



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
15 April 2005

Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Тридцать восьмая сессия
Вена, 4-15 июля 2005 года

Законодательство о несостоятельности

Возможная будущая работа в области законодательства о несостоятельности

Добавление

Финансирование после возбуждения производства по делу о несостоятельности в случае международной реорганизации

Приведенные ниже выдержки из Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности представлены для справки в связи с предложением, содержащимся в документе A/CN.9/582/Add.4.

Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Часть вторая, глава II, раздел D

D. Финансирование после возбуждения производства по делу о несостоятельности

1. Необходимость в финансировании после открытия производства по делу о несостоятельности

94. *(Пункт 94 излагается в пункте 5 документа A/CN.9/582/Add.4)*

95. Чтобы обеспечить продолжение коммерческой деятельности, когда она является предметом производства, весьма желательно определиться в вопросе о



необходимости новых финансовых средств на первоначальном этапе, в некоторых случаях даже в период между подачей заявления и открытием производства. После этого первоначального периода, особенно в ходе реорганизационного производства, наличие новых финансовых средств будет также иметь важное значение после открытия производства и до рассмотрения плана; получение финансовых средств в период после утверждения плана, как правило, должно быть предусмотрено в этом плане, особенно в тех правовых системах, которые запрещают новые заимствования, если план не предусматривает такую необходимость.

96. Несмотря на то что для проведения производства может быть желательным наличие у должника возможности получения новых денежных средств, в правовых системах ряда стран предоставление новых денежных средств в случае несостоятельности ограничивается либо вопрос о новом финансировании и очередности его выплаты в случае несостоятельности конкретно не рассматривается, что приводит к неопределенности. Например, согласно законодательству ряда стран, новые денежные средства могут быть предоставлены только под обеспечение, поскольку предоставление преференций в отношении новых заимствований запрещается. В случаях отсутствия необремененных активов или отсутствия избыточной стоимости в уже обремененных активах, которые должник может предложить в качестве обеспечения или с помощью которых должник мог бы удовлетворить приоритетное требование по административным расходам, у должника остается ограниченный выбор. Возможности получить новые денежные средства не будет, если только заимодатель не готов взять на себя риск предоставления ссуды без обеспечения либо если средства могут быть получены из таких источников, как семья должника или другие компании холдинга. В отсутствие благоприятного или ясного режима в законодательстве о несостоятельности предоставление финансовых средств в период до открытия производства по делу о несостоятельности может также поднять сложные вопросы, касающиеся использования полномочий на расторжение сделок и ответственности как заимодателя, так и должника. Например, в законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрено, что в тех случаях, когда заимодатель предоставляет средства неплатежеспособному должнику в этот период, он может нести ответственность за любое увеличение обязательств других кредиторов, иначе соглашение о предоставлении средств будет подлежать расторжению в ходе последующего производства по делу о несостоятельности. Законодательство ряда других стран возлагает задачу заимствования средств на управляющего в деле о несостоятельности, но в этом случае может возникнуть вопрос о персональной ответственности за выплату долга.

97. В случаях, когда законодательство о несостоятельности направлено на осуществление производства по делу о несостоятельности, при котором неплатежеспособное коммерческое предприятие должно продолжать коммерческую деятельность, будь то в форме его реорганизации или ликвидации путем продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы, принципиально важно решить вопрос нового финансирования и рассмотреть ограничения, подобные описанным выше. В законодательстве о несостоятельности может признаваться необходимость финансирования после открытия производства, устанавливаться порядок выдачи разрешения на такое финансирование и очередность выплат заимодателю в погашение ссуд. Центральным вопросом является вопрос о круге полномочий и, в частности, о том, какие стимулы могут быть предложены потенциальному

кредитору, чтобы заинтересовать его в предоставлении финансовых средств. В той степени, в которой принятое решение будет оказывать воздействие на права существующих обеспеченных кредиторов или лиц, обладающих приоритетным по времени интересом в активах, желательно, чтобы положения, касающиеся финансирования после открытия производства, были сбалансированы с учетом ряда факторов. К таким факторам относится общая необходимость исполнения коммерческих сделок, защиты уже существующих прав и очередности требований кредиторов и минимизации любых негативных последствий с точки зрения доступности кредита, в частности обеспеченного финансирования, которые могут возникнуть в результате вмешательства в уже существующие обеспечительные права и приоритеты. Важно также рассмотреть воздействие на необеспеченных кредиторов, которые могут столкнуться с тем, что оставшиеся необеспеченные активы будут использованы для обеспечения новых заимствований, а на распределение ничего не останется, особенно если реорганизация не удалась. Этот риск должен быть уравновешен перспективой, что сохранение стоимости функционирующей хозяйственной единицы путем продолжения ее деятельности будет выгодно таким кредиторам.

98. Кроме вопросов доступности и обеспечения или очередности нового кредитования, в законодательстве о несостоятельности необходимо будет предусмотреть порядок выдачи разрешения на привлечение вышеупомянутых новых денежных средств (см. ниже, пункты 105 и 106), а на случай неудачи реорганизации и преобразования реорганизационного производства в ликвидационное, – режим в отношении средств, которые могли быть выделены до такого преобразования (см. ниже, пункт 107).

2. Источники финансирования после открытия производства

99. По всей вероятности, кредитование после открытия производства может быть получено только из ограниченного числа источников. Это в первую очередь заимодатели, которые предоставляли ссуды должнику еще до наступления несостоятельности, либо продавцы товаров, которые поддерживают с должником и его предприятием постоянные отношения и могут предоставлять новые средства или торговые кредиты, с тем чтобы повысить вероятность получения выплат по уже существующим требованиям и, возможно, получить дополнительную прибыль в результате более высоких ставок по новым кредитам. Ко второй группе относятся заимодатели, которые не имели связи с предприятием должника до наступления несостоятельности и побудительной причиной для которых может быть лишь только перспектива получения высокой прибыли. Стимулом для обеих категорий кредиторов является уверенность в том, что финансированию после открытия производства будет предоставлен специальный режим. Для существующих заимодателей дополнительными стимулами будут также выступать их сохраняющиеся отношения с должником и его предприятием, гарантия того, что условия, на которых были предоставлены кредиты до открытия производства, не будут изменены, а согласно законодательству некоторых стран, – также и вероятность того, что, если они не предоставят финансовые средства до открытия производства, приоритет может получить заимодатель, который такие средства предоставляет.

3. Привлечение финансовых средств после открытия производства – предоставление приоритета или обеспечения

100. Для привлечения финансовых средств после открытия производства и для того, чтобы обеспечить их погашение, можно использовать ряд различных подходов. Торговый кредит или задолженность, приобретенные управляющим в деле о несостоятельности в ходе обычных коммерческих операций (или должником, сохранившим право владения), может автоматически расцениваться как административные расходы. Если получение кредита или возникновение задолженности имеет принципиальное значение для максимального повышения стоимости активов и кредит или финансовые средства не могут быть в ином случае расценены как административные расходы или выходят за рамки обычных коммерческих операций, суд может разрешить расценивать кредит или задолженность как административные расходы, которым предоставляется наивысший приоритет по сравнению с другими административными расходами или обеспечение в отношении необремененных или частично обремененных активов.

а) Установление приоритета

101. Если предприятие должника продолжает свою деятельность после открытия производства по делу о несостоятельности, либо при попытке провести реорганизацию, либо для сохранения стоимости посредством продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы, расходы, понесенные в процессе осуществления деятельности, согласно законодательству о несостоятельности ряда государств, обычно оплачиваются как административные расходы. Заемодатели, предоставившие кредиты на покрытие административных расходов и имеющие преимущественное право требования, не имеют преимущества перед обеспеченными кредиторами в отношении их обеспечительного интереса, но, как правило, получают преимущество (см. главу V, пункты 45–47 и 66) перед обычными необеспеченными кредиторами и любыми преимущественными требованиями, установленными в законе, например требованиями по налогам или выплатам в счет социального страхования. Поставщики товаров и услуг будут лишь продолжать поставлять в кредит эти товары и услуги управляющему в деле о несостоятельности, если у них есть веские основания рассчитывать на преимущество в выплатах перед необеспеченными кредиторами, предоставившими кредит до открытия производства. В некоторых случаях такой приоритет предоставляется на основе того, что новый кредит или финансовые средства выделяются не должнику, а управляющему в деле о несостоятельности, и таким образом переходит в статью издержек по управлению имущественной массой должника. Законодательство некоторых стран о несостоятельности требует одобрения такого кредита или финансирования судом или кредиторами, в то время как законодательство о несостоятельности других стран предусматривает, что управляющий в деле о несостоятельности может получить необходимый кредит или финансирование без одобрения. Это может нести в себе элемент персональной ответственности управляющего в деле о несостоятельности и в этом случае вполне способно вызвать нежелание изыскивать новые финансовые средства.

102. В законодательстве других стран о несостоятельности предусматривается административный "суперприоритет", если не доступен кредит или финансирование, которые расцениваются как административное требование, имеющее равный статус

с другими административными требованиями, такими как оплата услуг управляющего в деле о несостоятельности или специалиста, нанятого для ведения дела. "Суперприоритетные" требования имеют преимущество перед административными кредиторами.

b) Предоставление обеспечения

103. Когда заимодавец требует обеспечения, оно может быть предоставлено в отношении необремененных активов или как обеспечение более низкого порядка на уже обремененные активы, если стоимость обремененного актива в достаточной степени превышает сумму уже существующего обеспеченного обязательства. В таком случае, как правило, не требуется никакой особой защиты уже существующих обеспеченных кредиторов, поскольку их права не будут затронуты, за исключением случаев, когда в последствии изменятся обстоятельства (например, стоимость обремененных активов начинает уменьшаться), и они сохраняют свое преимущество, возникшее до открытия производства, в отношении обремененного актива в случае, если не будет достигнуто соглашение об ином. Часто единственными необремененными активами, которые могут иметься в наличии для обеспечения финансирования после открытия производства по делу, являются активы, возвращенные в результате расторжения сделок. Однако, согласно законодательству некоторых стран о несостоятельности, предоставление обеспечения в отношении таких активов является спорным вопросом и не разрешается.

104. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что новые кредиты могут быть предоставлены с некоторым приоритетом по сравнению с уже существующими обеспеченными кредиторами (который иногда называется "первоочередным привилегированным требованием"). В странах, где допускается такой вид приоритета, суды, рассматривающие дела о несостоятельности, признают риск для существующих обеспеченных кредиторов и разрешают такие виды приоритета неохотно, только в качестве последнего средства. Такой приоритет может предоставляться на определенных условиях, например на условии направления уведомления затронутым обеспеченным кредиторам и предоставления им возможности быть заслушанными в суде; представления должником доказательств того, что он не может получить необходимые финансовые средства без приоритета; и обеспечения защиты от любого снижения экономической ценности обремененных активов, в том числе за счет избыточной стоимости обремененного актива. В некоторых правовых системах для покрытия нового кредитования предусмотрены все виды приоритетов, суперприоритет, обеспечение и первоочередное привилегированное требование с целью привлечения финансовых средств после открытия производства по делу. Как правило, экономические права существовавших ранее обеспеченных кредиторов следует защищать от необоснованных нарушений. При необходимости это можно осуществить, как уже отмечалось выше (см. пункты 63–69), путем периодических платежей или предоставления обеспечительных прав в отношении дополнительных активов взамен на любые активы, которые могут быть использованы должником или обременены для получения нового кредита.

4. Предоставление разрешения на привлечение финансовых средств после открытия производства

105. При рассмотрении вопроса о предоставлении разрешения на новое кредитование желательно увязывать его с вопросом о возможном ущербе или вероятных выгодах от выделения новых финансовых средств. В законодательстве о несостоятельности ряда стран предусматривается, что управляющий в деле о несостоятельности (либо, по законодательству некоторых стран, должник, находящийся во владении) вправе определять потребность в новых денежных средствах для продолжения функционирования или выживания предприятия либо для сохранения или преумножения стоимости имущественной массы, а также получить необеспеченный кредит без согласия со стороны суда или кредиторов. Законодательство других стран требует при определенных обстоятельствах утверждения со стороны суда или кредиторов. Принимая во внимание тот факт, что потребность в новых финансовых средствах для обеспечения бесперебойного функционирования предприятия может носить достаточно неотложный характер, желательно свести к минимуму число необходимых разрешений. Законодательство о несостоятельности может быть основано на иерархическом подходе к необходимым разрешениям, в зависимости от предоставляемого обеспечения или приоритета, а также от размера получаемого кредита или финансовых средств. Хотя требование участия суда в решении этого вопроса может в целом способствовать обеспечению прозрачности и предоставить дополнительные гарантии кредиторам, во многих случаях управляющий в деле о несостоятельности может лучше оценить необходимость в новом финансировании. Аналогичным образом, если обеспеченные кредиторы соглашаются на пересмотр режима их обеспечительных интересов, утверждение со стороны суда может не потребоваться. В любом случае суд, как правило, не располагает специальными знаниями или информацией, дополняющими сведения, представленные управляющим в деле о несостоятельности, в обоснование своего решения.

106. Вопрос о предоставлении обеспечения в отношении необремененных или частично обремененных активов обычно не требует одобрения со стороны суда. Если в законодательстве о несостоятельности установлен уровень приоритета, который в целом может быть предоставлен, например административный приоритет, одобрение суда может не потребоваться. Если одобрение суда будет все же сочтено желательным, то можно принять компромиссный подход, установив порог, выше которого требуется одобрение суда. Однако, если предоставляемое обеспечение или устанавливаемый приоритет затрагивает интересы, например, существующих обеспеченных кредиторов и эти обеспеченные кредиторы не поддерживают предлагаемые меры, следует требовать одобрения суда.

5. Последствия изменения характера производства

107. Законодательство некоторых стран о несостоятельности предусматривает, что любое обеспечение или приоритет, предоставляемые в отношении нового кредитования, могут быть аннулированы при последующей ликвидации, что может повлечь за собой ответственность за затягивание начала ликвидационного производства и за потенциальный ущерб интересам кредиторов. Такой подход может затормозить начало реорганизации. Предпочтителен подход, при котором кредиторы, получающие приоритет для нового финансирования, сохраняют этот

приоритет при любой последующей ликвидации. Существует еще один вариант решения данного вопроса, согласно которому при последующей ликвидации приоритет признается, но его первоначальный порядок может не сохраниться: например, она может оказаться ниже очередности административных требований, связанных с расходами на ликвидацию, либо быть одинаковой (*pari passu*) с административными расходами.

Рекомендации 63–68

Привлечение и предоставление разрешения на привлечение финансовых средств после открытия производства (пункты 94–100, 105 и 106)

63. Законодательство о несостоятельности должно способствовать и предусматривать стимулы для получения финансирования после открытия производства управляющим в деле о несостоятельности, если управляющий в деле о несостоятельности установит, что это необходимо для продолжения функционирования или выживания предприятия должника либо сохранения или преумножения стоимости имущественной массы. Законодательство о несостоятельности может требовать разрешения суда или кредиторов на предоставление финансирования после открытия производства.

Установление приоритета в отношении финансирования после открытия производства по делу о несостоятельности (пункты 101 и 102)

64. Законодательство о несостоятельности должно установить приоритет, который может быть предоставлен в отношении финансирования после открытия производства, обеспечивая, как минимум, преимущественное право выплаты займодателю, предоставившему финансирование после открытия производства, по сравнению с обычными необеспеченными кредиторами, включая тех необеспеченных кредиторов, которые имеют административный приоритет.

Предоставление обеспечения в отношении финансирования после открытия производства по делу о несостоятельности (пункты 103 и 104)

65. Законодательство о несостоятельности должно позволить предоставление обеспечительного интереса в погашение финансовых средств, выделенных после открытия производства, включая обеспечительный интерес по необремененному активу, в том числе активу, приобретенному впоследствии, либо обеспечительный интерес более низкого приоритета по уже обремененному активу в составе имущественной массы.

66. В законодательстве о несостоятельности необходимо указать, что обеспечительный интерес в отношении активов в составе имущественной массы, предоставленный для получения финансирования после открытия производства, не имеет преимущества над любым существующим обеспечительным интересом в отношении тех же самых активов, за исключением случаев, когда управляющий в деле о несостоятельности получает согласие существующего(их) обеспеченного(ых) кредитора(ов) или следует процедуре, указанной в рекомендации 67.

67. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что, если существующий обеспеченный кредитор не дает согласия, суд может разрешить

создание обеспечительного интереса, который будет иметь преимущество перед уже существующими обеспечительными интересами, при условии соблюдения установленных условий, в том числе:

- a) существующий обеспеченный кредитор получил возможность быть заслушанным в суде;
- b) должник может доказать, что он не может получить финансирование каким-либо иным способом; и
- c) интересы существующего обеспеченного кредитора защищены.

Последствия изменения характера производства для финансирования после открытия производства по делу о несостоятельности (пункт 107)

68. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что в случае преобразования реорганизационного производства в ликвидационное любой приоритет, предоставленный в отношении финансирования после открытия производства в процессе реорганизации, должен по-прежнему признаваться при ликвидации.

Часть вторая, глава II, раздел В

Защита и сохранение имущественной массы несостоятельного должника

5. Момент введения моратория

i) Временные меры

47. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности, где не предусмотрено автоматическое открытие производства при подаче заявления, заявление о введении моратория дополняется временными мерами, решение о которых может быть принято в период между подачей заявления и открытием производства с целью защиты активов должника, которые потенциально являются имущественной массой в деле о несостоятельности, и коллективных интересов кредиторов. Даже если решение об открытии производства принимается в сжатые сроки, существует потенциальная опасность изменения в эти сроки положения на предприятии должника и распыления активов должника: должник может поддаться искушению вывести активы из своего коммерческого предприятия, а кредиторы, узнав о подаче заявления, могут воспользоваться средствами правовой защиты против должника, с тем чтобы предупредить последствия любого моратория, который может быть введен при открытии производства. При таких обстоятельствах отсутствие временных мер может помешать достижению целей производства по делу о несостоятельности. Как и в отношении большинства других временных мер, потребность в судебной защите является, как правило, неотложной и должна покрывать любой потенциальный ущерб от принятия таких мер.

48. Если законодательство о несостоятельности разрешает принять временные меры, важно, чтобы оно также содержало положение о периодическом пересмотре и, при необходимости, обновлении таких мер судом, а также чтобы в законодательстве был урегулирован вопрос о том, как эти меры применяются после открытия

производства по делу о несостоятельности. Во многих случаях потребность в дальнейшем применении временных мер после возбуждения производства по делу о несостоятельности может отпасть, поскольку их заменят меры, применяемые после открытия производства. Однако, если специальная предварительная защита не обеспечивается мерами, применяемыми после открытия производства, а потребность в такой защите остается после открытия производства, при соответствующих обстоятельствах суд может продлить действие таких временных мер. Временные меры могут быть также прекращены, если заявление об открытии производства отклоняется или приказ о принятии временных мер успешно оспорен.

ii) Виды временных мер

49. Временные меры могут быть приняты на основании заявления должника, кредиторов, третьих сторон или постановления суда, вынесенного по собственной инициативе. Они могут включать: назначение временного управляющего в деле о несостоятельности или иных лиц (кроме должника) для управления предприятием должника или осуществления надзора за его деятельностью с целью защиты активов и интересов кредиторов; наложение запрета на действия должника по распоряжению активами; установление контроля над некоторыми или всеми активами должника; приостановление действий кредиторов по принудительной реализации обеспеченных прав в отношении должника; введение моратория на любые иски кредиторов в отношении активов должника, например со стороны обеспеченного кредитора или путем сохранения правового титула за его обладателем; либо предотвращение возбуждения или продолжения рассмотрения индивидуальных исков кредиторов с целью принудительного взыскания по их требованиям.

50. Если управляющий в деле о несостоятельности назначается в качестве временной меры, он не может обладать столь же широкими правами, что и управляющий в деле о несостоятельности, назначенный после открытия производства по делу, а его функции могут ограничиваться защитой активов и интересов кредиторов. Например, ему может быть предоставлено право использовать активы должника и распоряжаться ими в ходе обычных хозяйственных операций, а также реализовывать эти активы полностью или частично, с тем чтобы защитить и сохранить стоимость тех активов, которые в силу их характера или каких-либо иных обстоятельств являются скоропортящимися, могут подвергнуться обесценению или какому-либо иному риску. В любом случае может потребоваться сбалансировать меру ответственности между временным управляющим в деле о несостоятельности и должником в отношении ведения хозяйства должника, учитывая отсутствие на тот момент решения об открытии производства по делу. Поскольку значительный ущерб предприятию должника или правам кредиторов может возникнуть в ситуациях, когда суд окончательно решает отклонить заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, желательно, чтобы суд лишь осуществил полномочия по назначению временных мер, если он убедился, что активы должника находятся под угрозой. В целом должник сможет продолжать осуществлять свою хозяйственную деятельность и пользоваться активами, а также распоряжаться ими в ходе обычных коммерческих операций, но в пределах, ограниченных судом.

iii) Требования в отношении доказательств

51. Поскольку эти меры носят временный характер и принимаются до вынесения судом решения о соблюдении критериев открытия производства, законодательство

может предусматривать требование, чтобы суд убедился в существовании достаточной вероятности соответствия должника требованиям, необходимым для открытия производства. Если о назначении такой меры ходатайствует не должник, а какая-либо иная сторона, суд может предложить заявителю представить ему доказательства того, что эти меры необходимы для сохранения стоимости или предотвращения распыления активов должника. В том случае, если производство впоследствии не возбуждается или назначение меры, о которой ходатайствовали, наносит определенный ущерб хозяйственной деятельности должника, может также потребоваться обеспечение в той или иной форме для покрытия затрат, сборов или убытков, например сумм, предоставленных в качестве залога. Если временные меры назначаются с нарушением каких-либо правил, целесообразно предоставить суду право оценить затраты, сборы и убытки и присудить их возмещение заявителем, ходатайствовавшим о такой мере.

iv) Уведомление и постановление о назначении временных мер

52. В законодательстве о несостоятельности, возможно, потребуется также рассмотреть вопрос об уведомлении, касающемся как ходатайства, так и постановления о назначении временных мер (в том числе и момента введения их в действие), а также о том, какие стороны следует уведомлять. В соответствии с общими правилами должнику следует направлять уведомление о назначении временных мер и о возможности оспорить подобный акт. Желательно, чтобы только в исключительных обстоятельствах уведомление должнику не направлялось, а временные меры продолжали приниматься в одностороннем порядке. Хотя законодательство многих стран позволяет принимать временные меры в одностороннем порядке, обычно это делается при условии, что заявитель предоставляет обеспечение для покрытия расходов и убытков и может доказать срочный характер назначения таких мер, то есть что в случае, если заявителю придется добиваться назначения требуемой меры в соответствии с обычной процедурой, предусматривающей уведомление за несколько дней, будет нанесен невосполнимый ущерб. Тем не менее, если постановление о назначении временных мер выносится в одностороннем порядке, у должника, как правило, должно иметься право на получение уведомления о вынесении такого постановления, а также на возможность быть заслушанным. Если учесть необходимость излишних расходов для должника, в отношении которого впоследствии не будет возбуждено производство по делу о несостоятельности, следует направить уведомление относительно постановления о назначении временных мер лишь сторонам, которых непосредственно затрагивает это постановление. Уведомление следует направить также другим сторонам, если их интересы будут затронуты временными мерами, о которых ходатайствовали.

v) Защита в отношении временных мер

53. Потребность в предоставлении защиты может возникнуть в тех случаях, когда в результате применения временных мер, в частности изменения или прекращения, наносится ущерб интересам лиц, против которых направлены такие меры. В качестве примера можно привести дела, связанные со скоропортящимися продуктами; иски, касающиеся сохранения или определения количественных параметров требований к должнику; и, в некоторых ситуациях, интересы обеспеченных кредиторов. Масштабы такой защиты потребуются, по всей видимости, соразмерять с потенциальным ущербом совокупным интересам

кредиторов или активам должника. Такая защита может быть предоставлена по ходатайству затронутой стороны, управляющего в деле о несостоятельности или по инициативе самого суда, и, как правило, при этом необходимо предоставить лицу или лицам, которых коснулось изменение или прекращение, уведомление и возможность быть заслушанными. Если постановление о назначении временных мер успешно оспорено, меры, как правило, прекращаются или изменяются судом.

8. Защита обеспеченных кредиторов

b) Защита стоимости

63. Законодательство некоторых стран о несостоятельности содержит положения, специально разработанные для предотвращения негативных последствий моратория для обеспеченных кредиторов посредством сохранения экономической стоимости обеспеченных требований в течение срока действия моратория (в некоторых правовых системах это называется "надлежащей защитой"). Если в рамках имущественной массы должника можно сохранить стоимость обремененных активов, можно использовать несколько различных подходов.

i) Защита стоимости обремененного актива

64. Один из таких подходов заключается в защите стоимости самого обремененного актива при условии, что после ликвидации выручка от продажи этого обремененного актива будет непосредственно передана кредитору в объеме обеспеченной части его требования. Применение такого подхода может потребовать принятия ряда мер.

65. В течение срока действия моратория стоимость обремененного актива может уменьшиться. Поскольку в момент последующего распределения степень, в который обеспеченный кредитор получит приоритет, будет ограничена стоимостью обремененного актива, такое снижение стоимости может нанести ущерб интересам обеспеченного кредитора. В законодательстве некоторых стран о несостоятельности предусмотрено, что управляющий в деле о несостоятельности должен защищать обеспеченных кредиторов от любого уменьшения стоимости либо посредством предоставления дополнительных или заменяющих активов, либо посредством периодического осуществления наличных выплат в соответствии с объемом такого уменьшения стоимости. Такой подход необходим лишь в тех случаях, когда стоимость обремененного актива меньше суммы обеспеченного требования. Если стоимость обремененного актива превышает сумму требования, обеспеченный кредитор не понесет ущерба от уменьшения стоимости до тех пор, пока стоимость не станет недостаточной для производства платежей по обеспеченному требованию. В некоторых странах, где стоимость обремененного актива сохраняется указанным выше способом, разрешается также выплачивать проценты в течение срока действия моратория с целью обеспечить компенсацию за задержки, вызванные процессом производства. Однако выплата процентов может допускаться лишь в том объеме, в котором стоимость обремененного актива превышает стоимость обеспеченного требования. В противном случае компенсация за задержку может сократить стоимость активов, доступных для необеспеченных кредиторов. Такой подход может подтолкнуть кредиторов к тому, чтобы потребовать предоставления обеспечения, которое надлежащим образом защищало бы стоимость их требований.

Оценка обремененных активов

66. Главную роль в защите стоимости обремененных активов играет механизм определения стоимости этих активов, что должно дать суду возможность решить, предоставлять ли и в какой степени предоставлять обеспеченным кредиторам защиту от уменьшения стоимости обремененных активов в ходе производства. Эта потенциально сложная проблема связана с вопросом о том, на основе чего должна проводиться оценка стоимости (например, на основе стоимости действующего предприятия или находящегося в процессе ликвидации), установления стороны, которая проведет оценку, и определения даты, на которую должна устанавливаться стоимость, с учетом цели ее установления. В некоторых случаях стороны могут проводить оценку активов до открытия производства, и эта оценка будет действительна на момент открытия производства. Может возникнуть необходимость в оценке совокупной стоимости сразу после открытия производства с целью регистрации всех активов и пассивов и составления чистого баланса состояния должника, с тем чтобы управляющий в деле о несостоятельности имел некоторое представление о стоимости имущественной массы. Оценка активов, в частности обремененных активов, может потребоваться в ходе производства по делу, чтобы определить стоимость обеспеченного требования (и любого соответствующего необеспеченного требования), а также решить вопросы предоставления защиты в связи с каким-либо уменьшением этой стоимости. Может также потребоваться оценка активов в целях распоряжения частями коммерческого предприятия или конкретными активами вне рамок обычной предпринимательской деятельности и при подтверждении одобренного плана реорганизации с целью удовлетворения применимых критериев. В связи с этим возникает вопрос о расходах на проведение оценки и о том, какая сторона должна покрыть эти расходы.

67. Один из подходов заключается в том, чтобы провести оценку, по крайней мере, на первоначальном этапе по соглашению между сторонами (то есть должника или управляющего в деле о несостоятельности и обеспеченного кредитора). В законодательстве других стран предусмотрены различные подходы с участием суда. Например, вместо проведения самой оценки суд может указать способ установления стоимости, в частности, с привлечением соответствующих экспертов. При этом можно использовать принципы, четко определенные в законодательстве о несостоятельности, которые могут стать основой для проведения оценки. Еще один подход состоит в том, что суд, возможно, после первоначальной предварительной или экспертной оценки стоимости управляющим в деле о несостоятельности определяет стоимость на основе доказательств, которыми могут стать материалы состояния рынков, данные об условиях на этих рынках, а также показания экспертов. В некоторых законах требуется осуществление рыночной оценки актива посредством его продажи, когда с помощью тендера или аукциона удастся получить самую высокую цену за данный актив, какая может быть предложена на рынке. Такой метод оценки реже применим к защите стоимости обремененного актива или обеспеченного требования, чем при реализации активов, входящих в состав имущественной массы, управляющим в деле о несостоятельности.

68. В некоторых случаях ликвидации управляющий в делах о несостоятельности может прийти к выводу о необходимости использовать или реализовать обремененные активы (см. ниже, пункты 83–86), с тем чтобы максимально повысить стоимость имущественной массы. Например, если управляющий в деле о несостоятельности считает, что стоимость имущественной массы может быть

максимально повышена, если предприятие продолжит функционировать в течение временного периода при ликвидации, он может пожелать продать частично обремененное имущество. В случае реорганизации продажа обремененных активов аналогичного характера для обеспечения необходимого оборотного капитала также может быть выгодна для состояния имущественной массы. Так, в делах, когда обеспеченные кредиторы защищены с помощью мер по сохранению стоимости обремененного актива, желательно, чтобы законодательство о несостоятельности содержало положения, разрешающие управляющему в деле о несостоятельности по его выбору предоставить кредитору взамен эквивалентное обеспечение, такое как право залогового удержания какого-либо другого актива или поступления от продажи обремененного актива либо выплатить полную сумму стоимости активов, которые обеспечивают обеспеченное требование, как немедленно, так и на основании согласованного графика выплат. В рамках других подходов главный акцент делается на использовании поступлений от продажи обремененных активов (см. ниже, пункты 92 и 93). Один из методов заключается в том, что суд не допускает использование этой выручки управляющим в деле о несостоятельности ни в настоящем, ни в будущем. В законодательстве других стран на обеспеченных кредиторов не распространяется действие моратория, и разрешается поиск индивидуальных средств правовой защиты в отношении таких поступлений, а если использование этих поступлений не разрешено ни обеспеченным кредитором, ни суду, должник, руководство его предприятия или управляющий в деле о несостоятельности назначаются лично ответственными за сумму поступлений, или такой долг объявляется не подлежащим погашению.

ii) *Защита стоимости обеспеченной части требования*

69. Второй подход к защите интересов обеспеченных кредиторов состоит в сохранении стоимости обеспеченной части требования. Сразу после открытия производства обремененный актив оценивается, и на основе этой оценки устанавливается сумма обеспеченной части требования кредитора. Эта сумма остается фиксированной на протяжении всего производства, и при распределении после ликвидации требование обеспеченного кредитора удовлетворяется в объеме этой суммы в первую очередь. В ходе производства обеспеченный кредитор может также получать проценты по предусмотренной в договоре ставке, начисляемые на обеспеченную часть требования, в качестве компенсации за задержку, вызванную производством. Этот подход позволяет избежать некоторых сложностей, связанных в текущей оценкой обремененных активов, которая может потребоваться в соответствии с первым подходом, изложенным выше.

Рекомендации 39–45 и 50

Временные меры (пункты 47–53)

39. В законодательстве о несостоятельности следует указать, что суд может предоставить временные защитительные меры по просьбе должника, кредиторов или третьих сторон, если эти меры необходимы для защиты и сохранения стоимости активов должника или интересов кредиторов, в период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства, в том числе:

а) введение моратория на исполнительные действия в отношении активов должника, включая иски о приведении в действие обеспечительных интересов в отношении третьих сторон и принудительное осуществление обеспечительных интересов;

б) поручение распоряжения или надзора над предприятием должника, что может включать право использования или распоряжения активами в ходе обычных коммерческих операций, управляющему в деле о несостоятельности или другого лица, назначенного судом;

с) предоставление управляющему в деле о несостоятельности или другому лицу, назначенному судом, права реализовать все или часть активов должника для защиты и сохранения стоимости активов должника, которые, по своему характеру или в силу иных обстоятельств являются скоропортящимися, могут быть подвергнуты обесценению или иным рискам; и

д) любую другую защитительную меру, которая применима или доступна при открытии производства согласно рекомендациям 46 и 48.

Возмещение в связи с временными мерами (пункт 51)

40. Законодательство о несостоятельности может предоставить суду право:

а) потребовать, чтобы лицо, ходатайствовавшее о назначении временных мер, предоставило возмещение, а при необходимости покрыло расходы или сборы; или

б) наложить санкции в связи с применением временных мер.

Распределение прав между должником и управляющим в деле о несостоятельности (пункты 50 и 70–73)

41. В законодательстве о несостоятельности должно быть четко указано, как распределяются права и обязанности между должником и управляющим в деле о несостоятельности, назначенным в качестве временной меры. В период между подачей заявления об открытии производства по делу о несостоятельности и открытием такого производства должник должен иметь право продолжать свои коммерческие операции и пользоваться и распоряжаться активами в рамках обычных коммерческих операций, но в пределах, ограниченных судом.

Уведомление (пункт 52)

42. В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, что, если суд не ограничит круг сторон, подлежащих уведомлению, или не отменит необходимость такого уведомления, соответствующее уведомление должно быть направлено тем сторонам, интересы которых затрагиваются:

а) заявлением или постановлением суда о назначении временных мер (включая заявление о пересмотре и изменении или прекращении временных мер); и

б) постановлением суда о назначении дополнительных мер в отношении открытия производства, если суд не ограничит круг сторон, подлежащих уведомлению, или не отменит необходимость такого уведомления.

Временные меры, применяемые в одностороннем порядке (пункт 52)

43. В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, что, если должник или другая сторона, интересы которой затрагиваются временной мерой, не был уведомлен о заявлении о назначении такой временной меры, должник или другая сторона, интересы которой затрагиваются временной мерой, имеет право на основании срочного заявления быть немедленно заслушанной по вопросу о том, следует ли продолжать применение защитительной меры.

Изменение или прекращение временных мер (пункт 53)

44. В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, что суд по собственной инициативе или по просьбе управляющего в деле о несостоятельности, должника, кредитора или любого другого лица, затронутого временными мерами, может пересмотреть, изменить или прекратить применение этих мер.

Прекращение временных мер (пункты 53 и глава I, пункт 63)

45. В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, что временные меры прекращаются, когда:

- a) отклонено заявление об открытии производства;
- b) постановление о назначении временных мер успешно оспорено согласно рекомендации 43; и
- c) меры, применимые при открытии производства, вступили в действие, если только суд не продолжит их действие.

Защита от снижения стоимости обремененных активов (пункты 63–69)

50. В законодательстве о несостоятельности должно быть указано, что при подаче заявления в суд обеспеченный кредитор должен иметь право на защиту стоимости актива, в котором он имеет обеспечительный интерес. Суд может назначить соответствующие меры защиты, которые могут включать:

- a) наличные выплаты из имущественной массы;
- b) предоставление дополнительных обеспечительных интересов; или
- c) любые другие меры, которые установит суд.