

Аналітично-дорадчий центр Блакитної стрічки

Проект фінансується ЄС, співфінансується та виконується ПРООН

<http://brc.undp.org.ua>



Зауваження до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України (щодо захисту прав кредиторів)»

Підготував старший експерт Аналітично-дорадчого центру
Блакитної стрічки, к.ю.н. Єфименко А.П.

Зауваження підготовлені Аналітично-дорадчим центром Блакитної стрічки - проектом, який фінансується ЄС, співфінансується та виконується ПРООН. Думки, висновки чи рекомендації належать виключно автору і можуть не збігатися з офіційною точкою зору Європейського Союзу, Програми розвитку ООН чи інших організацій та закладів системи ООН.

Київ, липень 2010 року

Ми цілком підтримуємо мету, яка ставилася при розробці законопроекту. Дійсно, невиконання чи ухилення від виконання договірних зобов'язань є колосальною проблемою, яка стримує розвиток української економіки, створює атмосферу взаємної недовіри, загрожує фінансовій стабільності держави та створює соціальну напругу, оскільки демонструє, що найбільш раціональною та вигідною є антисоціальна поведінка суб'єктів із нехтуванням взятих на себе зобов'язань. З незрозумілих причин для українського законодавства є характерним надання переваги боржнику перед кредитором, а українське законодавство щодо виконавчого провадження є недосконалим і не забезпечує швидкого та ефективного виконання зобов'язань (стягнення компенсації). Ці недоліки із початком фінансової кризи призвели до масштабної дестабілізації майнового обороту та загрожують стабільності національної фінансової системи. Ми вважаємо, що із продовженням існування ситуації правової невизначеності та відсутності належного захисту прав кредиторів деструктивний вплив, пов'язаний із формуванням атмосфери всеохоплюючої недовіри, лише посилюватиметься, а випадки фінансових негараздів серед банків можуть викликати панічні настрої у вкладників. Виходячи з вищенаведеного ми вважаємо, що вдосконалення законодавства щодо захисту прав кредиторів та підвищення ефективності та безпечності виконавчого провадження є запорукою від повторення масштабної фінансової кризи, яку може спровокувати критична маса безкарних порушень договірних зобов'язань. Разом з тим ми вважаємо, що запропонований проект потребує суттєвого доопрацювання для того, щоб досягти поставленої перед ним мети та уникнути зворотнього ефекту.

1. Ми не можемо підтримати пропозицію авторів законопроекту щодо внесення змін до ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» щодо нерозповсюдження процедури банкрутства на фізичних осіб-підприємців щодо зобов'язань, які стосуються майна, набутого такими особами *«на підставах, не пов'язаних із здійсненням такою особою підприємницької діяльності»*. Ми вважаємо за необхідне зауважити, що такий підхід не узгоджується із загальновизнаною в світі практикою, за якою фізична особа-підприємець по всіх своїх зобов'язаннях (як в контексті здійснення підприємницької діяльності, так і в якості споживача) відповідає всім належним такій особі майном. Поділ майна фізичної особи-підприємця на таке, яке використовується для підприємницької діяльності, і таке, яким особа користується для особистих потреб, із встановленням обмежень щодо звернення стягнення на таке майно в залежності від цілей його набуття може призвести до численних та масштабних зловживань боржників. Проблемою буде те, що дуже важко провести поділ майна фізичної особи-підприємця на таке, що використовується для підприємницької діяльності та для задоволення особистих потреб, але за умови відсутності чіткого бухгалтерського обліку та обмежень щодо підстав переведення майна з однієї до іншої категорії не можна буде уникнути ситуації, коли особа братиме на себе фінансові зобов'язання в якості фізичної особи - підприємця, а придбане за результатами таких дій майно оголошуватиме таким, що використовується для задоволення особистих потреб. Разом з тим, ми погоджуємось, що останнім часом набула поширення схема ухилення боржника від виконання зобов'язань за договорами кредиту, забезпеченими заставою, через застосування процедури банкрутства фізичної особи – підприємця. Але на нашу думку, ця проблема є суто технічною і має бути вирішена через внесення змін до законодавства про виконавче провадження, за яким вимоги заставоутримувача при зверненні стягнення на предмет застави мають бути відшкодовані в пріоритетному порядку.

2. Ми розуміємо технічну проблему, яку розробники намагаються вирішити внесенням змін до визначення «грошового зобов'язання» в ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Вона полягає в тому, що у боржника, щодо якого порушено провадження про визнання неплатоспроможним, є грошові зобов'язання, на які не розповсюджується дія мораторію на виконання зобов'язань. Ми вважаємо вкрай невдалим обраний розробниками шлях, який полягає в тому, щоб виключити окремі зобов'язання як такі з поняття «грошове зобов'язання», тоді як, на наш погляд, більш доцільно було б просто встановити, що на такі зобов'язання дія мораторію не розповсюджується.

3. Ми також розуміємо проблему численних порушень прав забезпечених кредиторів, яку розробники намагаються вирішити через розширення визначення «конкурсних кредиторів» для того, щоб включити в їх склад забезпечених кредиторів. Втім ми вважаємо такий підхід не зовсім вдалим. Практика виділення кредиторів, вимоги яких до боржника забезпечені заставою майна (іпотекою) в окрему категорію кредиторів, яка не отримує представництва в комітеті кредиторів, є загальним підходом до регулювання неплатоспроможності у всіх країнах. В основі такого підходу лежить припущення, що інтересам забезпечених кредиторів нічого не загрожує (адже вони є забезпеченими конкретним майном), і тому забезпечені кредитори будуть менш схильні вживати заходів щодо відновлення платоспроможності боржника. Проблемою є те, що недосконалість законодавства про виконавче провадження та високий рівень зловживань і порушень процедури, що мають місце при санаційних процедурах, нерідко призводить до відчуження предмета застави без відома заставоутримувача та без того, щоб погасити забезпечене грошове зобов'язання в пріоритетному порядку. На нашу думку, відповіддю на цю проблему має стати, по-перше, вдосконалення регулювання санаційних процедур і технічне унеможливлення відчуження предмету застави без згоди заставоутримувача, а також встановлення персональної майнової відповідальності за особу, яка порушила відповідні вимоги (арбітражного керуючого).

4. Пропозиція щодо внесення уточнюючого доповнення у визначення мораторію на виконання зобов'язань, на нашу думку, не досягає поставленого завдання, яке полягає в тому, щоб заходи примусового стягнення майна (звернення стягнення на предмет застави) тимчасово не застосовувались проти конкретного боржника, щодо якого набрав чинності мораторій, пов'язаний із здійсненням санаційних процедур, в той час як трапляються непоодинокі випадки перекрученого трактування цієї норми і розповсюдження мораторію також на виконання зобов'язань третіми сторонами (гарантами, поручителями), які надали забезпечення. На нашу думку, запропонована редакція потребує змін, пов'язаних з чітким зазначенням, що зупиняються заходи звернення стягнення на майно боржника, пов'язані із реалізацією (вилученням) предмету застави. Можливо, слід також зазначити, що вимоги кредиторів, які забезпечені договорами гарантії чи поруки та регресних кредиторів (гарантів та поручителів), які виконали зобов'язання перед кредитором і отримали всі права такого кредитора, не можуть вважатися забезпеченими та відносяться до загальної черги незабезпечених кредиторів.

5. З огляду на поширену практику зловживань арбітражними керуючими своїми повноваженнями та вкрай низькими репутаційними ризиками арбітражних керуючих ми підтримуємо пропозицію щодо посилення та деталізації зобов'язань арбітражного керуючого щодо інформування кредиторів та забезпечених кредиторів щодо місця, часу та умов реалізації майна боржника (внесення змін до пп.5 ст. 3¹ Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».)

6. Ми вважаємо цілком слушною пропозицію доповнити ст. 7 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» положенням про відповідальність боржника, який, маючи очевидні свідчення власної неплатоспроможності, намагається приховати свій фінансовий стан та не звертається своєчасно із заявою про порушення справи про неплатоспроможність, чим завдає шкоди інтересам кредиторів, оскільки збільшується їх чисельність, обсяг зобов'язань та зменшуються активи боржника. Законодавство розвинутих країн обов'язково містить положення щодо відповідальності за зволікання направлення боржником заяви про власну неплатоспроможність. Однак запропонована редакція цієї норми позбавлена практичного сенсу, оскільки боржник перебуває в стані неспроможності виконати свої майнові зобов'язання і встановлення додаткової цивільно-правової відповідальності боржника навряд чи справить суттєвий вплив на мотивацію його керівництва. В розвинутих країнах застосовується ефективний механізм, який стимулює керівництво боржника своєчасно звертатися із заявою про порушення справи про неплатоспроможність. Він полягає у покладенні на керівників юридичної особи субсидіарної (або солідарної) відповідальності за зобов'язаннями боржника у випадку свідомого зволікання із поданням заяви та приховування фінансового стану боржника. Перспектива звернення кредитором стягнення на персональне майно голови та членів виконавчого органу є потужним стимулом своєчасного подання заяви про неплатоспроможність.

7. Ми підтримуємо пропозицію щодо внесення змін до ст. 11 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». Вкрай важливим є встановлення чіткого механізму повідомлення якомога ширшого кола заінтересованих осіб про юридичний факт порушення справи про неплатоспроможність боржника і, відповідно, зміни в його правовому положенні.

8. Не викликають заперечень пропозиції розробників щодо внесення змін до ст. 12 та 13 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

9. Як ми вже зазначали, ми вважаємо концептуальною помилкою спробу розробників ввести поділ майна боржника на таке, яке використовується для власних побутових потреб та інше, яке застосовується у підприємницькій діяльності. Такий поділ, на нашу думку, буде неефективним і поставить кредиторів у дуже незручне становище. Отже, ми не підтримуємо пропозиції розробників щодо внесення змін у п. 7 ст.47 та п. 1 ст. 48 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом».

10. Ми вважаємо, що концепція розщеплення права власності та поява сурогатів права власності, - так званих «права повного господарського відання» та «права оперативного управління», успадкованих з радянського господарського права, абсолютно не узгоджується із такими базовими правовими інститутами, якими є інститут юридичної особи (яка вважається повноважним власником свого майна) та інститут власності (як абсолютного правового панування над речами). У ст. 51 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» розробники зіткнулися лише з частиною правових колізій, до яких призводить застосування застарілих правових інститутів, які є несумісними з базовими правовими концепціями сучасних правових систем. Ми схильні підтримати пропозиції розробників щодо внесення змін до ст. 51 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»,

хоча, на нашу думку, українське законодавство потребує рішучих реформ щодо викорінення застарілих та неефективних концепцій.

11. Ми не маємо суттєвих заперечень до пропозицій розробників щодо внесення змін до Закону України «Про виконавче провадження» та Закону України «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень».

12. Ми вважаємо, що пропозиції розробників щодо внесення змін до Закону «Про банки та банківську діяльність» потребують суттєвого доопрацювання з тим, щоб узгодити право банків на розпорядження належними їм правами вимоги (пошук покупців та відчуження прав вимоги) із зобов'язаннями банку зберігати банківську таємницю. Так, ми вважаємо, що на підготовчій стадії переговорів щодо продажу (відчуження) прав вимоги для збереження банківської таємниці банк може розкривати інформацію щодо розміру та умов укладеної з клієнтом угоди, але має зобов'язання уникати розкриття інформації, яка б дозволяла ідентифікувати особу клієнта. Також, на нашу думку, слід закріпити принцип, за яким банк звільняється від зобов'язання щодо збереження банківської таємниці стосовно правочину, виконання за яким прострочено з вини клієнта. Також ми вважаємо за необхідне належним чином визчити іноземний досвід щодо регулювання відносин між банками та колекторськими компаніями з тим, щоб уникнути ситуацій з перекладанням банками відповідальності за неправомірні дії щодо боржників на колекторські компанії, чи поставити діяльність колекторських компаній поза межі закону, залишивши невизначеним їх правовий статус.

13. Ми підтримуємо пропозиції розробників стосовно внесення змін до законів України „Про охорону дитинства”, «Про іпотеку» та «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» в частині зняття обмежень на виселення боржників, що мають неповнолітніх дітей, з житлового приміщення, отриманого боржником на умовах іпотеки. Цей механізм дійсно ставить іпотекодержателя у надзвичайно не вигідне становище, дозволяючи боржнику невизначено довгий строк уникати виконання взятого на себе зобов'язання без настання негативних правових наслідків у формі вилучення предмету іпотеки. Надання таких необґрунтованих переваг боржникові призвело до того, що банки відмовляють в укладенні договору іпотеки особам, що мають неповнолітніх дітей. Таким чином, наслідком надання пільг особам, що мають неповнолітніх дітей, стала фактична дискримінація і неможливість для таких осіб укласти договір про іпотеку.

14. Ми не вважаємо за доцільне вносити зміни у ст. 49 Закону України «Про іпотеку» щодо скасування можливості припинення іпотеки у випадку, якщо іпотекодержатель у другий раз не скористався можливістю придбати предмет іпотеки за початковою ціною прилюдних торгів. На нашу думку, така норма дозволяє значною мірою уникнути ситуації правової невизначеності, пов'язаної із невизначено довгим періодом, протягом якого іпотекодержатель зможе ініціювати продаж предмету іпотеки, та необмежену кількість таких спроб.

15. Ми підтримуємо пропозиції розробників щодо внесення уточнюючих положень до ст. 25 Господарсько-процесуального кодексу України щодо врегулювання питань процесуального правонаступництва (заміни сторони в процесі).

16. Ми підтримуємо пропозицію розробників щодо розширення кола осіб, які можуть стати суб'єктами злочину, передбаченого ст.222 Кримінального кодексу України

(Шахрайство з фінансовими ресурсами) за рахунок фізичних осіб. Ми цілком підтримуємо цю пропозицію тому, що обсяг кредитів, отриманих фізичною особою, може бути цілком співставним із кредитами, що залучаються фізичною особою-підприємцем, і значно перевищувати обсяг суми, з якої настає кримінальна відповідальність за крадіжку.

17. Ми також підтримуємо запропоновану розробниками нову редакцію ст. 388 Кримінального кодексу України (Незаконні дії щодо майна, на яке накладено арешт, заставленого майна або майна, яке описано чи підлягає конфіскації), оскільки масштаб зловживань при відчуженні арештованого майна або предмета застави фактично підриває віру у чесне і справедливе провадження процедури звернення стягнення на майно боржника та можливості кредиторів захистити свої законні інтереси.

18. Пропозиції щодо внесення змін до Цивільного кодексу стосовно регулювання припинення юридичних осіб мають на меті ліквідувати суттєві прогалини у регулюванні цього складного процесу, які дозволяли недобросовісним боржникам легальними шляхами ухилятися від виконання зобов'язань, а недобросовісним кредиторам шантажувати боржників. Запропоновані зміни фактично спрямовані на приведення положень Цивільного кодексу України у відповідність із Директивами ЄС з права компаній (Третьою (про злиття), Шостою (про поділ)). Концептуальні помилки, допущені при регулюванні припинення несуть у собі серйозну загрозу для стабільності майнового обороту та української економіки.

19. Ми не можемо погодитись із запропонованою новеллою щодо введення концепції «добрросовісного заставоутримувача». Потрібно зазначити що Цивільний кодекс містить суттєву концептуальну диспропорцію щодо захисту прав «добрросовісного набувача», яка вже призвела до численних цинічних порушень прав власників, та сформувала небезпечну судову практику. Законодавцю слід привести ідеологію Цивільного кодексу у відповідне з загальновизнаними концептуальними засадами – надання пріоритету захисту прав власника, запобігання випадкам позбавлення власності через незаконне вилучення речі та спробам легалізації протиправно вилученого майна. Однак існуючий небезпечний концептуальний перекис, може набути загрозливих масштабів та глибини у разі впровадження концепції «добрросовісного заставодержателя». Означена концепція ще більше послабить дію принципу захисту прав власника, потягне розбалансування не тільки у гулузі цивільного права, але й послаблення ефективності всієї правової системи.

20. Принцип забезпечення вкладникам банків права на дострокове повернення депозитів, є одним з ключових принципів, спрямованих на захист прав споживачів у відносинах з банками. Певною мірою він спрямований на стримування паніки, яка виникає серед вкладників банків у кризових ситуаціях. Ми вважаємо вкрай недоцільним скасування відповідної норми Цивільного кодексу. З одного боку, наявність у вкладників такої можливості ускладнює ситуацію для банків у випадках кризових явищ, коли банки попадають у ситуацію необхідності достроково повернути залучені гроші вкладникам, тоді як самі не можуть вимагати від боржників дострокового погашення кредитів. З іншого боку, наявність такого права у вкладників стимулює їх тримати кошти в банках та дозволяє пом'якшувати сезонні коливання на ринках банківських депозитів та уникнути ситуації самостверджуючихся прогнозів викликаних завчасною відмовою пролонгування депозитів. Іншою важливою функцією, яку виконує відповідна норма, це зняття відповідальності з уряду та зниження соціальної напруги. Очевидно, що навіть у розвинутих державах контроль та зовнішнє управління фінансовою інституцією, яка опинилася в скрутному

положенні в переважній більшості випадків не гарантує відновлення її фінансової спроможності та своєчасних виплат по депозитах. Втім, ми розуміємо гостроту проблеми і наголошуємо, що існування означеної норми продиктоване в першу чергу концепцією захисту прав споживачів, і може бути обмежено стосовно відносин із підприємцями та юридичними особами.