по меньшей мере такой же статус, что и другие кредиторы.

24. Кроме того, если законодательство о несостоятельности предусматривает, что комитеты кредиторов должны консультировать управляющего в деле о несостоятельности, то это законодательство должно предусматривать и надлежащее представительство интересов обеспеченных кредиторов. Представители обеспеченных кредиторов могут входить в состав такого комитета наряду с представителями необеспеченных кредиторов или, в качестве иного варианта, это законодательство может предусматривать учреждение отдельного комитета для обеспеченных кредиторов. Озабоченность в связи с тем, что в контексте единого комитета интересы обеспеченных кредиторов могут доминировать в ходе производства в ущерб интересам других кредиторов, может быть снята путем ограничения числа вопросов, по которым обеспеченные кредиторы могут голосовать. Например, голосование может быть ограничено выбором управляющего в деле о несостоятельности и вопросами, которые непосредственно затрагивают обремененные активы или экономическую стоимость обеспечительных прав.

d. Действительность обеспечительных прав и действия по расторжению сделок

25. В целом обеспечительное право, являющееся действительным 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 должна допускаться на тех же основаниях, на которых может быть оспорено любое другое требование. Законодательство многих стран разрешает управляющему в деле о несостоятельности, например, аннулировать ("расторгнуть") или иным образом лишить силы любую мошенническую или преференциальную передачу, осуществленную несостоятельным должником в

¹ В отношении направления уведомления иностранным кредиторам см. статью 14 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и пункты 106–111 Руководства по принятию Типового закона.

течение определенного периода времени до открытия производства по делу о несостоятельности. Создание или передача обеспечительного права представляет собой передачу имущества при условии соблюдения данных общих положений, и если такая передача является мошеннической или преференциальной, то управляющий в деле о несостоятельности должен обладать правом аннулировать или иным образом лишить силы такое обеспечительное право. Это означало бы, что обеспечительное право, которое является действительным согласно режиму обеспеченных сделок в какой-либо правовой системе, может быть лишено силы при определенных обстоятельствах согласно режиму несостоятельности, установленному в этой же правовой системе (см. документ A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.9). В любом случае законодательство о несостоятельности должно устанавливать любые основания для лишения силы обеспечительного права с помощью ясных и предсказуемых выражений. Выплата поступлений после открытия производства по делу о несостоятельности (см. пункт 15) должна быть возможной, если только такой платеж не является мошенническим или оспариваемым в соответствии с другими применимыми принципами.

е. Относительный приоритет обеспечительных прав

26. Режим обеспеченных сделок будет устанавливать приоритет требований в отношении обремененных активов. В исключительных ситуациях законодательство о несостоятельности может затрагивать этот приоритет (см. документ A/CN.9/WG.V/ WP.63/Add.14). Например, многие положения законодательства предоставляют приоритет одному или нескольким следующим категориям требований: требования в отношении невыплаченной заработной платы и пособий служащих, требования в отношении экологического ущерба и требования в отношении налогообложения ("привилегированные требования"). Хотя большинство правовых систем предоставляют этим требованиям приоритет только над необеспеченными требованиями, ряд режимов предоставляет им приоритет более высокого статуса даже по сравнению с обеспеченными требованиями.

[Примечание для рабочих групп: рабочие группы, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о добавлении нового пункта следующего содержания: "Некоторые положения законодательства изменяют статус обеспеченных и необеспеченных кредиторов, установленный до наступления несостоятельности, путем выделения части имущественной массы, включая обремененные активы, в интересах некоторых категорий необеспеченных кредиторов, например служащих должника или лиц, имеющих требования из личного вреда в отношении должника. Некоторые другие положения законодательства, с целью недопущения явно неправомерных действий обеспеченных кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности, предусматривают, что при исключительных обстоятельствах приоритет обеспечительного права обеспеченного кредитора может быть снижен. Примеры этого могут включать ситуации, при которых обеспеченный кредитор навязывает компании серьезные решения до открытия производства по делу о несостоятельности или же обеспеченный кредитор прибегает к несправедливым действиям до открытия производства по делу о несостоятельности в отношении данной компании или ее кредиторов".]

27. Чем больше неопределенность в отношении числа и суммы требований, которым предоставлен приоритет по сравнению с требованиями обеспеченных кредиторов, тем больше неблагоприятное воздействие на наличие и стоимость кредитов. В связи с этим весьма важно, чтобы виды исключений, касающихся приоритета обеспеченных кредиторов, были ограниченными по числу и сумме и чтобы существование и сумма таких исключений были выражены транспарентным и предсказуемым образом. Например, такие исключения должны быть предусмотрены не только в трудовом или налоговом законодательстве, но и в законодательстве, касающемся несостоятельности и обеспеченных сделок.

28. Управляющий в деле о несостоятельности может понести расходы, связанные с обслуживанием обремененных активов, и возместить эти расходы за счет общих средств, входящих в состав имущественной массы в деле о несостоятельности. Поскольку такие расходы сохраняют экономическую стоимость обеспечительного права, отказ от предоставления приоритета по сравнению с обеспеченным кредитором в связи с такими административными расходами означал бы неосновательное обогащение обеспеченного кредитора в ущерб необеспеченным кредиторам. Однако для того чтобы воспрепятствовать неразумным расходам, законодательство о несостоятельности может ограничивать такой приоритет предсказуемыми расходами в разумном размере, которые непосредственно сохраняют или защищают обремененные активы. В качестве общего правила законодательство о несостоятельности не должно предусматривать применение к стоимости обремененных активов дополнительного сбора на общие административные расходы на производство по делу о несостоятельности. Исключение из этого предусматривается тогда, когда стоимость обремененных активов не соответствует полной стоимости требования обеспеченного кредитора, когда не существует других активов и когда обеспеченный кредитор не возражает против открытия производства по делу о несостоятельности.

f. Финансирование после открытия производства

29. Для того чтобы производство по делу о несостоятельности обеспечило максимальный размер средств, возвращаемых всем кредиторам, посредством либо ликвидации, либо реорганизации, управляющий в деле о несостоятельности должен располагать достаточными средствами для покрытия расходов на ликвидацию или реорганизацию. В случае ликвидации такие расходы могут включать издержки, связанные с сохранением и защитой активов должника до их продажи или иного отчуждения. В случае реорганизации такие расходы могут включать финансирование заработной платы и других функциональных расходов, позволяющих должнику продолжать деятельность своего предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы в ходе производства по делу о несостоятельности.

30. В некоторых случаях управляющий в деле о несостоятельности может уже располагать достаточными ликвидными активами для финансирования таких предполагаемых расходов в форме 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 должника (например, заимодателю, который обладает обеспечительными правами в дебиторской задолженности должника, возникающей в качестве поступлений от продажи инвентарных запасов). Использование таких активов управляющим в деле о несостоятельности в ходе производства по делу о несостоятельности вполне может причинить ущерб экономической стоимости таких обеспечительных прав или даже лишить их такой стоимости. В результате управляющему в деле о несостоятельности должно быть разрешено лишь использовать такие активы в ходе производства по делу о несостоятельности в той мере, в какой обеспечена защита прав более ранних обеспеченных кредиторов на получение экономической стоимости их обеспечительных прав. В противном случае потенциальные обеспеченные кредиторы будут проявлять нежелание предоставлять кредиты должнику, зная, что если данный должник станет субъектом производства по делу о несостоятельности, то они могут потерять экономическую стоимость своих обеспечительных прав в результате использования таких активов в ходе производства по делу о несостоятельности.

31. В других случаях существующие ликвидные активы и предполагаемые поступления наличных средств, входящие в состав имущественной массы в деле о несостоятельности, могут быть недостаточными для финансирования расходов, связанных с производством по делу о несостоятельности, и управляющий в деле о несостоятельности может стремиться обеспечить финансирование третьими сторонами. Такое финансирование может принимать форму кредита, предоставленного должнику продавцами товаров и услуг, или же займов или других форм кредитования, предоставленных заимодателями. Такими заимодателями зачастую являются те же продавцы и заимодатели, которые предоставили кредит должнику до открытия производства по делу о несостоятельности. Как правило, такие поставщики кредитов будут готовы предоставить кредит для включения в имущественную массу в деле о несостоятельности только в том случае, если они получают надлежащую гарантию (либо в форме привилегированного требования в отношении активов несостоятельного должника, либо в форме обеспечительных прав в таких активах) того, что их кредит будет возвращен. И вновь, в таком случае подобные активы могут уже быть обременены действительными обеспечительными правами, принадлежащими более ранним кредиторам должника, и по той причине, какая указана в предыдущем пункте, новым кредиторам, которым предлагается предоставить кредит для включения в имущественную массу в деле о несостоятельности, должно быть предоставлено привилегированное требование или обеспечительные права в существующих или будущих активах несостоятельного должника только в той мере, в какой обеспечена защита прав любых более ранних держателей обеспечительных прав на получение их экономической стоимости.

32. Таким образом, при использовании любого из этих механизмов финансирования (которые совместно именуются "финансированием после открытия производства") крайне важно, чтобы экономическая стоимость обеспечительных прав более ранних обеспеченных кредиторов была защищена, с тем чтобы такие обеспеченные кредиторы не понесли необоснованного ущерба. Если обремененные активы существующих обеспеченных кредиторов имеют стоимость, которая существенно превышает сумму обеспеченных обязательств перед ними, то первоначально могут и не быть необходимыми

специальные меры защиты более ранних обеспеченных кредиторов (при условии предоставления таким кредиторам права заручиться такой защитой позднее в случае изменения обстоятельств). Однако во многих случаях такого превышения не существует, и более ранние обеспеченные кредиторы должны получить дополнительную защиту для сохранения экономической стоимости их обеспечительных прав, например периодические платежи или обеспечительные права в дополнительных активах взамен активов, которые будут использоваться управляющим в деле о несостоятельности или которые будут обременены в интересах нового заимодавца.

33. При предоставлении дополнительной защиты более раннему обеспеченному кредитору равным образом важно, чтобы такой кредитор не получал больших обеспечительных прав, чем он был бы вправе получить, если бы не было обеспечено финансирование после открытия производства. Таким образом, предоставление дополнительных обеспечительных прав не должно приводить к улучшению более ранним кредитором своего обеспеченного статуса, существовавшего до наступления несостоятельности, путем, например, обеспечения возникших до наступления несостоятельности обязательств, которые не были обеспеченными. Наоборот, любые дополнительные обеспечительные права, предоставленные более раннему обеспеченному кредитору, должны обеспечивать только обязательство возместить за счет имущественной массы в деле о несостоятельности обеспеченному кредитору сумму, на которую уменьшилась стоимость обремененных активов, в которых были созданы его более ранние обеспечительные права.

34. В некоторых правовых режимах финансирование после открытия производства регулируется конкретными положениями законодательства о несостоятельности, тогда как в других режимах такие положения не предусмотрены, и финансирование после открытия производства предоставляется лишь на основе соглашения, заключенного между новым кредитором и управляющим в деле о несостоятельности. В обоих случаях такое финансирование предоставляется зачастую только после вынесения соответствующего постановления судом по делам о несостоятельности после проведения слушания и с направлением уведомления всем затрагиваемым сторонам.

35. Настоящее руководство рекомендует включить в законодательство о несостоятельности конкретное положение, касающееся финансирования после открытия производства, с тем чтобы обстоятельства, при которых такое финансирование может быть обеспечено, применимые к нему нормы и последствия такого финансирования для прав всех сторон могли быть с легкостью определены и учтены кредитором, рассматривающим возможность предоставления кредита состоятельному должнику до открытия производства по делу о несостоятельности, а также могли быть приняты во внимание кредитором до предоставления такого кредита (дальнейшее обсуждение этого вопроса см. в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14).

g. Реорганизационная процедура

36. Основная цель реорганизационной процедуры заключается в максимальном повышении стоимости предприятия несостоятельного должника в интересах всех кредиторов путем разработки плана спасения предприятия, а

также защиты инвестиций и сохранения рабочих мест. Для достижения этих целей вполне может быть необходимым, чтобы обеспеченный кредитор участвовал в реорганизации, особенно в том случае, если обремененные активы должны использоваться предприятием несостоятельного должника для того, чтобы оно могло быть реорганизовано и чтобы несостоятельный должник мог осуществлять свою деятельность после производства по делу о несостоятельности.

37. Однако важным следствием участия обеспеченного кредитора в реорганизации должно являться то, чтобы данный обеспеченный кредитор не попадал в худшее положение, чем в том случае, если он прибегнет к своим обеспечительным правам, не связанным с несостоятельностью, для отчуждения обремененных активов и использования поступлений от их отчуждения для исполнения обеспеченных обязательств. И действительно, в качестве общего вопроса экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора должна сохраняться и поддерживаться в ходе реорганизации. В ином случае неопределенность, возникшая в результате неспособности обеспеченного кредитора полагаться на получение экономической стоимости своих обеспечительных прав в случае реорганизации несостоятельного должника в ходе производства по делу о несостоятельности, может привести к тому, что обеспеченный кредитор не предоставит кредит должнику с самого начала или же предоставит такой кредит по большой стоимости. Более того, такого рода сохранение стоимости является также крайне важным для привлечения финансирования, в котором несостоятельный должник будет нуждаться в целях выполнения своего плана реорганизации и продолжения деятельности в качестве возрожденного предприятия.

38. Конечно, в случае участия обеспеченного кредитора в реорганизации план реорганизации может содержать положения, в силу которых его обеспечительные права, как предполагается, будут неблагоприятно затронуты. Даже в таком случае обеспеченный кредитор может желать, чтобы его обеспечительные права были неблагоприятно затронуты, и в связи с этим может согласиться на обязательность для себя плана реорганизации. Однако, если обеспеченный кредитор не соглашается на обязательность для себя плана реорганизации, то встает вопрос о том, можно ли тем не менее требовать от обеспеченного кредитора согласия на обязательность для него плана реорганизации вопреки его возражениям.

39. Если согласно соответствующим положениям законодательства о несостоятельности можно требовать от обеспеченного кредитора согласия на обязательность для него плана реорганизации вопреки его возражениям против этого, то такой обеспеченный кредитор должен получить основную защиту, в результате которой экономическая стоимость его обеспечительных прав не должна уменьшаться в соответствии с данным планом без согласия этого обеспеченного кредитора. Защита обеспечительных прав обеспеченного кредитора должна быть ясной и транспарентной в соответствии с законодательством о несостоятельности, с тем чтобы обеспеченный кредитор был в состоянии принять свое решение в отношении того, предоставлять ли кредит лицу, передавшему право, и если да, то на каких условиях, причем при этом он должен твердо знать, что его обеспечительные права будут надлежащим образом защищены в том случае, если лицо, передавшее право, станет

несостоятельным должником и если план реорганизации будет принят в отношении такого лица, передавшего право, вопреки возражениям категории обеспеченных кредиторов или, в зависимости от случая, самого обеспеченного кредитора.

40. Существует ряд примеров того, каким образом экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора может быть сохранена при осуществлении плана реорганизации даже в том случае, если обеспечительные права обеспеченного кредитора будут изменены в соответствии с таким планом. Если план предусматривает, что обеспеченный кредитор получит наличный платеж в соответствии с планом в обмен на его обеспеченные обязательства, то размер такого наличного платежа не должен быть меньше того, что получил бы обеспеченный кредитор в том случае, если бы он использовал до наступления несостоятельности свои обеспечительные права на отчуждение обремененных активов и использовал поступления от такого отчуждения для исполнения обеспеченных обязательств. Если план предусматривает отказ обеспеченного кредитора от своих обеспечительных прав в некоторых обремененных активах, то он должен предусматривать наличие заменяющих активов, имеющих по меньшей мере равную стоимость для того, чтобы они стали предметом обеспечительных прав обеспеченного кредитора, если только остающиеся обремененные активы не имеют достаточной стоимости для того, чтобы позволить полную выплату обеспеченному кредитору средств, полученных в результате отчуждения или ликвидации остающихся обремененных активов. Если план подчиняет обеспечительные права обеспеченного кредитора правам другого обеспеченного кредитора, то обремененные активы должны иметь достаточную стоимость, позволяющую произвести полный платеж обеспеченным кредиторам с более высоким статусом и обеспеченным кредиторам с более низким статусом за счет средств, полученных от отчуждения или ликвидации обремененных активов. Если план предусматривает выплату впоследствии суммы обеспеченных обязательств, представляющих собой денежную задолженность, то обеспеченный кредитор должен сохранить свои обеспечительные права и нынешнюю стоимость будущих платежей по обеспеченным обязательствам после того, как будет произведена реструктуризация таких обеспеченных обязательств. Кроме того, процентная ставка по реструктурированным обеспеченным обязательствам, предусмотренная согласно этому плану, не должна быть меньше, чем сумма, которую обеспеченный кредитор получил бы в том случае, если бы он использовал свои обеспечительные права до наступления несостоятельности для отчуждения обремененных активов и использовал поступления от такого отчуждения для исполнения обеспеченных обязательств.

41. Вопрос о том, будет ли сохранена экономическая стоимость обеспечительных прав обеспеченного кредитора в результате осуществления плана реорганизации, может быть скорее фактическим, чем правовым вопросом при многих обстоятельствах. В случае, если в ходе производства по делу о несостоятельности оспаривается факт сохранения в соответствии с планом реорганизации экономической стоимости обеспечительных прав, то определение такой стоимости зачастую будет требовать учета положения и условий на рынках. Определение такой стоимости может в действительности потребовать заключения специалистов, особенно тогда, когда статус обеспеченного кредитора согласно плану сопряжен с обремененными активами или ценными

бумагами, нынешняя стоимость которых может зависеть от будущих результатов деятельности лица, передавшего право, и может в связи с этим содержать элементы риска с точки зрения результатов деятельности, который должен быть отражен при определении такого рода стоимости. В случае отсутствия соглашения между сторонами в споре суд по делам о несостоятельности будет вынужден принимать на основании представленных свидетельств решение о том, сохраняется ли экономическая стоимость обеспечительных прав.

h. Ускоренная реорганизационная процедура

42. В течение последних лет значительное внимание уделялось разработке ускоренной реорганизационной процедуры ("ускоренная процедура") как средству упорядочения реорганизации предприятия должника без возникновения издержек или задержек, с которыми сопряжена формальная реорганизационная процедура, в ситуациях, когда все или почти все крупные кредиторы должника (как правило, иные, чем коммерческие кредиторы) в состоянии достичь соглашения в отношении условий реорганизации.

43. Ускоренная процедура может принимать форму процедуры, при которой i) кредиторы сначала проводят переговоры относительно условий предлагаемого плана реорганизации до открытия формального производства по делу о несостоятельности, ii) затем открывается формальное производство по делу о несостоятельности и iii) план реорганизации представляется суду по делам о несостоятельности на одобрение на ускоренной основе (однако при условии соблюдения таких же требований в отношении его обнародования и проведения голосования всеми кредиторами должника, а также соблюдения других процедурных требований, которые применимы при формальной реорганизационной процедуре). В случае его одобрения план реорганизации станет обязательным для не давших на него своего согласия кредиторов таким же образом, что и при формальной реорганизационной процедуре (см. документ A/AC.9/WG.V/WP.63/Add.12). Однако некоторые предложения в отношении ускоренной процедуры предусматривают меньшую степень участия суда по делам о несостоятельности и полагаются главным образом на соглашения, достигнутые крупными кредиторами должника, с возможностью прибегать к суду только в ограниченных целях. Ускоренная процедура может также предусматривать положения о получении финансирования должника после открытия производства и ускоренный порядок обеспечения судебного надзора за выполнением постановлений суда по делам о несостоятельности.

44. С точки зрения содействия наличию обеспеченного кредитования по низкой стоимости крайне важно, чтобы ускоренная процедура не сводила на нет разумные ожидания обеспеченных кредиторов и не порождала обстоятельства, при которых обеспеченный кредитор окажется в худшем положении в результате применения такой процедуры, чем в случае формального производства по делу о несостоятельности. Так, например, ускоренная процедура не должна без согласия обеспеченного кредитора лишать этого кредитора способности реализовать полную экономическую стоимость его обремененных активов и должна в разумной степени компенсировать обеспеченного кредитора за любое уменьшение такой стоимости, возникшее в результате использования таких активов должником в ходе применения такой процедуры. Кроме того, ускоренная процедура не должна сводить на нет разумные ожидания обеспеченного

кредитора на основании его кредитных документов и применимого права в отношении выбора норм права или соответствующего суда.

45. В целом существование в какой-либо данной правовой системе надлежащим образом разработанной ускоренной процедуры, в ходе которой соблюдаются рассматривавшиеся выше принципы, побуждало бы кредиторов предоставлять обеспеченные кредиты в такой правовой системе.

В. Резюме и рекомендации

46. Режим обеспеченных сделок должен признавать право обеспеченных кредиторов на экономическую стоимость их обеспечительных прав и сохранять приоритет обеспечительных прав, существовавший до наступления несостоятельности. Любые исключения должны быть ограниченными, ясными и предсказуемыми.

47. В принципе обремененные активы должны включаться в состав имущественной массы в деле о несостоятельности.

[Примечание для рабочих групп: Рабочие группы, возможно, пожелают рассмотреть вопрос о добавлении рекомендации в отношении того, должны ли активы, являющиеся предметом соглашения о передаче или удержании правового титула, быть частью имущественной массы (см. пункт 12 и примечание).]

48. Если от обеспеченных кредиторов требуется участие в производстве по делу о несостоятельности, то режим несостоятельности должен обеспечивать, чтобы такое участие было достаточно эффективным для защиты интересов обеспеченных кредиторов.

49. Различие между производством по делу о несостоятельности, призванным ликвидировать активы несостоятельного должника, и производством, призванным сохранить предприятие несостоятельного должника, обосновывают различный режим моратория на принудительную реализацию обеспечительных прав в ходе таких видов производства. С немногими исключениями (см. пункт 11) необходимость установления моратория на принудительную реализацию обеспечительного права является менее настоятельной тогда, когда производство по делу о несостоятельности представляет собой ликвидационную процедуру, чем тогда, когда оно является реорганизационной процедурой. Применение моратория, срок его действия и основания для освобождения от действия моратория должны быть скорректированы соответствующим образом. В любом случае обеспеченным кредиторам следует предоставить гарантии надлежащей защиты экономической стоимости их обеспечительных прав тогда, когда осуществление их права на принудительную реализацию их обеспечительных прав отложено на значительный срок в результате установления моратория.

50. С учетом любых действий по расторжению сделок обеспечительные права, созданные до открытия производства по делу о несостоятельности, должны быть в равной мере действительными в ходе такого производства.

51. В качестве общего правила производство по делу о несостоятельности не должно изменять приоритет обеспеченных требований, превалировавших до открытия такого производства. Определенность и транспарентность в отношении любых необходимых исключений будут способствовать ограничению неблагоприятного воздействия этого на наличие и стоимость кредитов.

52. Законодательство о несостоятельности должно содержать конкретное положение о финансировании после открытия производства, с тем чтобы кредитор, предоставляющий кредит должнику до открытия производства по делу о несостоятельности, мог учесть возможность финансирования после открытия производства до предоставления такого кредита (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.14).

53. Ускоренная процедура не должна сводить на нет разумные ожидания обеспеченных кредиторов или приводить к возникновению обстоятельств, при которых обеспеченный кредитор находится в худшем положении при использовании такой процедуры, чем в случае формального производства по делу о несостоятельности.
