



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
30 September 2003

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Тридцатая сессия
Нью-Йорк, 29 марта – 2 апреля 2004 года

Проект руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1–8	3
1. Построение и сфера применения Руководства	1–3	3
2. Глоссарий	4–8	4
А. Замечания по терминологии	4–8	4
В. Термины и определения		5
Часть первая		
Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности	9–79	12
I. Введение	9–30	12
A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности ..	11–22	13
1. Обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста	12	13
2. Максимальное повышение стоимости активов	13	13
3. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией	14	14
4. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении	15	14
5. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности	16–17	15
6. Сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами	18	15

7.	Обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации.....	19–20	16
8.	Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований.....	21	16
9.	Создание основ для трансграничной несостоятельности.....	22	17
V.	Установление баланса между ключевыми целями.....	23–27	17
C.	Общие черты законодательства о несостоятельности.....	28–30	19
II.	Механизм устранения финансовых трудностей должника.....	31–71	21
A.	Переговоры о добровольной реструктуризации.....	31–46	21
1.	Необходимые предварительные условия.....	34	22
2.	Основные процедуры.....	35–45	23
a)	Начало переговоров.....	36	23
b)	Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета.....	37	23
c)	Согласование "паузы".....	38	23
d)	Привлечение консультантов.....	39	24
e)	Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности.....	40–41	24
f)	Доступ к информации о должнике.....	42	24
g)	Отношения с кредиторами.....	43–45	25
3.	Правила и руководящие принципы добровольной реструктуризации....	46	25
V.	Виды производства по делу о несостоятельности.....	47–69	26
1.	Реорганизационное производство.....	51–57	27
2.	Ускоренное реорганизационное производство.....	58–60	30
3.	Ликвидация.....	61–64	30
4.	Организация законодательства о несостоятельности.....	65–69	32
C.	Административные процедуры.....	70–71	34
III.	Институциональные основы.....	72–79	35

Введение

1. Построение и сфера применения Руководства

1. Цель настоящего *Руководства* состоит в содействии разработке эффективной и действенной основы разрешения финансовых затруднений, с которыми сталкиваются должники. Оно предназначено для использования в качестве справочного документа национальными органами власти и законодательными органами при подготовке новых законов или анализе адекватности действующих законов и законодательных положений. В *Руководстве* содержится рекомендация в отношении достижения баланса между необходимостью устранения финансовых трудностей должника наиболее оперативным и эффективным способом и интересами различных сторон, непосредственно затрагиваемых этими финансовыми затруднениями, в первую очередь кредиторов и других сторон, имеющих определенную долю в предприятии должника, а также соображениями государственной политики. В *Руководстве* рассматривается ряд вопросов, которые имеют решающее значение для разработки эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, что признается во многих правовых системах несмотря на многочисленные различия в политическом и законодательном режимах. Основное внимание уделяется производству по делу о несостоятельности, которое открывается и ведется в соответствии с законодательством о несостоятельности, при этом сделан упор на реорганизацию. Кроме того, рассматриваются не регулируемые законодательством о несостоятельности вопросы более широкого использования и значимости переговоров о добровольной реструктуризации между должником и его кредиторами. Помимо рассмотрения требований внутреннего законодательства о несостоятельности, в *Руководство* включен текст Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и *Руководства* по его принятию.

2. В *Руководстве* не предлагается единого для всех набора единообразных решений вопросов, имеющих ключевое значение для эффективности и действенности законодательства о несостоятельности, но оно помогает читателям оценить различные возможные подходы и выбрать один из них, наиболее подходящий в конкретных национальных или местных условиях. Первый раздел каждой главы *Руководства* содержит комментарий, в котором излагаются ключевые вопросы для рассмотрения и обсуждения, а также анализируются различные подходы, принятые в рамках законодательства о несостоятельности. Во второй части каждой главы содержится ряд рекомендуемых законодательных принципов. Эти рекомендации предназначены для содействия в разработке законодательной основы для несостоятельности, которая одновременно отличалась бы эффективностью и действенностью и отражала нынешние события и тенденции в области несостоятельности. Читателю рекомендуется изучить рекомендации по законодательным вопросам вместе с комментариями, в которых представлена подробная информация, для лучшего понимания этих рекомендаций и обсуждения не включенных в них вопросов. Ввиду важного значения обеспечения кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности и с учетом вопросов политики, связанных с применяемым к кредиторам режимом в рамках законодательства о несостоятельности, пользователям *Руководства* также рекомендуется обращаться к *Руководству* для законодательных органов по обеспеченным сделкам ЮНСИТРАЛ.

3. Включенные в *Руководство* рекомендации относятся к важнейшим вопросам, которые необходимо рассматривать в рамках законодательства, относящегося к несостоятельности. Они не затрагивают другие области права, которые, как это отмечается в тексте *Руководства*, оказывают воздействие как на структуру законодательства о несостоятельности, так и на производство по делу о несостоятельности, открытому в соответствии с этим законодательством. Кроме того, успешное соблюдение режима несостоятельности требует, помимо создания соответствующей законодательной структуры, различных мер, в особенности создания адекватной институциональной инфраструктуры, организационного потенциала, наличия опытных специалистов, а также необходимых людских и финансовых ресурсов. Хотя эти вопросы рассматриваются в комментарии, в рекомендациях для законодательных органов они в целом не раскрываются, за исключением случаев, когда они относятся к специалистам по делам о несостоятельности, назначенным для управления имущественной массой.

2. Глоссарий

А. Замечания по терминологии

4. Приводимые ниже термины предназначены для того, чтобы ориентировать читателя *Руководства*: многие термины, например "обеспеченный кредитор", "ликвидация" и "реорганизация", могут иметь принципиально разное значение в различных правовых системах, и включение в *Руководство* того или иного определения может способствовать обеспечению четкого и широкого понимания рассматриваемых в *Руководстве* понятий.

Ссылки в *Руководстве* на "суд"

5. *Руководство* основывается на предположении о том, что на протяжении всего производства по делу о несостоятельности за ним осуществляется надзор со стороны суда, что может предусматривать полномочия открывать производство по делу о несостоятельности, назначать управляющего в деле о несостоятельности, осуществлять надзор за его деятельностью и принимать решения в ходе такого производства. Хотя такой надзор может быть целесообразным в качестве общего принципа, можно рассмотреть и альтернативные случаи, когда, например, суды не в состоянии осуществлять работу по делам о несостоятельности (будь то по причине отсутствия ресурсов или необходимого опыта) или когда предпочтение отдается надзору со стороны какого-либо административного органа (см. часть первую, главу III, "Институциональные основы"). С учетом специфики этого процесса и задачи, выполняемой учреждением-посредником в рамках излагаемых в части первой, главе II, административных процессов, предполагается, что такое учреждение не обязательно должно быть судом в значении этого термина в настоящем *Руководстве*.

6. Для упрощения текста в *Руководстве* слово "суд" используется таким же образом, что и в статье 2 е) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, для обозначения судебного или иного органа, компетентного осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности.

Ссылки на "законодательство"

7. Ссылки в Руководстве на "законодательство" являются ссылками на законодательство о несостоятельности, если не указано иного.

Правила толкования

8. Использование союза "или" не предполагает исключения других вариантов; использование единственного числа не исключает множественного числа; использование слов "включает" или "включая" не предполагает указания на исчерпывающий перечень; слово "может" указывает на разрешение, а слова "должен" и "следует" – предписание; слова "такие как" и "например" следует толковать таким же образом, как "включает" или "включая".

В. Термины и определения

Административные требования или расходы	Требования, которые относятся к издержкам и расходам на ведение производства, таким как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, работающим по найму у управляющего в деле о несостоятельности, расходы в связи с продолжением деятельности должника; долги, возникающие в связи с надлежащим выполнением управляющим в деле о несостоятельности своих функций и полномочий, расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных обязательств, и расходы на производство.
[Активы должника	Имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в собственности, будь то находящейся или не находящейся во владении должника, материальной или нематериальной, движимом или недвижимом имуществе, включая интересы должника в активах, в отношении которых действуют обеспечительные интересы, или в активах третьих сторон.]
[Взаимозачет	Одной из форм может быть зачет требований (см. "зачет требований") по неденежным однородным позициям (например, ценных бумаг или товаров, поставляемых в одну и ту же дату, – практика, именуемая урегулированием путем взаимозачета), а более важной формой является аннулирование контрагентом открытых контрактов с должником, после чего производится зачет потерь и прибылей с обеих сторон (окончательный взаимозачет).]
[Государственное предприятие	[<i>Будет дополнено</i>].]
[Государственный орган	Государство или государственное подразделение, включая министерства, ведомства, учреждения или другие представительные государственные органы.]
Должник	Физическое или юридическое лицо, которое занимается коммерческой деятельностью и которое удовлетворяет критериям для возбуждения производства по делу о несостоятельности.

Заинтересованные стороны	Должник, управляющий в деле о несостоятельности, кредитор, держатель акций, комитет кредиторов, государственный орган или любая иная сторона, чьи права, обязательства или интересы затрагиваются производством по делу о несостоятельности ¹ .
[Зачет требований]	Ситуация, когда требование в отношении определенной денежной суммы, причитающейся определенному лицу, "зачитывается" (погашается) против требования другой стороны в отношении определенной денежной суммы, причитающейся с этого первого лица. Зачет требований может полностью или частично применяться в качестве возражения в отношении требования выплаты определенной денежной суммы.]
[Защита стоимости обремененных активов]	Меры, направленные на сохранение экономической стоимости обеспечительного интереса в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых системах называемые "надлежащей защитой"). Такая защита может иметь особое значение в тех случаях, когда сумма обеспеченного требования превышает стоимость обремененных активов или даже когда стоимость обремененных активов превышает сумму обеспеченного требования, но стоимость обремененных активов уменьшается, и в конечном счете может быть недостаточной для удовлетворения обеспеченного требования. Такое уменьшение стоимости может затрагиваться применением моратория по отношению к обеспеченным кредиторам или использованием обремененных активов в ходе производства по делу о несостоятельности. Защита может быть обеспечена путем выплат наличных средств, предоставления альтернативного или дополнительного обеспечения или с помощью других средств, которые, по определению суда, обеспечат необходимую защиту. В случае, когда стоимость обремененных активов превышает стоимость обеспеченного требования и ее сокращение маловероятно, необходимости в защите может и не возникнуть.]
Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности	Заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, которое может быть подано, среди прочего, должником, кредиторами или правительственным органом.
Имущественная масса в деле о несостоятельности	Активы и права должника, которые контролируются или за которыми осуществляет надзор управляющий в деле о несостоятельности и которые являются предметом производства по делу о несостоятельности.

¹ Это определение не предусматривает включение лиц, имеющих отдаленные или неопределенные интересы, которые затрагиваются законодательством о несостоятельности или производством по делу о несостоятельности.

Имущественная масса	См. имущественная масса в деле о несостоятельности.
Комитет кредиторов	Представительный орган, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности.
Ликвидация	Порядок объединения и обращения активов должника в денежные средства в целях их распределения в соответствии с законодательством о несостоятельности.
[Лицо, связанное с должником]	Лицо, которое в состоянии или было в состоянии контролировать должника, в том числе руководитель или служащий какого-либо юридического лица, акционер или партнер такого юридического лица, руководитель, служащий или акционер какого-либо юридического лица, состоящий в родстве с должником, в том числе любой родственник такого лица; "родственник" лица, связанного с должником, означает супруга или супругу, родителей, бабу и деда, сына, дочь, брата или сестру лица, связанного с должником.]
[Мораторий на процессуальные действия]	Мера, которая предотвращает возбуждение – или приостанавливает продолжение – судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязанностей или обязательств должника, включая формализацию или принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; а также предотвращает взыскание в отношении активов, входящих в имущественную массу, прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к любым активам или правам, входящим в имущественную массу.]
[Необеспеченный долг]	Совокупная сумма требований, не подкрепляемых обеспечением.]
[Необеспеченный кредитор]	Любой кредитор, который не обладает обеспечением, или любой обычный кредитор, который не имеет преимущественных прав.]
Несостоятельность	Ситуация, когда должник, как правило, не способен оплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда сумма обязательств должника превышает стоимость его активов.
[Обеспеченное требование]	Требование, которое подкрепляется обеспечительным интересом, принимаемым в качестве гарантии по долгу, и которое может быть взыскано в случае неисполнения со стороны должника при наступлении срока погашения долга.]
[Обеспеченный долг]	[Совокупная сумма обеспеченных требований] или

[Обеспеченный кредитор	[требования обеспеченных кредиторов].] Кредитор, являющийся держателем либо обеспечительного интереса, который полностью или частично охватывает активы должника, либо обеспечительного интереса в конкретных активах, предоставляющего кредитору приоритет по сравнению с другими кредиторами в отношении активов, служащих обеспечением.]
[Обеспечительный интерес	Предоставленное какой-либо стороной право или интерес, обязывающий эту сторону произвести платеж или исполнить обязательство. Независимо от того, был ли обеспечительный интерес создан добровольно, по соглашению, или принудительно в силу закона, он, как правило, включает ипотеку, залог, обременение и право удержания, но не ограничивается ими. "Ценные бумаги" означают любые акции, облигации или другие финансовые инструменты или активы (кроме денежной наличности), или интерес в них.]
Обремененные активы	Активы, в отношении которых кредитор получил обеспечительный интерес.
Обременительные активы	Активы, которые могут не иметь стоимости или иметь незначительную стоимость имущественной массы, например, когда активы обременены таким образом, что их сохранение потребует чрезмерных расходов, которые превысят поступления от реализации таких активов или приведут к возникновению обременительного обязательства или ответственности по выплате денежной суммы.
Обычные коммерческие операции	Перечисления средств или операции, которые осуществляются в соответствии с коммерческими операциями до начала производства по делу о несостоятельности.
Освобождение от обязательств	Освобождение должника от обязательств, которые были или могли быть затронуты в ходе производства по делу о несостоятельности.
Открытие производства	Событие, определяющее дату, с которой начинают действовать последствия несостоятельности, или судебное решение об открытии производства по делу о несостоятельности, независимо от того, является ли такое решение окончательным.
Отчуждение	Любое средство передачи или разделения активов или интересов в активах, будь то полностью или частично.
<i>Pari passu</i>	Принцип, в соответствии с которым к находящимся в одинаковом положении кредиторам применяется режим, соразмерный их требованиям, и эти требования удовлетворяются на пропорциональной основе из общей

	массы активов предприятия.
Переговоры о добровольной реструктуризации	Переговоры, которые не регулируются в рамках законодательства о несостоятельности и в которых, как правило, участвуют должник и несколько либо все его кредиторы.
[План реорганизации	План, с помощью которого финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены. Законодательство о несостоятельности может предусматривать, чтобы такой план представлялся различными сторонами (должником, кредиторами и управляющим в деле о несостоятельности), и может требовать подтверждения этого плана судом после его одобрения требуемым числом кредиторов. В плане могут рассматриваться такие вопросы, как график осуществления данной процедуры, принимаемые обязательства, условия платежа и обеспечение, предоставляемое кредиторам, действия по расторжению сделок и режим в отношении неисполненных контрактов, включая контракты найма.]
[Подозрительный период	Период, к которому относятся некоторые сделки, которые могут подлежать расторжению. Этот период обычно рассчитывается ретроактивно от даты подачи заявления об открытии производства по делу о несостоятельности или от даты открытия этого производства.]
Положения о расторжении сделок	Положения, позволяющие по причинам, связанным с делом о несостоятельности, аннулировать сделки, совершенные до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы в общих интересах кредиторов или в интересах сохранения имущественной массы.
Последующее требование	Требование, возникающее в связи с действием или упущением, которое имеет место после открытия производства по делу о несостоятельности.
[Правила очередности	Правила, на основании которых предписывается распределение между кредиторами и акционерами.]
Предприятие	Любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги [Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, статья 2 f)].
[Преимущественное требование	Требование, подлежащее оплате за счет имеющихся активов до платежа общей массе необеспеченных кредиторов.]
Преференция	Сделка, осуществляемая несостоятельным должником, при которой кредитор приобретает или получает

[Приоритет	<p>преимущества, превышающие его пропорциональную долю в активах должника.</p> <p>Преимущественное право какого-либо лица по отношению к праву другого лица и в той мере, в которой это уместно для такой цели, включает определение того, является ли это право личным или имущественным правом, является ли оно правом, обеспечивающим долг или иное обязательство, и были ли выполнены любые требования, необходимые для придания этому праву силы в отношении конкурирующего заявителя требования [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле, статья 5].]</p>
Продажа функционирующей хозяйственной единицы	Продажа или передача предприятия в целом или его существенной части в противоположность продаже отдельных активов предприятия.
Производство по делу о несостоятельности	Коллективное судебное или административное производство, целью которого является либо реорганизация, либо ликвидация коммерческого предприятия должника и которое ведется в соответствии с законодательством о несостоятельности.
[Реорганизация	Процедура, с помощью которой финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены и деловые операции такого предприятия могут быть продолжены за счет применения различных методов, которые могут включать списание долгов, пересмотр сроков погашения задолженности, конверсию задолженности в акции и продажу коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы.]
[Соглашение о взаимозачете	<p>Соглашение между двумя или более сторонами, которое предусматривает одно или более из следующих действий:</p> <p>i) чистый расчет по платежам, причитающимся в одной и той же валюте на одну и ту же дату, будь то путем новации или каким-либо иным способом;</p> <p>ii) в случае несостоятельности или иного неисполнения своих обязательств одной из сторон – прекращение всех незавершенных сделок с расчетом по восстановительной стоимости или цене свободного рынка, пересчет таких денежных сумм в единую валюту и выплата после взаимозачета единой суммой одной стороной другой стороне; или</p> <p>iii) зачет сумм, рассчитанных в порядке, предусмотренном в подпункте ii) настоящего определения, по двум или более соглашениям о взаимозачете [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5 l)].]</p>
[Суперприоритет	Приоритет, имеющий своим результатом производство

Требование	платежей по требованиям, к которым относится суперприоритет, до платежей по административным требованиям.] Право требовать от должника денежные средства или активы, которое может основываться на долге или договоре, может быть на установленную или не установленную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемым или неоспариваемым, обеспеченным или необеспеченным, фиксированным или условным.
[Удержание правового титула	Положение договора поставки товаров, которое направлено на резервирование права собственности поставщика на товар до уплаты покупной цены.]
Управляющий в деле о несостоятельности	Лицо или орган, ответственный за управление имущественной массой.
[Финансовый договор	Означает любую сделку-спот, сделку на срок, фьючерсную сделку, опционную сделку или сделку-своп в отношении процентных ставок, товаров, денежных инструментов, акций, облигаций, индексов или любых других финансовых инструментов, любую сделку по обратной покупке или кредитованию ценными бумагами и любую иную сделку, аналогичную любой вышеупомянутой сделке, заключенную на финансовых рынках, и любое сочетание упомянутых выше сделок [Конвенция ЮНСИТРАЛ об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2002 год), статья 5 k).]
Центр основных интересов	Место, в котором должник осуществляет управление своими интересами на регулярной основе и которое по этой причине третьи стороны могут установить в качестве такового ² .

² Правило ЕС о производстве по делу о несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 года, декларативная часть (пункт 13).

Часть первая

Определение ключевых целей и разработка структуры эффективного и действенного законодательства о несостоятельности

I. Введение

9. В тех случаях, когда должник не в состоянии выплатить свою задолженность и исполнить свои обязательства при наступлении сроков их погашения, правовые системы большинства стран предусматривают правовой механизм для удовлетворения на коллективной основе подлежащих погашению требований за счет всех активов (будь то материальных или нематериальных), принадлежащих должнику. Такой правовой механизм должен обеспечить учет целого ряда интересов: во-первых, интересов сторон, включая должника, собственников и администрацию должника, кредиторов, которые могут быть обеспечены в различной степени (в том числе налоговых органов и других государственных органов-кредиторов), служащих, гарантов задолженности и поставщиков товаров и услуг, а также правовых, коммерческих и социальных институтов и видов практики, которые имеют отношение к структуре законодательства о несостоятельности, включая институциональную основу, требующуюся для его функционирования. В целом, такой механизм должен обеспечивать баланс не только между разными интересами этих субъектов, но и между такими интересами и соответствующими социальными, политическими и другими основополагающими соображениями, которые влияют на экономические и правовые цели несостоятельности.

10. В правовых системах большинства стран существуют нормы, касающиеся различных видов производства (обозначаемых в настоящем Руководстве общим термином "производство по делу о несостоятельности"), которые могут быть возбуждены в целях устранения финансовых трудностей должника. Преследуя общую цель устранения финансовых трудностей должника, эти виды производства принимают ряд различных форм, в отношении которых не всегда используется единообразная терминология, и могут включать элементы, которые можно описать как "официальные" или "неофициальные". Официальное производство по делу о несостоятельности открывается в соответствии с законодательством о несостоятельности и регулируется таким законодательством. Оно, как правило, охватывает и ликвидационное, и реорганизационное производство. Неофициальные процедуры несостоятельности не регулируются законодательством о несостоятельности и будут, как правило, сопряжены с добровольными переговорами между должником и его некоторыми или всеми кредиторами. Такие переговоры зачастую ведутся в рамках банковского и коммерческого секторов и, как правило, предусматривают некую форму реорганизации несостоятельного должника. Хотя такие добровольные переговоры не регулируются законодательством о несостоятельности, они тем не менее зависят в плане эффективности от существования законодательства о несостоятельности, которое может предусматривать некоторые косвенные стимулы или побудительные факторы для проведения реорганизации (которые рассматриваются подробно ниже).

A. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

11. Хотя подходы стран разнятся, существует широкое согласие с тем, что эффективные и действенные режимы несостоятельности должны быть направлены на достижение ключевых целей, изложенных ниже. Какая бы структура ни была выбрана для законодательства о несостоятельности, которая будет обеспечивать достижение этих ключевых целей, законодательство о несостоятельности должно дополнять правовые и социальные ценности общества – и быть совместимым с ними, – на которых оно основывается и которые оно должно в конечном счете поддерживать. Хотя законодательство о несостоятельности, как правило, устанавливает особый режим, оно не должно приводить к таким результатам, какие по существу противоречили бы предпосылкам, на которых основывается общее законодательство. Если законодательство о несостоятельности действительно стремится к достижению результата, отличающегося или по существу отходящего от норм общего законодательства (например, в отношении режима контрактов, аннулирования предыдущих актов и сделок или же режима прав обеспеченных кредиторов), весьма желательно, чтобы такой результат был получен после тщательного рассмотрения и проведения сознательной политики в этом направлении.

1. Обеспечение определенности на рынке для содействия достижению экономической стабильности и роста

12. Законодательство о несостоятельности и учреждения, занимающиеся вопросами несостоятельности, имеют решающее значение для достижения странами преимуществ и избежания недостатков интеграции национальных финансовых систем в международные финансовые системы. Такие законодательство и учреждения должны содействовать реструктуризации жизнеспособных коммерческих предприятий и эффективной ликвидации и передаче средств разорившихся предприятий, облегчать предоставление финансовых средств для запуска и реорганизации предприятий, а также способствовать оценке кредитных рисков как на национальном, так и на международном уровнях. Следует стремиться к достижению указанных ниже ключевых целей законодательства о несостоятельности с общей целью обеспечения определенности на рынке и содействия экономической стабильности и росту.

2. Максимальное повышение стоимости активов

13. Участники производства по делу о несостоятельности должны иметь сильные стимулы для достижения максимальной стоимости активов, поскольку это будет способствовать распределению между кредиторами в целом больших сумм и уменьшению бремени несостоятельности. Достижению этой цели часто способствует обеспечение баланса между рисками, распределяемыми между сторонами, которые участвуют в производстве по делу о несостоятельности. Например, режим, установленный в отношении ранее заключенных сделок, может обеспечивать справедливый режим в отношении кредиторов и повышать стоимость активов должника посредством восстановления такой стоимости в интересах всех кредиторов. В то же время режим, предоставленный таким сделкам, может нанести ущерб предсказуемости договорных взаимоотношений, которые имеют важнейшее значение для инвестиционных решений, порождая напряженность между

различными целями режима несостоятельности. Аналогичным образом, необходимо установить баланс между оперативной ликвидацией и более долгосрочными усилиями по реорганизации коммерческого предприятия, которая может обеспечить большую стоимость для кредиторов, между необходимостью в новых инвестициях для сохранения или повышения стоимости активов и последствиями новых инвестиций и связанных с ними издержками для существующих субъектов, а также между разными задачами, возлагаемыми на разных субъектов, в частности, с точки зрения дискреционных полномочий, которые могут осуществляться управляющим в деле о несостоятельности, и степенью, в которой кредиторы могут контролировать осуществление таких дискреционных полномочий для гарантированного применения этой процедуры.

3. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией

14. Первая цель максимального повышения стоимости активов тесно связана с балансом, который должен быть обеспечен в законодательстве о несостоятельности между ликвидацией и реорганизацией. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать баланс между преимуществами оперативного взыскания задолженности посредством ликвидации (чему часто отдают предпочтение обеспеченные кредиторы) и сохранением должника в качестве жизнеспособного коммерческого предприятия с помощью реорганизации (чему часто отдают предпочтение необеспеченные кредиторы). Достижение такого баланса может быть сопряжено с другими соображениями социальной политики, например с содействием развитию предпринимательства и защитой рабочих мест. Законодательство о несостоятельности должно включать в качестве альтернативы ликвидации возможность реорганизации должника, при которой кредиторы не будут принуждаться к согласию на получение меньших сумм, чем это было бы при ликвидации, а ценность должника для общества и кредиторов может быть максимально повышена путем создания условий для продолжения его деятельности. Это основывается на базовой экономической теории, согласно которой большая стоимость может быть получена за счет сохранения основных компонентов коммерческого предприятия, а не их разбивки и отчуждения частями. Чтобы исключить возможность злоупотребления производством по делу о несостоятельности со стороны либо кредиторов, либо должника и обеспечить наличие процедуры, наиболее подходящей для устранения финансовых трудностей должника, законодательство о несостоятельности должно также предусматривать возможность преобразования при соответствующих обстоятельствах одного вида производства в другой.

4. Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении

15. Цель обеспечения справедливого режима основывается на представлении о том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих сходными юридическими правами, должен быть равным, а удовлетворение их требований должно происходить в соответствии с их относительным приоритетом и интересами. Справедливый режим строится на признании того, что отношение ко всем кредиторам не обязательно должно быть равным, но оно должно отражать условия различных сделок, заключенных ими с должником, хотя это обстоятельство становится менее значимым в качестве определяющего фактора тогда, когда не существует конкретного долгового договора с должником, например в случае, когда речь идет о заявителях требований, вытекающих из ущерба (например, экологического ущерба). В той мере, в какой справедливый режим модифицируется

социальной политикой в отношении приоритета требований и должен уступать место прерогативам держателей требований или интересов, которые возникают, например, в силу закона, принцип справедливого режима сохраняет свою значимость, поскольку обеспечивает, чтобы приоритет, предоставляемый требованиям одной категории, в одинаковой степени затрагивал всех, кто входит в эту категорию. Политика обеспечения справедливого режима охватывает многие аспекты законодательства о несостоятельности, включая применение моратория или приостановления действий, положения, касающиеся аннулирования актов и сделок и восстановления стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности, классификацию требований, процедуры голосования при реорганизации и механизмы распределения. Законодательство о несостоятельности должно предусматривать пути решения проблем мошенничества и фаворитизма, которые могут возникать в случаях тяжелого финансового положения, посредством обеспечения, например, возможности признания недействительными актов и сделок, наносящих ущерб справедливому режиму в отношении кредиторов.

5. Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности

16. Необходимо обеспечивать упорядоченное, оперативное и эффективное рассмотрение и урегулирование дел о несостоятельности, с тем чтобы избежать излишнего нарушения деловых операций и деятельности должника, а также содействовать минимизации издержек, связанных с производством по делу. Обеспечение своевременного и эффективного управления будет способствовать достижению цели максимального повышения стоимости активов, тогда как беспристрастность способствует достижению цели установления справедливого режима. Необходимо тщательно рассмотреть всю процедуру для обеспечения максимальной эффективности и недопущения ущерба гибкости. В то же время такая процедура должна сосредоточиваться на достижении цели ликвидации нежизнеспособных и неэффективных коммерческих предприятий и сохранении эффективных, потенциально жизнеспособных коммерческих предприятий.

17. Оперативному и упорядоченному устранению финансовых трудностей должника может способствовать законодательство о несостоятельности, которое обеспечивает беспрепятственный доступ к производству по делу о несостоятельности путем ссылки на ясные и объективные критерии, предусматривает удобные способы обнаружения, получения, сохранения и восстановления активов и прав, которые должны использоваться в целях выплаты задолженности и исполнения обязательств должника, облегчает участие должника и его кредиторов при наименьших, по возможности, задержках и затратах, устанавливает надлежащую структуру для надзора за этим производством и управления им (включая как специалистов, так и участвующие учреждения), а также обеспечивает в качестве конечного результата эффективное исполнение финансовых обязательств должника.

6. Сохранение имущественной массы для обеспечения справедливого распределения между кредиторами

18. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать сохранение имущественной массы и предотвращать преждевременное расчленение активов должника в результате действий отдельных кредиторов, направленных на возвращение отдельных долгов. Такие действия зачастую уменьшают общую

стоимость совокупности активов, которые могут использоваться для удовлетворения всех требований к должнику, и могут исключать реорганизацию или продажу коммерческого предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Мораторий на действия кредиторов дает должникам передышку, позволяя надлежащим образом изучить свое финансовое положение и способствуя как максимизации стоимости имущественной массы, так и обеспечению справедливого режима для кредиторов. Возможно, потребуется предусмотреть некий механизм, который не допускал бы ущемления прав обеспеченных кредиторов в результате моратория.

7. Обеспечение прозрачного и предсказуемого законодательства о несостоятельности, стимулирующего сбор и распространение информации

19. Законодательство о несостоятельности должно быть прозрачным и предсказуемым. Это позволит потенциальным заимодавцам и кредиторам понять, каким образом действует законодательство о несостоятельности, и оценить риски, связанные с их положением в качестве кредиторов в случае несостоятельности. Это будет способствовать стабильности в коммерческих отношениях и облегчит кредитование и инвестирование при меньших затратах для учета рисков. Прозрачность и предсказуемость также позволят кредиторам уточнять приоритеты, предотвращать возникновение споров путем обеспечения основы, на которой могут оцениваться относительные права и риски, а также помогут определению пределов любых дискреционных полномочий. Непредсказуемое применение законодательства о несостоятельности может подорвать не только доверие всех участников к производству по делу о несостоятельности, но и их готовность принимать кредитные и другие инвестиционные решения. Насколько это возможно, законодательство о несостоятельности должно ясно указывать на все положения другого законодательства, которые могут влиять на ведение производства по делу о несостоятельности (например, трудового права; коммерческого и договорного права; налогового права; права, затрагивающего иностранные валюты, взаимозачет и зачет требований, свопы задолженности на акции; и даже брачно-семейного права).

20. Законодательство о несостоятельности должно обеспечивать наличие достаточной информации о положении должника, устанавливая стимулы, побуждающие должника раскрывать информацию о своем положении, или, в надлежащих случаях, санкции за его бездействие. Наличие такой информации позволит тем, кто несет ответственность за управление производством по делу о несостоятельности и осуществление надзора над ним (суды или административные органы, управляющий в деле о несостоятельности), и кредиторам оценить финансовое положение должника и найти наиболее целесообразное решение.

8. Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований

21. Признание и обеспечение соблюдения в рамках производства по делу о несостоятельности разных прав, которыми кредиторы обладают вне процедуры несостоятельности, будут способствовать определенности на рынке, особенно в отношении прав и приоритетов обеспеченных кредиторов, и облегчать предоставление кредитов. Ясные правила, касающиеся установления порядка очередности как для существующих требований кредиторов, так и для их требований, возникших после открытия производства, имеют важное значение в

плане обеспечения предсказуемости для заимодателей, последовательного применения этих правил, а также уверенности в этой процедуре и возможности для всех участников принимать надлежащие меры по управлению рисками. В максимально возможной степени такие приоритеты должны основываться на коммерческих сделках и не отражать социальные и политические интересы, которые сопряжены с вероятностью искажения итогов несостоятельности. Следует избегать предоставления приоритета требованиям, которые не основываются на коммерческих сделках.

9. Создание основ для трансграничной несостоятельности

22. Для содействия координации между различными правовыми системами и облегчения предоставления помощи в ведении производства по делу о несостоятельности, открытого в какой-либо зарубежной стране, законодательство о несостоятельности должно содержать нормы о трансграничной несостоятельности, включая признание иностранного производства, что может быть обеспечено путем принятия Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности³.

В. Установление баланса между ключевыми целями

23. Поскольку режим несостоятельности не может в полной мере защищать интересы всех сторон, выбор некоторых ключевых вариантов политики, который должен быть сделан при разработке законодательства о несостоятельности, относится к определению широких целей такого законодательства (спасение коммерческих предприятий, испытывающих финансовые трудности, сохранение рабочих мест, защита интересов кредиторов, содействие развитию предпринимательства) и достижению желательного баланса между конкретными целями, указанными выше. Законодательство о несостоятельности обеспечивает такой баланс путем перераспределения рисков, связанных с несостоятельностью, таким образом, чтобы это соответствовало экономическим, социальным и политическим целям страны. Производство по делу о несостоятельности как таковое может иметь распространенные последствия в более широкой экономике.

24. Первая задача любого законодательства о несостоятельности заключается в установлении принципиальных основ, которые определяют, каким образом следует управлять имуществом несостоятельного должника в интересах всех затрагиваемых сторон. Создание таких основ и их интеграция в более широкий юридический процесс являются жизненно важными для поддержания общественного порядка и стабильности. Все стороны должны быть в состоянии предвидеть, каким образом будут затронуты их юридические права в случае неспособности должника осуществлять платежи или производить полные платежи, которые причитаются этим сторонам. Это позволяет и кредиторам, и инвесторам в акции определять экономические последствия неисполнения должником своих обязательств и тем самым оценивать возникающие для них риски. Такие вопросы подробно рассматриваются в настоящем *Руководстве*.

25. Универсального решения в отношении структуры законодательства о несостоятельности не существует, поскольку имеются значительные различия между странами с точки зрения их нужд, а также в их законодательстве,

³ См. главу VII.

касающемся других вопросов, которые имеют определяющее значение для несостоятельности, таких как обеспечительные интересы⁴, имущественные и договорные права, средства правовой защиты и процедуры принудительной реализации. Хотя универсального решения может и не быть, законодательство о несостоятельности большинства стран регулирует широкий спектр вопросов, возникающих в связи с данными ключевыми целями, хотя и с разной направленностью и в разной степени. Законодательство одних стран способствует более надежному признанию и принудительной реализации прав и коммерческих сделок кредиторов в случае несостоятельности и предоставляет больший контроль над производством по делу о несостоятельности кредиторам, чем должнику (что иногда именуется режимом, "благоприятствующим кредиторам"). Законодательство других стран склоняется к предоставлению большего контроля над таким производством должнику (что именуется режимом, "благоприятствующим должникам"), тогда как в третьих странах оно направлено на обеспечение баланса между такими режимами. Законодательство некоторых стран придает большее значение ликвидации предприятия-должника для устранения неэффективных и некомпетентных игроков с рынка, тогда как законодательство других стран отдает предпочтение реорганизации. Опора на реорганизацию может служить достижению ряда различных целей: в качестве средства повышения суммы требований кредиторов в рамках функционирующей хозяйственной единицы, предоставляя дополнительную возможность акционерам и руководителям предприятия-должника; для обеспечения эффективных стимулов к тому, чтобы предприниматели и управляющие использовали надлежащие подходы к регулированию рисков; или для защиты уязвимых групп лиц, таких как служащие должника, от последствий коммерческого провала⁵. В законодательстве ряда стран особое внимание уделяется защите служащих и сохранению рабочих мест при несостоятельности, тогда как в законодательстве других стран предусматривается сокращение предпринимательской деятельности с обеспечением служащим минимальной защиты.

26. Вместе с тем применение подхода, благоприятствующего реорганизации, не должно приводить к созданию "безопасного убежища" для умирающих предприятий: предприятия, которые нельзя спасти, должны быть ликвидированы настолько оперативно и эффективно, насколько это возможно. В той мере, в какой некоторые интересы могут рассматриваться как имеющие более низкий приоритет, чем другие интересы, создание механизмов за рамками законодательства о несостоятельности может являться лучшим решением, чем попытки учесть такие интересы в рамках режима несостоятельности. Например, если как вопрос политики

⁴ В последние годы предприняты шаги по согласованию законодательства в отношении обеспечительных интересов, например, приняты Конвенция Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001 год) и Конвенция ЮНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, и в рамках ЮНСИТРАЛ разрабатывается Руководство для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

⁵ Между режимом несостоятельности, благоприятствующим должникам или кредиторам, опорой на ликвидацию или реорганизацию и последующим успехом или неудачей реорганизации не обязательно существует прямая связь. Хотя подробное обсуждение этих вопросов выходит за рамки настоящего Руководства, они имеют важное значение для структуры режима несостоятельности и заслуживают рассмотрения. Хотя число случаев успешной реорганизации существенно различается между теми режимами, которые квалифицируются как благоприятствующие кредиторам, проведенные исследования, как представляется, указывают на то, что не обязательно является верным предположение о том, что режимы, благоприятствующие кредиторам, ведут к меньшему числу случаев успешной реорганизации или к менее успешной реорганизации, чем режимы, благоприятствующие должникам.

принято решение о предоставлении требованиям служащих более низкого статуса, чем требованиям обеспеченных и приоритетных кредиторов в деле о несостоятельности, то для защиты прав служащих могут использоваться механизмы страхования.

27. Поскольку общество находится в процессе постоянного развития, законодательство о несостоятельности не может быть статичным, но требует переоценки через регулярные промежутки времени для обеспечения того, чтобы оно отвечало текущим нуждам общества. Отклики на осознаваемые социальные изменения сопряжены с принятием решений, в которых могут учитываться оптимальные виды международной практики и которые могут предусматривать включение таких видов практики в национальные режимы несостоятельности, с учетом реальностей системы и имеющихся людских и материальных ресурсов.

C. Общие черты законодательства о несостоятельности

28. Разработка эффективного и действенного законодательства о несостоятельности предполагает рассмотрение общей совокупности вопросов, относящихся как к правовым основам (материальные и процессуальные права и обязательства сторон), так и к институциональным основам (для осуществления таких прав и обязательств), которые являются необходимыми. Вопросы существа, которые подробно рассматриваются в части второй настоящего *Руководства*, включают:

a) определение должников, в отношении которых может осуществляться производство по делу о несостоятельности, включая тех должников, которые могут требовать специального режима несостоятельности;

b) определение момента времени, в который может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может ходатайствовать об открытии производства, а также решение вопроса о том, должны ли критерии, касающиеся открытия производства, отличаться друг от друга в зависимости от того, какая сторона обращается с ходатайством об открытии производства;

c) определение степени, в которой должнику следует позволить сохранить контроль над коммерческим предприятием после открытия производства по делу о несостоятельности, или же его следует отстранить от ведения дел и назначить независимую сторону (в настоящем *Руководстве* содержится ссылка на управляющего в деле о несостоятельности) для контроля над предприятием должника и управления им, а также определение различия, которое должно быть проведено между ликвидацией и реорганизацией в связи с этим;

d) обеспечение защиты активов должника от действий кредиторов, самого должника и управляющего в деле о несостоятельности, а также в случае применения мер защиты к обеспеченным кредиторам, и определение того, каким образом экономическая стоимость обеспечительного интереса может быть защищена в ходе производства по делу о несостоятельности;

e) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может решать судьбу контрактов, заключенных должником до открытия производства, по которым и должник, и его контрагент не исполнили свои соответствующие обязательства полностью;

f) определение степени, в которой права на зачет требований или взаимозачет могут быть реализованы или защищены, несмотря на открытие производства по делу о несостоятельности;

g) определение порядка, в котором управляющий в деле о несостоятельности может использовать активы, входящие в имущественную массу, или распоряжаться ими;

h) определение степени, в которой управляющий в деле о несостоятельности может расторгать определенные виды сделок, приводящих к причинению ущерба интересам кредиторов;

i) в случае реорганизации подготовку плана реорганизации и установление ограничений, если в них есть необходимость, в отношении содержания такого плана, определение того, кто будет разрабатывать план, а также условий, необходимых для его утверждения и осуществления;

j) определение статуса кредиторов для целей распределения поступлений от ликвидации;

k) осуществление плана реорганизации;

l) распределение поступлений от ликвидации;

m) освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия при ликвидации; и

n) завершение производства.

29. Помимо этих конкретных тематических областей, более общий вопрос, который надлежит рассмотреть, заключается в том, каким образом законодательство о несостоятельности будет соотноситься с другими материально-правовыми нормами и повлечет ли за собой законодательство о несостоятельности фактически внесение изменений в такие нормы. Соответствующие нормы могут включать нормы трудового законодательства, которые предусматривают определенные виды защиты служащих, нормы законодательства, которые ограничивают возможность зачета требований и взаимозачета, нормы, которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акции, и нормы, которые предусматривают меры контроля за использованием иностранной валюты и иностранных инвестиций, что может влиять на содержание плана реорганизации (см. договоры найма и служащие, часть вторая, главы II.B и V.B; зачет требований и взаимозачет, часть вторая, главы G и H; и содержание плана реорганизации, часть вторая, глава IV).

30. Хотя институциональные основы не рассматриваются подробно в настоящем Руководстве, некоторые из этих вопросов затрагиваются ниже. Невзирая на большое разнообразие материально-правовых вопросов, которые должны быть решены, законодательство о несостоятельности в значительной мере является процессуальным по своему характеру. Структура процессуальных норм играет решающую роль в определении того, какие функции следует возложить на различных участников, особенно с точки зрения принятия решений. В той степени, в какой законодательство о несостоятельности возлагает на институциональную инфраструктуру значительную ответственность за принятие ключевых решений, весьма важно, чтобы такая инфраструктура была в достаточной мере развита для выполнения требуемых функций.

II. Механизм устранения финансовых трудностей должника

A. Переговоры о добровольной реструктуризации

31. Переговоры о добровольной реструктуризации стали применяться несколько лет тому назад в банковском секторе в качестве альтернативы официальному реорганизационному производству по делу о несостоятельности. Такие переговоры, которые проводят и на которые воздействуют банки и финансовые учреждения, действующие на мировом рынке, постепенно получили распространение в значительном числе юрисдикций, хотя частота их использования различается: как сообщается, в некоторых юрисдикциях они используются редко, тогда как в других реорганизация в большинстве случаев проводится путем таких переговоров. До некоторой степени эти результаты могут отражать существование (или отсутствие) того, что иногда называется "культурой санации", то есть степенью, в которой участники считают этот вид переговоров, по всей вероятности, успешными, независимо от формального отсутствия черт производства согласно законодательству о несостоятельности, например моратория.

32. Использование переговоров о добровольной реструктуризации в целом ограничивалось случаями возникновения у компаний финансовых трудностей или их несостоятельности, когда речь идет о значительной задолженности банкам и финансовым учреждениям. Эти переговоры направлены на обеспечение соблюдения договорных соглашений как между самими кредиторами, так и между кредиторами и должником в отношении реструктуризации предприятия-должника при изменении порядка финансирования или без такого изменения. Это может явиться средством обеспечения гибкости режима несостоятельности путем снижения необходимости в судебной инфраструктуре, содействия более заблаговременному и эффективному принятию ответных мер кредиторами, чем это было бы обычно возможным в рамках официального производства по делу о несостоятельности, и избежания стигматизации, с которой часто связана несостоятельность. Успех таких переговоров, хотя они и не основываются на положениях законодательства о несостоятельности или не полагаются на такие положения, в значительной степени зависит от существования и наличия эффективного и действенного законодательства о несостоятельности и вспомогательной институциональной основы⁶ при установлении санкций, которые могут способствовать успешным добровольным переговорам. Если должник и его банк и финансовые кредиторы не воспользуются возможностью для объединения и добровольного проведения переговоров, этот должник или кредиторы могут применить законодательство о несостоятельности, что сопряжено с вероятностью причинения ущерба интересам как должника, так и его кредиторов, с точки зрения задержек, издержек и результатов.

33. Хотя это не регулируется законодательством о несостоятельности, многие правовые системы предусматривают, что должник может заключить соглашения или договоренности с некоторыми из его кредиторов, причем такие соглашения или договоренности могут регулироваться, например, договорным правом, законодательством о компаниях или коммерческим правом, или же гражданско-процессуальным правом, или в некоторых случаях соответствующими банковскими правилами. Вместе с тем существует несколько юрисдикций, в которых не

⁶ Вопросы институциональной инфраструктуры рассматриваются в разделе III, ниже.

допускается заключение соглашений или договоренностей, направленных на реструктуризацию предприятия-должника и его долгов, вне рамок судебной системы или же законодательства о несостоятельности. Законодательство некоторых стран будет рассматривать шаги, связанные с такими переговорами о добровольной реструктуризации, как достаточные для того, чтобы суды сделали заявление о несостоятельности. Аналогичным образом, в ряде юрисдикций, поскольку они возлагают на должника обязательства открыть официальное производство по делу о несостоятельности в течение определенного времени после конкретно указанного события несостоятельности, проведение таких добровольных переговоров ограничивается обстоятельствами, при которых формальные условия для открытия производства не были соблюдены. Тем не менее предполагается, что банки и другие кредиторы в этих правовых системах часто используют различные методы для достижения реорганизации должников в определенной форме.

1. Необходимые предварительные условия

34. Переговоры о добровольной реструктуризации зависят в плане эффективности от ряда хорошо определенных первоначальных предпосылок. Эти предпосылки могут включать:

- a) значительную сумму долга, который причитается ряду кредиторов, являющихся крупными банками или финансовыми учреждениями;
- b) возникшую неспособность должника погашать такой долг;
- c) согласие с мнением о том, что, возможно, было бы предпочтительным провести переговоры для достижения договоренности между должником и финансовыми учреждениями, а также между самими финансовыми учреждениями для устранения финансовых трудностей должника;
- d) применение относительно совершенных методов рефинансирования, создания обеспечения, а также других коммерческих методов, которые могут использоваться для изменения, реорганизации или реструктуризации задолженности должника или самого должника;
- e) санкцию, предусматривающую, что если процесс переговоров не может быть начат или прерывается, то можно оперативно и эффективно прибегать к законодательству о несостоятельности;
- f) вероятность получения больших выгод всеми сторонами в результате процесса переговоров, чем путем прямого и непосредственного применения положений законодательства о несостоятельности (отчасти потому, что в данном случае результат поддается контролю участвующих в переговорах сторон, и такой процесс является менее дорогостоящим и может быть проведен быстро, без нарушения деловых операций должника);
- g) то обстоятельство, что должнику не требуются освобождение от коммерческих долгов или выгоды от официальной несостоятельности, такие как автоматический мораторий или способность отклонять обременительные долги; и
- h) благоприятный или нейтральный налоговый статус при реорганизации как в юрисдикции должника, так и в юрисдикциях иностранных кредиторов.

2. Основные процедуры

35. Для того чтобы быть эффективными, переговоры о добровольной реструктуризации требуют принятия ряда различных мер и обладания рядом профессиональных навыков. Основные элементы такой процедуры рассматриваются ниже.

а) Начало переговоров

36. Добровольные переговоры по существу сопряжены с согласованием действий должника и кредиторов или, по меньшей мере, основных кредиторов, один или несколько из которых должны начать переговоры (поскольку нельзя полагаться на какой-либо закон или посредника для начала, обязательного ведения или содействия этим переговорам). Должник может и не испытывать желания начинать диалог с кредиторами или по крайней мере со всеми его кредиторами, а кредиторы, хотя и испытывают озабоченность в связи со своим положением, могут проявлять незначительный интерес к коллективным переговорам. Именно в такой момент наличие и эффективность средств защиты, связанных с индивидуальными кредиторами, или официального производства по делу о несостоятельности могут использоваться для поощрения начала и дальнейшего ведения таких переговоров. Должник, который по-прежнему проявляет нежелание участвовать, может оказаться объектом действий, направленных на погашение индивидуального долга, на принудительную реализацию обеспечения либо даже на производство по делу о несостоятельности, которое он не будет в состоянии выиграть или задержать. В то же время кредиторы могут также оказаться объектом официального производства по делу о несостоятельности, которое фактически лишает их возможности принудительно реализовать свои индивидуальные права и которое может и не представлять собой оптимальную процедуру для возвращения им долга. Поэтому создание форума, на котором должник и кредиторы могут объединить свои усилия для изучения возможности и проведения переговоров с целью заключения договоренности, направленной на устранение финансовых трудностей должника, имеет решающее значение.

б) Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета

37. Добровольные переговоры потребуют участия всех ключевых заинтересованных кругов; как правило, решающую роль в таких переговорах играет группа заимодателей и иногда группа основных кредиторов, которые могут затрагиваться соглашением о добровольной реструктуризации. Для оптимальной координации хода переговоров зачастую назначается основной кредитор, обеспечивающий руководство, организацию, управление и администрацию. Такой кредитор обычно подотчетен комитету, который представляет интересы всех кредиторов (руководящий комитет) и может обеспечивать содействие и выступать в качестве органа для изучения предложений в отношении должника.

в) Согласование "паузы"

38. В целях продолжения деловых операций и обеспечения достаточного времени для получения и оценки информации о должнике, а также для разработки и оценки предложений по устранению финансовых трудностей должника, может потребоваться договорное соглашение о приостановлении неблагоприятных действий как должником, так и основными кредиторами. Такое соглашение, как правило, должно

действовать в течение определенного, обычно краткого, периода времени, если только оно не является ненадлежащим в каком-либо конкретном случае.

d) Привлечение консультантов

39. Попытки провести добровольную реструктуризацию без участия независимых экспертов и консультантов по различным областям знаний (например, в областях права, бухгалтерского учета, финансов и регулирования предпринимательской деятельности, маркетинга) предпринимаются весьма редко, если они предпринимаются вообще. Хотя можно предположить, что такое участие будет вести к возникновению излишних издержек и вмешательству в дела должника и кредиторов, а также к потере контроля, как правило, оно является необходимым для обеспечения предоставления информации, проверенной на независимой основе, а также профессиональной разработки планов в отношении рефинансирования, реструктуризации, управления и функционирования, которые имеют весьма важное значение для успеха таких переговоров.

e) Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности

40. Должнику, который становится кандидатом для участия в переговорах о добровольной реструктуризации, зачастую будет требоваться сохранение доступа к созданным кредитным линиям или к предоставлению новых кредитов. Предоставление кредитов существующими обеспеченными кредиторами может и не представлять собой проблему. Однако, если такой возможности нет и если требуются новые кредиты, могут возникать трудности в гарантировании последующего возвращения новых кредитов в случае неудачи переговоров. Хотя этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с законодательством о несостоятельности путем предоставления некоторой формы приоритета такому ведущемуся кредитованию (см. часть вторую, главу II.D), такое законодательство, как правило, не будет распространяться на соглашение, достигнутое посредством добровольных переговоров.

41. Тем не менее те кредиторы, которые участвуют в добровольных переговорах, могут достичь соглашения о том, что если один или несколько из них предоставляют новые кредиты, то другие кредиторы будут отодвигать свои требования, с тем чтобы создать возможность погашения новых кредитов до удовлетворения их требований. Таким образом, во взаимоотношениях между такими кредиторами будет достигнуто договорное соглашение о возвращении новых кредитов в случае успешных переговоров о реструктуризации. Однако в случае неудачи таких переговоров и ликвидации предприятия-должника кредитор, который предоставил новый кредит, может остаться с необеспеченным требованием (если только не было создано обеспечение) и получить лишь частичный платеж наряду с другими необеспеченными кредиторами.

f) Доступ к информации о должнике

42. Для надлежащей оценки финансового положения должника и любых предложений для представления соответствующим кредиторам решающее значение имеет доступ к полной и надежной информации о должнике. Информация, касающаяся активов, обязательств и деловых операций должника, должна предоставляться всем соответствующим кредиторам, однако может потребоваться, чтобы такая информация рассматривалась как конфиденциальная, если только она не является уже открытой для публичного доступа.

g) Отношения с кредиторами

43. Сложный характер интересов кредиторов зачастую представляет собой существенные проблемы для добровольных переговоров. Учет этих разных интересов и убеждение тех кредиторов, которые уже предприняли действия по возвращению долгов и принудительной реализации своих прав в отношении должника, в том, что им следует участвовать в переговорах, могут быть возможными только в том случае, если существует перспектива получения более оптимального результата с помощью этих переговоров или же если угроза открытия официального производства по делу о несостоятельности будет сдерживать кредиторов от реализации своих индивидуальных прав.

44. Вместе с тем во многих случаях привлечение каждого кредитора к переговорам не представляется возможным (или фактически необходимым) либо из-за их числа и весьма разных интересов, либо вследствие неэффективности привлечения кредиторов, которым причитаются лишь небольшие суммы денежных средств или которые не обладают специальными познаниями в области коммерческой деятельности либо не будут эффективно участвовать в переговорах. Хотя кредиторы, входящие в эти категории, зачастую могут быть оставлены за рамками переговоров, их нельзя игнорировать, поскольку они могут играть важную роль в продолжении операций коммерческого предприятия (в качестве поставщиков важных товаров или услуг или в качестве участников важных этапов производственного процесса должника), причем не существует правил, которые могут принуждать таких кредиторов к согласию с решением, принятым большинством кредиторов.

45. Весьма часто при переговорах о добровольной реструктуризации коммерческие и мелкие кредиторы получают платеж полностью. Хотя это предполагает наличие неравного статуса, это может иметь коммерческий смысл для группы крупных кредиторов. Альтернативный подход заключается в достижении с основными кредиторами соглашения по плану реструктуризации, а затем в использовании такого плана в качестве основы для официальной реорганизационной процедуры под надзором суда, в которой участвуют другие кредиторы (такой план иногда именуется "заранее разработанным" планом, а в настоящем Руководстве – ускоренным реорганизационным производством – см. часть вторую, главу IV.B). Затем такой план может стать обязательным для других кредиторов. Без эффективного официального режима несостоятельности этот результат при таких условиях не может быть достигнут.

3. Правила и руководящие принципы добровольной реструктуризации

46. Для содействия проведению переговоров о добровольной реструктуризации и, в частности, для решения вышеуказанных проблем в контексте сложных многонациональных коммерческих предприятий, ряд организаций разработали принципы и рекомендации, не носящие обязательного характера. Один из таких подходов называется "лондонским подходом", который основывается на не имеющих обязательного характера рекомендациях, выносимых Банком Англии коммерческим банкам. Банкам настоятельно предлагается проявлять благоприятное отношение к своим должникам, которые сталкиваются с финансовыми трудностями. Решения относительно долгосрочного будущего должника должны приниматься только на основе всеобъемлющей информации, распространяемой среди всех банков и других сторон, которые будут участвовать в достижении любого соглашения о будущем должника. Промежуточному финансированию способствуют соглашения о

временном отказе от принятия мер и о субординации, а банки действуют совместно с другими кредиторами с целью достижения общего мнения по вопросу о том, следует ли и на каких условиях сохранять финансовую жизнеспособность предприятия-должника. Аналогичные рекомендации были разработаны центральными банками других стран. Международной организацией, которая провела работу в этой области, является ИНСОЛ (Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности), разработавшая *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. Принципы предназначены для упрощения добровольных переговоров о реструктуризации и повышения вероятности их успешного завершения за счет рекомендаций различным группам кредиторов относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общих согласованных правил.

В. Виды производства по делу о несостоятельности

47. Для законодательства о несостоятельности большинства стран общими являются два основных вида производства: реорганизация и ликвидация.

48. Традиционное различие, или разница, между этими двумя видами производства может быть несколько искусственным и приводит к излишней поляризации и негибкости. Оно не учитывает, например, случаи, которые нелегко отнести к противоположным частям спектра, то есть случаи, в которых гибкий подход к финансовому положению должника, по всей вероятности, позволит достичь в интересах как должника, так и кредиторов, наилучших результатов с точки зрения максимизации стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности. В некоторых случаях термин "реорганизация" используется, например, для обозначения конкретного способа сохранения и возможного увеличения стоимости имущественной массы в контексте ликвидационного производства, то есть в случаях, когда законодательство предусматривает проведение ликвидации путем передачи коммерческого предприятия другому юридическому лицу в качестве функционирующей хозяйственной единицы. В такой ситуации термин "реорганизация" указывает лишь на применение какого-либо иного метода, помимо традиционной ликвидации (то есть прямой продажи по частям или реализации активов), которая используется для получения максимально возможной стоимости в результате реализации имущественной массы. Для такой продажи или реализации законодательство о несостоятельности должно включать элемент гибкости, которая, как правило, отсутствует в законодательстве, где ликвидация определяется как продажа активов в возможно более краткие сроки и где коммерческая деятельность может продолжаться только для этих целей. Например, законодательством ряда стран управляющему в деле о несостоятельности фактически предоставляются полномочия на осуществление более выгодной продажи или реализации активов должника, чем это было бы в случае ликвидации. Аналогичным образом, реорганизация может требовать продажи значительных частей коммерческого предприятия должника, предусматривать последующую ликвидацию либо продажу предприятия какой-либо другой компании или же роспуск существующей компании должника.

49. По этим причинам целесообразно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало нечто большее, чем просто выбор между одним узко определенным видом реорганизации и строго традиционной ликвидацией. Поскольку понятие реорганизации может быть сопряжено с целым рядом

договоренностей, целесообразно, чтобы в законодательстве о несостоятельности использовался подход, который не является предписывающим и который поддерживает договоренности, позволяющие достичь такого результата, какой предусматривает предоставление большей стоимости кредиторам, чем в случае ликвидации должника.

50. Когда речь идет об основных положениях эффективного и действенного режима несостоятельности, настоящее *Руководство* сосредоточивается на реорганизационном производстве, с одной стороны, и ликвидационном производстве – с другой. Однако принятие этого подхода не призвано указывать на то, что предпочтение отдается какому-либо конкретному производству или же тому, каким образом различное производство должно быть отражено в законодательстве о несостоятельности. Напротив, в *Руководстве* прослеживается стремление сопоставить и противопоставить основные элементы различных видов производства и содействовать использованию подхода, который сосредоточивается на максимизации результата для сторон, участвующих в производстве по делу о несостоятельности, а не на строгом определении видов производства. Это может быть достигнуто путем разработки такой структуры законодательства о несостоятельности, которая включала бы традиционные официальные элементы таким образом, чтобы это способствовало обеспечению максимальной гибкости.

1. Реорганизационное производство

51. Реорганизация является одним из средств устранения финансовых трудностей должника, призванным сохранить компанию, а если это невозможно, то предприятие. Такая процедура может принимать одну из нескольких форм и более существенно различаться в плане концепции, признания и применения, чем ликвидация. В целях упрощения пользования термин "реорганизация" используется в *Руководстве* в широком смысле для обозначения того вида производства, конечная цель которого заключается в создании условий, позволяющих должнику преодолеть свои финансовые трудности и возобновить или продолжить обычные коммерческие операции (даже хотя в некоторых случаях это может приводить к уменьшению масштабов деятельности коммерческого предприятия, его продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы другой компании или его последующей ликвидации).

52. Не все должники, которые совершают ошибки или сталкиваются с серьезными финансовыми трудностями на конкурентном рынке, должны быть ликвидированы в обязательном порядке; должнику с разумными перспективами дальнейшей деятельности (например, должнику, который располагает потенциально доходным предприятием) следует предоставить такую возможность, если можно показать, что большую ценность (и, следовательно, большую выгоду для кредиторов в долгосрочном плане) представляет собой сохранение основного предприятия и других составных частей должника. Реорганизационное производство призвано дать должнику некоторую "передышку", с тем чтобы он мог преодолеть свои временные трудности с ликвидностью или более постоянную чрезмерную задолженность, и, в случае необходимости, дать ему возможность реструктурировать свои операции и отношения с кредиторами. Если реорганизация является возможной, то в целом кредиторы отдадут предпочтение ей при условии, что стоимость, полученная в результате продолжения функционирования коммерческого предприятия должника, повысит стоимость их требований. Вместе с тем реорганизация не подразумевает, что все субъекты должны быть полностью защищены или что их финансовое или

коммерческое положение должно быть восстановлено в такой степени, какая была бы достигнута в случае ненаступления несостоятельности. Она не подразумевает, что предприятие должника будет полностью восстановлено или что его кредиторы получат платежи в полном размере, или что собственники и управляющие несостоятельного должника сохранят свое соответствующее положение. Руководящее звено может быть ликвидировано или заменено, стоимость акций акционеров может быть сведена к нулю, служащие могут попасть под сокращение, а источник рынка для поставщиков может исчезнуть. Однако в целом реорганизация подразумевает, что, какая бы форма плана, схемы или договоренности ни была согласована, кредиторы в конечном счете получают больше, чем в случае ликвидации предприятия должника.

53. Дополнительные факторы, поддерживающие использование реорганизации, обуславливаются, в частности, тем, что современная экономика значительно уменьшила степень, в которой может быть максимизирована стоимость активов должника посредством ликвидации. В тех случаях, когда технические специальные познания и хорошая репутация являются более важными, чем физические активы, сохранение людских ресурсов и деловых взаимоотношений представляет собой существенно важный элемент стоимости, который нельзя реализовать посредством ликвидации. Кроме того, более вероятно, что долгосрочные экономические выгоды будут получены с помощью реорганизационного производства, поскольку оно побуждает должников к принятию мер до того, как их финансовые трудности станут более серьезными. И наконец, существуют социальные и политические соображения, обуславливающиеся возможностью реорганизационного производства, которые защищают, например, служащих попавшего в затруднительное положение должника.

54. Реорганизация может принимать ряд различных форм. Они могут включать простое соглашение относительно задолженности (называемое мировым соглашением) в тех случаях, когда, например, кредиторы соглашаются получить определенную процентную долю причитающейся им задолженности в порядке полного и окончательного погашения их требований к должнику. Таким образом, размер задолженности сокращается, а должник становится состоятельным и может продолжать свою деятельность. Они могут быть также сопряжены со сложной реорганизацией, в рамках которой, например, производится реструктуризация задолженности (например, путем продления сроков кредитования и периода времени, в течение которого могут быть произведены платежи, переноса сроков выплаты процентов на более позднее время или изменения кредиторов); некоторые долги могут быть преобразованы в акции наряду с сокращением (или даже упразднением) существующего объема акций; вспомогательные активы могут быть проданы, а не приносящие дохода виды коммерческой деятельности прекращены. Выбор способа осуществления реорганизации, как правило, предполагает учет размеров предприятия и степень затруднительности конкретного положения должника.

55. Хотя реорганизация может и не включаться так же широко, как ликвидация, в законодательство о несостоятельности, и поэтому, возможно, не существует единого порядка ее осуществления, можно определить ряд ключевых или основных элементов, включая следующие:

а) согласие должника на осуществление данного производства (будь то по собственному заявлению или же на основании заявления кредиторов), которое

может предусматривать или же не предусматривать контроль или надзор со стороны суда;

b) автоматический и обязательный мораторий или приостановление процессуальных действий и производства в отношении активов должника, распространяющиеся на всех кредиторов в течение установленного срока;

c) продолжение коммерческих операций должника либо существующей администрацией, либо независимым управляющим или же на основе сочетания этих вариантов;

d) разработка плана, в котором предлагается режим в отношении кредиторов, акционеров и самого должника;

e) рассмотрение вопроса о принятии такого плана кредиторами и голосование по этому вопросу;

f) возможно, одобрение/подтверждение принятого плана в судебном порядке; и

g) осуществление плана.

56. Преимущества реорганизации получают все большее признание, и законодательство о несостоятельности многих стран включает положения, касающиеся официального реорганизационного производства. Степень, в которой официальное реорганизационное производство, в отличие от некоторой формы добровольных переговоров, используется для достижения целей реорганизации, является разной в различных странах. В любом случае, по общему признанию, существование ликвидации в рамках законодательства о несостоятельности может способствовать реорганизации предприятия-должника путем установления как для кредиторов, так и для должников, стимулов к достижению надлежащего соглашения посредством плана реорганизации.

57. Однако зачастую существует связь между степенью финансовых затруднений, с которыми сталкивается должник, сложным характером его деловых договоренностей и трудностями поиска надлежащего решения. Например, в том случае, если речь идет о каком-либо одном банке, вполне вероятно, что должник может провести переговоры с этим банком о заключении соглашения о добровольной реструктуризации и устранить свои трудности без привлечения коммерческих кредиторов и необходимости начать производство в рамках законодательства о несостоятельности. Если финансовое положение является более сложным и требует участия большого числа различных видов кредиторов, то, возможно, потребуется большая степень официальности для поиска решения, учитывающего различные интересы и цели этих кредиторов, поскольку соглашения о добровольной реструктуризации требуют единогласия участвующих сторон. Реорганизационное производство может способствовать достижению желаемой цели в том случае, если такое производство позволяет должнику и большинству кредиторов ввести в действие план, с которым не согласно меньшинство кредиторов, особенно когда имеются кредиторы, которые "воздержались" от участия во внесудебных переговорах. В некоторых случаях производство в рамках законодательства о несостоятельности весьма действенно, в особенности поскольку регулируется таким законодательством, тогда как в других случаях добровольные переговоры являются успешными в связи с отсутствием нормативных правил.

2. Ускоренное реорганизационное производство

58. Некоторые страны установили процедуры, которые можно охарактеризовать как "процедуры, используемые до наступления несостоятельности" или "заранее разработанные" процедуры (в настоящем *Руководстве* называемые "ускоренным реорганизационным производством"), и которые фактически представляют собой сочетание переговоров о добровольной реструктуризации и реорганизационного производства в рамках законодательства о несостоятельности. Например, законодательством о несостоятельности одной из стран разрешается открыть производство для получения официального подтверждения судом плана реорганизации, который был составлен на добровольной основе и одобрен кредиторами путем голосования, имевшего место до открытия этого производства. Такое производство призвано свести к минимуму затраты и задержки, связанные с официальным реорганизационным производством, обеспечивая в то же время средстве, с помощью которого план реорганизации, разработанный в добровольном порядке, тем не менее может быть одобрен в отсутствие единодушной поддержки со стороны кредиторов. Такая процедура позволяет принять план реорганизации, составленный на основе добровольных переговоров, для обеспечения реорганизации, которая будет обязательной для всех кредиторов, и в то же время для распространения на затрагиваемых кредиторов мер защиты, которые предусматриваются законодательством о несостоятельности.

59. Принятое в другой стране законодательство о несостоятельности предусматривает, что для оказания содействия заключению мирового соглашения со своими кредиторами должник может просить суд назначить "посредника". Такой посредник не обладает особыми полномочиями, но может просить суд установить мораторий на действия всех кредиторов, если, по его мнению, такой мораторий способствовал бы заключению соглашения об урегулировании. В течение действия моратория должник не может производить какие-либо платежи для удовлетворения предыдущих требований (за исключением заработной платы) или распоряжаться какими-либо активами иначе, чем в ходе обычных коммерческих операций. Эта процедура прекращается тогда, когда достигнуто соглашение либо со всеми кредиторами, либо (при условии одобрения судом) с основными кредиторами; в последнем случае суд может сохранять действие моратория в отношении неучаствующих кредиторов путем установления для должника льготного периода продолжительностью до двух лет.

60. Эти виды процедур более подробно рассматриваются в части второй, главе IV.B.

3. Ликвидация

61. Вид производства, именуемый "ликвидацией", регулируется законодательством о несостоятельности и, как правило, предусматривает принятие каким-либо публичным органом (обычно, хотя вовсе не обязательно, судом, который действует через должностное лицо, назначенное для этой цели) в свое ведение активов должника для прекращения коммерческой деятельности должника, преобразования неденежных активов в денежную форму и последующего распределения поступлений от продажи или реализации активов на пропорциональной основе среди кредиторов. Хотя в целом может требоваться продажа или реализация активов по частям в возможно более краткие сроки, законодательство о несостоятельности некоторых стран позволяет ликвидацию, сопряженную с продажей коммерческого предприятия в качестве производственных

единиц или же в качестве функционирующей хозяйственной единицы; в соответствии с законодательством других стран это разрешается только в рамках реорганизации. Ликвидация обычно приводит к роспуску или прекращению существования предприятия-должника как коммерческого юридического лица.

62. Различные виды ликвидационного производства, как представляется, весьма похожи с точки зрения понятия, признания и применения и обычно осуществляются по следующей схеме:

- a) подача заявления в суд или другой компетентный орган либо должником, либо кредитором (кредиторами);
- b) вынесение постановления или решения о ликвидации должника;
- c) назначение независимого лица для осуществления ликвидационной процедуры и управления ею;
- d) прекращение коммерческой деятельности должника, если коммерческое предприятие должника не может быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и прекращение полномочий собственников и директоров и найма служащих;
- e) продажа или реализация активов должника либо по частям, либо в качестве функционирующей хозяйственной единицы;
- f) рассмотрение требований кредиторов и вынесение решения по ним;
- g) распределение имеющихся средств среди кредиторов (в соответствии с определенной формой приоритета); и
- h) роспуск компании-должника, если она является корпорацией или имеет какую-либо иную форму юридического лица, или освобождение от обязательств в случае физического лица.

63. Существует ряд правовых и экономических обоснований ликвидации. В широком смысле можно утверждать, что коммерческое предприятие, которое не способно конкурировать в условиях рыночной экономики, должно быть устранено с рынка. Основным отличительным признаком неконкурентоспособного предприятия является то, что оно отвечает одному из критериев несостоятельности, то есть оно не способно выплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или же сумма его долгов превышает стоимость его активов. Если говорить более конкретно, то необходимость использования ликвидационного производства может рассматриваться как решение межкредиторских проблем (если активы несостоятельного должника являются недостаточными для удовлетворения требований всех кредиторов, то коренным интересам какого-либо кредитора будет отвечать принятие мер по удовлетворению его требований до того, как другие кредиторы смогут предпринять аналогичные действия) и как дисциплинирующий фактор, который остается существенно важным элементом устойчивых взаимоотношений между должником и кредиторами. Упорядоченное и эффективное ликвидационное производство позволяет решать межкредиторскую проблему путем возбуждения коллективного производства, направленного на недопущение таких действий, которые, хотя и могут считаться отдельными кредиторами отвечающими их собственным коренным интересам, по существу ведут к утрате стоимости для всех кредиторов. Коллективное производство призвано обеспечить справедливый режим для кредиторов путем установления равного статуса кредиторов, находящихся в аналогичном положении, и максимально повысить стоимость

активов должника на благо всех кредиторов. Это обычно достигается путем установления моратория на принудительную реализацию индивидуальных прав кредиторов в отношении должника и назначения независимого лица, основная обязанность которого заключается в максимальном повышении стоимости активов должника для распределения среди кредиторов.

64. Упорядоченный и относительно предсказуемый механизм принудительной реализации коллективных прав кредиторов может также обеспечивать кредиторам элемент предсказуемости во время принятия ими решений о кредитовании, а также в более общем плане способствовать учету интересов всех участников экономической деятельности посредством облегчения кредитования и развития финансовых рынков. Это не означает, что законодательство о несостоятельности должно функционировать как средство принудительной реализации прав индивидуальных кредиторов, хотя между механизмами принудительной реализации и несостоятельности имеется ясная и значимая взаимосвязь. Эффективность и действенность процедур принудительной реализации индивидуальных прав кредиторов будут означать, что кредиторы не принуждаются к использованию производства по делу о несостоятельности с этой целью, особенно потому, что производство по делу о несостоятельности обычно требует определенного уровня доказывания и объема издержек и сопряжено с такой процессуальной сложностью, которая обуславливает его непригодность для использования таким образом. Тем не менее эффективное производство по делу о несостоятельности будет обеспечивать, чтобы в случае, когда механизмы принудительного взыскания задолженности не срабатывают, кредиторы располагали возможностью окончательного обращения за помощью, которая может действовать как эффективный стимул для упорно не исполняющего свои обязательства должника, побуждающий его к платежу конкретному кредитору.

4. Организация законодательства о несостоятельности

65. Существуют весьма различные подходы к структуре процедур несостоятельности, что ведет к выбору одной из таких процедур. В некоторых странах законодательство о несостоятельности предусматривает гибкое, единое производство по делу о несостоятельности, с установлением одного требования в отношении его открытия, причем такое производство может привести либо к ликвидации, либо к реорганизации предприятия, в зависимости от обстоятельств конкретного случая. Законодательство других стран предусматривает два отдельных вида производства, для каждого из которых установлены особые требования в отношении доступа к ним и их открытия при различных возможностях преобразования одного производства в другое. В тех положениях законодательства, в которых ликвидация и реорганизация рассматриваются в качестве отдельных видов производства, это делается на основе различных основополагающих соображений социального и коммерческого характера. Вместе с тем, как следует из результатов рассмотрения соответствующих вопросов, которые приводятся ниже, в части второй, для ликвидации и реорганизации характерно значительное число общих вопросов, и в результате этого между ними возникают существенные совпадения и связи с точки зрения как процессуальных шагов, так и материально-правовых вопросов.

66. Вопрос о том, какой вид производства будет предусмотрен, решается по меньшей мере теоретически, на основе определения того, является ли предприятие несостоятельного должника жизнеспособным. Тем не менее на практике в момент начала реорганизации или ликвидации зачастую невозможно окончательно оценить

финансовую жизнеспособность коммерческого предприятия. Некоторые недостатки этого подхода заключаются в том, что его использование может привести к нежелательной степени поляризации между ликвидацией и реорганизацией и к задержкам, большим затратам и неэффективности, особенно, например, в том случае, если неудача в реорганизации требует подачи нового отдельного заявления в отношении ликвидации. Этот недостаток можно до некоторой степени преодолеть путем установления определенных взаимосвязей между двумя видами производства, с тем чтобы предусмотреть возможность преобразования одного вида производства в другой при определенных конкретных обстоятельствах, а также путем включения средств, призванных предупреждать злоупотребление производством по делу о несостоятельности, таких как открытие реорганизационного производства в целях уклонения от ликвидации или ее затягивания.

67. В связи с вопросом о выборе вида производства в некоторых странах предусматривается, что стороне, подающей заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности, первоначально предоставляется выбор между ликвидацией и реорганизацией. Если ликвидационное производство начинается по инициативе одного или более кредиторов, то законодательство зачастую предусматривает механизм, который позволяет должнику ходатайствовать о преобразовании этого производства в реорганизационное, когда это практически возможно. Если должник подает заявление о возбуждении реорганизационного производства либо по собственной инициативе, либо вследствие подачи кредитором заявления о возбуждении ликвидационного производства, то заявление о возбуждении реорганизационного производства должно логически рассматриваться в первую очередь. Тем не менее в целях защиты кредиторов в законодательстве о несостоятельности некоторых стран предусматривается механизм, позволяющий преобразовывать реорганизационное производство в ликвидационное, если определяется, что реорганизационные процедуры вряд ли увенчаются успехом или не могут быть успешными. Другой механизм защиты кредиторов может предусматривать установление максимального срока, в течение которого может быть продолжено реорганизационное производство вопреки воле кредиторов.

68. Как правило, ликвидационное и реорганизационное производство, хотя они обычно предусматриваются в качестве отдельных процедур, осуществляются последовательно, то есть ликвидационное производство применяется только в том случае, если успешное проведение реорганизации представляется маловероятным или если мероприятия по реорганизации не увенчались успехом. В соответствии с общей презумпцией, принятой в некоторых системах урегулирования дел о несостоятельности, предприятие подлежит реорганизации, а ликвидационное производство может быть открыто только после провала всех попыток провести реорганизацию этого предприятия. В рамках систем урегулирования дел о несостоятельности, которые предусматривают возможность преобразования, заявление о преобразовании реорганизационного производства в ликвидационное может быть подано должником, кредиторами или управляющим в деле о несостоятельности, в зависимости от обстоятельств, предусмотренных в законодательстве. К таким обстоятельствам могут относиться неспособность должника производить платежи в период после подачи заявления по мере наступления сроков погашения; неутверждение кредиторами или судом плана реорганизации; неспособность должника выполнять свои обязательства в соответствии с утвержденным планом; или осуществление должником действий, представляющих собой попытку обмануть кредиторов (см. часть вторую, главу IV). Хотя возможность преобразования реорганизационного производства в ликвидационное

предусматривается довольно часто, большинство систем урегулирования дел о несостоятельности не допускает возможности повторного преобразования в реорганизационное производство после того, как реорганизационное производство уже было преобразовано в ликвидационное.

69. Трудности, связанные с определением на первоначальных этапах целесообразности применения по отношению к должнику ликвидационной процедуры вместо реорганизационной процедуры, вынудили некоторые страны пересмотреть свое законодательство о несостоятельности и заменить отдельные виды производства "единым" производством⁷. В соответствии с "единым подходом" устанавливается первоначальный период времени (который обычно именуется контрольным сроком и продолжительность которого, согласно имеющимся примерам единого законодательства, может составлять до трех месяцев), в течение которого не выдвигается какое-либо предположение о том, будет ли данное предприятие в конечном счете реорганизовано или же ликвидировано. Выбор между ликвидационным или реорганизационным производством происходит только после оценки финансового состояния должника и определения того, является ли реорганизация фактически возможной. Основные преимущества подобного подхода заключаются в его простоте в процессуальном отношении, его гибкости и возможной экономии с точки зрения затрат. Простое единое производство может также побуждать должников, сталкивающихся с финансовыми трудностями, к заблаговременному возбуждению производства, что повышает вероятность успешной реорганизации. Вместе с тем недостатком этого подхода может быть задержка, которая имеет место между принятием решения об открытии производства и принятием решения в отношении того, какое производство должно использоваться, а также последствия для коммерческого предприятия должника и стоимости активов должника, которые могут возникнуть в результате такой задержки. Чтобы ни предусматривало законодательство о несостоятельности с точки зрения ликвидации и реорганизации, оно должно обеспечивать, чтобы должник, который попал в эту систему, не мог выйти из нее без того или иного окончательного определения его будущего.

С. Административные процедуры

70. В течение последних лет в ряде стран, затрагиваемых кризисом, были разработаны полуофициальные "структурированные" формы процедур несостоятельности под воздействием, в первую очередь, правительств или центральных банков для решения системных финансовых проблем в рамках банковского сектора. Эти процедуры разрабатывались на основе схожей структуры. Во-первых, каждая из этих процедур предусматривает наличие ведомства, оказывающего содействие, с тем чтобы поощрять и отчасти координировать и управлять процедурой для установления стимулов и мотивации, необходимых для их разработки. Во-вторых, в основе каждой процедуры лежит соглашение между коммерческими банками, в котором участники соглашаются следовать совокупности "правил" в отношении корпоративных должников, которые имеют задолженность перед одним или несколькими банками и которые могут участвовать в этой процедуре. Эти правила предусматривают процедуры, которым необходимо следовать, и условия, которые необходимо устанавливать в случаях, когда

⁷ В случае выбора единой системы потребуются включить некоторые изменения в различные основные элементы законодательства о несостоятельности.

предпринимается попытка реорганизации какой-либо компании. В некоторых юрисдикциях компания-должник, которая стремится провести переговоры относительно реорганизации в рамках этой процедуры, должна согласиться с применением таких правил. В-третьих, предусматриваются предельные сроки осуществления различных частей таких процедур, а в некоторых случаях соглашения в принципе могут быть переданы в соответствующий суд для начала реорганизационного производства в соответствии с законодательством о несостоятельности. Кроме того, одна из этих стран создала специальное ведомство, которое располагает, в соответствии с регулирующим его деятельностью законодательством, чрезвычайно широкими полномочиями по приобретению проблемных займов у банковского и финансового секторов, а затем применению внесудебных процедур в отношении компании-должника, не выполнившей свои обязательства, включая принудительную или вынужденную реорганизацию.

71. Поскольку эти процедуры являются относительно сложными и сопряжены с разработкой специальных правил и положений и поскольку они затрагивают конкретные ситуации системного отказа, они не рассматриваются в *Руководстве*.

III. Институциональные основы

72. Законодательство о несостоятельности является частью общей правовой системы в области торговли и в силу своего применения в данной области в значительной степени зависит не только от развитой правовой системы в области торговли, но и от разработанных институциональных основ применения законодательства. В связи с этим варианты разработки или реформирования законодательства о несостоятельности необходимо будет тесно увязывать с возможностями существующих институтов. Система несостоятельности будет эффективной лишь в том случае, если суды и должностные лица, отвечающие за ее осуществление на практике, будут обладать потенциалом, необходимым для обеспечения наиболее эффективных, своевременных и справедливых результатов для тех, в чьих интересах действует система несостоятельности. Если такой институциональный потенциал еще не создан, то весьма желательно, чтобы реформа законодательства о несостоятельности сопровождалась институциональной реформой, где затраты на создание и сохранение необходимых институциональных основ оцениваются с точки зрения преимуществ, которые приносит эффективная и действенная система, пользующаяся доверием общественности. Хотя подробное обсуждение средств, с помощью которых можно развить или укрепить институциональный потенциал, выходит за рамки данного руководства, можно сделать ряд замечаний общего характера.

73. В большинстве юрисдикций производство по делу о несостоятельности ведется судебным органом, зачастую через суды по торговым делам или суды общей юрисдикции, или же, в некоторых случаях, через специализированные суды по делам о банкротстве. Иногда судьи обладают специальными знаниями и занимаются только вопросами несостоятельности, в то время как в других случаях вопросы несостоятельности составляют лишь одну из целого ряда более широких обязанностей суда. В небольшом числе юрисдикций роль, которую в других юрисдикциях отводят судам, исполняют несудебные или квазисудебные учреждения.

74. При разработке законодательства о несостоятельности, возможно, было бы целесообразным учитывать, в какой степени суды должны будут осуществлять надзор за процессом и можно ли ограничить их роль в отношении различных частей

такого процесса или сбалансировать ее ролью других участников процесса, таких как кредиторы и управляющий в деле о несостоятельности. Это имеет особое значение в тех случаях, когда законодательство о несостоятельности требует от судей оперативного рассмотрения сложных вопросов несостоятельности (которые часто включают в себя коммерческие и хозяйственные вопросы), а возможности судебной системы ограничены в силу ее размера, общей нехватки ресурсов в судебной системе и отсутствия специальных знаний и опыта в связи с такими вопросами, какие могут встречаться в делах о несостоятельности.

75. Чтобы ограничить роль, отводимую суду, в законодательстве о несостоятельности можно предусмотреть, например, право управляющего принимать решения по ряду вопросов, таких как проверка и признание требований, необходимость в финансировании после открытия производства, перевод обеспеченных активов, не имеющих стоимости, в состав имущественной массы, продажа крупных активов, начало действий по расторжению сделок и режим в отношении контрактов, когда не требуется вмешательства суда, за исключением случаев возникновения спора. Применение такого подхода зависит от наличия соответствующего квалифицированного персонала, способного исполнять функции управляющих в делах о несостоятельности. Кредиторы также могут быть уполномочены давать консультации управляющему в деле о несостоятельности или утверждать некоторые его решения, например, об утверждении продажи важных активов или получении финансовых средств после открытия производства, когда не требуется вмешательства суда, за исключением случаев возникновения спора. В законодательстве о несостоятельности можно оговорить процедуры, которые потребуют одобрения суда, например, определение приоритета над правами существующих обеспеченных кредиторов обеспечивать финансирование после открытия производства.

76. Способность суда заниматься нередко сложными коммерческими вопросами, возникающими в делах о несостоятельности, – это зачастую вопрос не только знаний и опыта в связи с конкретной юридической и деловой практикой, но и регулярного обновления современных знаний и опыта. Чтобы разрешить вопрос о потенциале судов, необходимо уделять особое внимание образованию и непрерывной подготовке судебного персонала, причем не только судей, но и секретарей и других работников судов, что поможет поддерживать режим несостоятельности, способный эффективным и действенным образом справляться с нагрузкой по делам о несостоятельности.

77. Еще одно соображение относительно способности суда осуществлять надзор в делах о несостоятельности касается сбалансированного представления в законодательстве о несостоятельности императивных и дискреционных компонентов. Хотя императивные элементы, такие как автоматическое открытие производства или автоматическое введение моратория, могут обеспечить высокую степень определенности и предсказуемости для должника и кредиторов, а также ограничить число вопросов, требующих рассмотрения в судах, они могут привести и к излишней жесткости, если элементов такого рода будет слишком много. Дискреционный подход позволяет суду оценивать факты и обстоятельства с учетом возникших ранее общих интересов и интересов лиц, затронутых принятым решением и рыночными условиями. Он также может возлагать определенное бремя на суд, если у него нет знаний или опыта, необходимых для оценки этих соображений, или ресурсов для своевременного реагирования. В тех случаях, когда законодательство о несостоятельности предусматривает, например, подтверждение

плана реорганизации судом, целесообразно не направлять суду просьбу о выполнении сложных экономических оценок осуществимости или целесообразности данного плана, а ограничить его работу процессом утверждения или решения других конкретных вопросов. Если законодательство о несостоятельности требует дискреционного подхода от того или иного директивного органа, например, суда, то желательно предусмотреть также соответствующие ориентиры в отношении применения такого дискреционного подхода надлежащим образом, особенно когда это связано с экономическими или коммерческими вопросами. Такой подход соответствует общей задаче установления режима несостоятельности, характеризующегося прозрачностью и предсказуемостью.

78. Адекватность правовой инфраструктуры и, в частности, ресурсов, имеющихся у судов, которые занимаются делами о несостоятельности, может иметь важное значение с точки зрения воздействия на эффективность рассмотрения дел о несостоятельности и на продолжительность времени, необходимого для производства по делам о несостоятельности. Это соображение может быть уместным при решении вопроса о том, следует ли в законодательстве о несостоятельности указывать временные рамки для ведения некоторых частей производства. Если судебная инфраструктура не способна своевременно отвечать на предъявляемые к ней требования, чтобы обеспечить соблюдение сторонами временных рамок и оперативное ведение производства по делам о несостоятельности, то включение таких положений в законодательство не приведет к достижению цели установления эффективного и действенного режима несостоятельности. Процессуальные нормы также будут иметь значение для ведения дел, а хорошо разработанные правила помогут судам и специалистам, занимающимся делами о несостоятельности, эффективно и упорядоченно учитывать экономическое положение должника, сводя к минимуму задержки, которые могут привести к снижению стоимости активов должника и ухудшить перспективы успешного производства по делу о несостоятельности (будь то ликвидационного или реорганизационного). Такие правила будут также способствовать достижению определенной степени предсказуемости и единообразия режима при переходе от одного дела к другому.

79. Практическое применение системы несостоятельности зависит не только от суда, но и от специалистов, участвующих в процессе по делу о несостоятельности, будь то управляющие в делах о несостоятельности, юрисконсульты, бухгалтеры, специалисты по оценке или другие профессиональные консультанты. Развитию потенциала может помочь принятие профессиональных стандартов и профессиональная подготовка. Возможно, было бы целесообразным оценить, какие функции в вопросах несостоятельности являются действительно публичными по своему характеру и должны осуществляться в публичном секторе для обеспечения необходимого уровня доверия и уверенности, необходимого для того, чтобы система несостоятельности была эффективной, и какие функции могут выполняться посредством создания достаточных стимулов для субъектов частного сектора, участвующих в процессе несостоятельности. Одним из примеров может быть управляющий в деле о несостоятельности.