

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
13 January 2003*

Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**

Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)

Двадцать восьмая сессия

Нью-Йорк, 24–28 февраля 2003 года

**Проект руководства для законодательных органов
по вопросам законодательства о несостоятельности****Записка Секретариата**

*[Глоссарий к Руководству содержится в документе A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.1;
Часть вторая Руководства содержится в документах A/CN.9/WG.V/WP.63/
Add.3–17]*

*Номера пунктов в [...] относятся к соответствующим номерам пунктов в
документе A/CN.9/WG.V/WP.57, содержащем предыдущий вариант этой
вступительной главы.*

Содержание

	Пункты	Стр.
Часть первая: Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности		
I. Общая информация о процедурах несостоятельности	1–21	2
А. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности	3–13	3
1. Максимальное повышение стоимости активов.	4	4

* Настоящий документ был представлен с задержкой в связи с необходимостью завершения работы двадцать седьмой сессии Рабочей группы (9–13 декабря 2002 года) и завершения пересмотра этого документа.



2.	Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией	5	4
3.	Обеспечение справедливого режима в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении	6	5
4.	Установление порядка для своевременного, эффективного и беспристрастного урегулирования дел о несостоятельности	7–8	5
5.	Предотвращение преждевременного расчленения активов должника	9	6
6.	Установление прозрачной и предсказуемой процедуры, стимулирующей сбор и распространение информации	10–11	6
7.	Признание существующих прав кредиторов и установление ясных правил определения статуса преимущественных требований	12	7
8.	Создание основ для трансграничной несостоятельности	13	7
B.	Установление баланса между ключевыми целями	14–18	7
C.	Общие черты режима несостоятельности	19–21	9
II.	Виды производства по делу о несостоятельности	22–64	11
A.	Ликвидация	26–29	12
B.	Реорганизация	30–55	14
1.	Официальное реорганизационное производство	31–36	14
2.	Неофициальное реорганизационное производство	37–52	17
a)	Необходимые предварительные условия	40	18
b)	Основные процедуры	41–51	19
c)	Правила и рекомендации, касающиеся неофициальной реорганизации	52	22
3.	Реорганизационные процедуры, которые включают как неофициальные, так и официальные элементы	53–55	22
C.	Административные процедуры	56–57	23
D.	Структура режима несостоятельности	58–64	24

Часть первая

Разработка структуры и определение ключевых целей эффективного и действенного режима несостоятельности

I. Общая информация о процедурах несостоятельности

1.[23] 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 правительственных органов-должников), 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.

2. [23] 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 и "официальные", и "неофициальные" элементы. Официальное производство по делу о несостоятельности открывается в соответствии с законодательством о несостоятельности и регулируется таким законодательством. Оно, как правило, охватывает и ликвидационную, и реорганизационную процедуру. Неофициальные процедуры несостоятельности не регулируются законодательством о несостоятельности и будут, как правило, сопряжены с переговорами между должником и его некоторыми или всеми кредиторами. Эти процедуры зачастую разрабатывались в рамках банковского и коммерческого секторов, и они, как правило, предусматривают некую форму реорганизации несостоятельного должника. Хотя такие неофициальные реорганизационные процедуры не регулируются законодательством о несостоятельности, они, тем не менее, зависят с точки зрения своей эффективности от существования законодательства о несостоятельности, которое может предусматривать некоторые косвенные стимулы или побудительные факторы для проведения реорганизации (которые рассматриваются подробно ниже).

А. Ключевые цели эффективного и действенного режима несостоятельности

3. 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 правовую систему и систему ценностей 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. Максимальное повышение стоимости активов

4. Участники процедуры несостоятельности должны располагать сильными стимулами к достижению максимального повышения стоимости активов, поскольку это будет способствовать распределению между кредиторами в целом больших сумм и уменьшать бремя 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 ролями, 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.

2. Обеспечение баланса между ликвидацией и реорганизацией

5. Первая цель максимального повышения стоимости активов тесно связана с балансом, который должен быть обеспечен в режиме несостоятельности между ликвидацией и реорганизацией. [16] Режим несостоятельности должен 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 необходимостью содействия развитию предпринимательства и защиты рабочих мест. [15] Законодательство о несостоятельности должно предусматривать 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 коммерческой организации, а не их разбивки и отчуждения частями. Чтобы исключить злоупотребления процедурой 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 одного вида производства в другой при соответствующих обстоятельствах.

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

6. Цель обеспечения справедливого режима основывается на представлении о том, что в ходе коллективного производства режим кредиторов, обладающих сходными юридическими правами, должен быть равным, и они должны получать распределение по своим требованиям в соответствии с их относительным приоритетом и интересами. [17] 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, затрагивал всех, кто входит в эту категорию, одинаково. Меры по обеспечению справедливого режима охватывают 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. [17] Режим несостоятельности должен предусматривать 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.

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

7. [18] Необходимо обеспечивать упорядоченное, оперативное и эффективное рассмотрение и урегулирование дел о несостоятельности, с тем чтобы избегать 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 взвесить все преимущества и недостатки всей процедуры для обеспечения максимальной

эффективности и недопущения причинения ущерба гибкости. В то же время такая процедура должна сосредотачиваться на достижении цели ликвидации нежизнеспособных и неэффективных коммерческих предприятий и сохранении эффективных, потенциально жизнеспособных коммерческих предприятий.

8. [18] Оперативному и упорядоченному устранению финансовых трудностей должника может способствовать законодательство о несостоятельности, которое обеспечивает беспрепятственный доступ к процедуре 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 этой процедурой и управления ею (включая как специалистов, так и участвующие учреждения), а также обеспечивает в качестве конечного результата эффективное исполнение финансовых обязательств должника.

5. Предотвращение преждевременного расчленения активов должника

9. [19] Режим несостоятельности должен 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 предприятия, так и обеспечению справедливого режима для кредиторов. Возможно, потребуется предусмотреть некий механизм, который не допускал бы ущемления прав обеспеченных кредиторов в результате моратория.

6. Установление прозрачной и предсказуемой процедуры, стимулирующей сбор и распространение информации

10. [20] Законодательство о несостоятельности должно быть прозрачным и предсказуемым. Это позволит потенциальным заимодавцам и кредиторам понять, каким образом функционирует процедура несостоятельности, и оценить риски, связанные с их положением в качестве кредиторов в случае несостоятельности. Это будет способствовать стабильности в коммерческих отношениях и облегчать 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 помогать определению пределов любых дискреционных полномочий. Непредсказуемое применение законодательства о несостоятельности сопряжено с вероятностью причинения ущерба не только уверенности всех участников в производстве по делу о несостоятельности, но и их готовности принимать кредитные и другие инвестиционные решения. [20] 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).

11. [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 процедурой несостоятельности и осуществление надзора над ней (суды или административные органы, управляющий в деле о несостоятельности), и кредиторам оценить финансовое положение должника и найти наиболее целесообразное решение.

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

12. [21] Признание и обеспечение соблюдения в рамках процедуры несостоятельности разных прав, которыми кредиторы обладают вне процедуры несостоятельности, будут способствовать определенности на рынке и облегчать предоставление кредитов, особенно в отношении прав и приоритетов обеспеченных кредиторов. Ясные правила, касающиеся установления порядка очередности как для существующих требований кредиторов, так и для их требований, возникших после открытия производства, имеют важное значение с точки зрения возникновения у заимодателей ясного понимания ситуации, обеспечения последовательного применения этих правил, а также обеспечения уверенности в этой процедуре и возможности для всех участников принимать надлежащие меры по управлению рисками. В наибольшей, по возможности, 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.

8. Создание основ для трансграничной несостоятельности

13. [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 несостоятельности.

В. Установление баланса между ключевыми целями

14. Поскольку режим несостоятельности не может в полной мере защищать интересы всех сторон, выбор некоторых ключевых вариантов, который должен быть сделан при разработке законодательства о несостоятельности, относится к определению целей такого законодательства и достижению желательного баланса между 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. Режимы несостоятельности как таковые могут иметь всепроникающие последствия в более широкой экономике.

15. Первая задача любой системы 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 социального порядка и стабильности. Все стороны должны быть в состоянии предвидеть свои юридические права в случае неспособности должника производить 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.

16. Универсального решения в отношении структуры режима несостоятельности не существует, поскольку имеются значительные различия между странами с точки зрения их нужд, а также в их законодательстве, касающемся других вопросов, которые имеют определяющее значение для несостоятельности, таких, как обеспечительные интересы, имущественные и договорные права, средства правовой защиты и процедуры принудительной реализации. Хотя универсального решения может и не быть, системы несостоятельности большинства стран регулируют широкий спектр вопросов, возникающих в связи с данными ключевыми целями, хотя и с разной направленностью и в разной степени. Законодательство некоторых стран способствует более надежному признанию и принудительной реализации прав и коммерческих сделок кредиторов и предоставляет больший контроль над процедурой несостоятельности кредиторам, чем должнику (что иногда именуется режимом, "благоприятствующим кредиторам"), тогда как законодательство других стран склоняется к предоставлению большего контроля над этой процедурой должнику (что именуется режимом, "благоприятствующим должникам"). Законодательство некоторых стран придает большее значение ликвидации 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 как части функционирующей хозяйственной единицы, предоставляя "второй шанс" акционерам и руководителям предприятия-должника; обеспечения эффективных стимулов для того, чтобы предприниматели и управляющие использовали надлежащие подходы к регулированию рисков; или защиты уязвимых групп лиц, таких, как служащие должника, от последствий коммерческого провала¹.

¹ Между благоприятствованием режима несостоятельности должникам или кредиторам, опорой на ликвидацию или реорганизацию и последующим успехом или неудачей реорганизации не обязательно существует прямая связь. Хотя подробное обсуждение этих вопросов не входит в рамки настоящего Руководства, они имеют важное значение для структуры режима несостоятельности и заслуживают рассмотрения. Хотя число случаев успешной реорганизации существенно различается даже 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.

17. 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 режима несостоятельности может являться лучшим решением, чем попытки учесть такие интересы в рамках режима несостоятельности. Например, если законодательство о несостоятельности предоставляет требованиям служащих более низкий статус, чем требованиям обеспеченных и приоритетных кредиторов, то для защиты прав служащих могут использоваться механизмы страхования (см. Часть вторую, глава ...).

18. 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 социальным нуждам. 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.

С. Общие черты режима несостоятельности

19. [24] Разработка эффективного и действенного режима 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 главах [...] 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

или к менее успешной реорганизации, чем режимы, благоприятствующие должникам.

настоящем Руководстве содержится ссылка на управляющего в деле о несостоятельности) для контроля над предприятием должника и управления им, а также 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 будут приостанавливаться в результате открытия 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, которые приводят к причинению ущерба интересам кредиторов;
- i) в случае реорганизации, подготовку плана реорганизации и установление ограничений, если в них есть необходимость вообще, которые будут установлены в отношении содержания такого плана, и определение того, кто будет разрабатывать план, и условий, необходимых для его утверждения и осуществления;
- j) определение статуса кредиторов для целей распределения поступлений от ликвидации; и
- k) осуществление плана реорганизации, распределение поступлений от ликвидации, освобождение должника от обязательств или роспуск его предприятия, а также завершение производства.

20. [25] 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 будет ли законодательство о несостоятельности фактически влечь за собой 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 законодательства, которые ограничивают возможность преобразования задолженности в акции, и нормы законодательства, которые предусматривают меры контроля за использованием иностранной

валюты и иностранных инвестиций, что может влиять на содержание плана реорганизации (см. контракты найма и служащие [Часть вторая, глава ...]; зачет требований и взаимозачет [Часть вторая, глава...]; и содержание плана реорганизации [Часть вторая, глава ...]).

21. Хотя институциональные основы не рассматриваются подробно в настоящем Руководстве, некоторые из этих вопросов затрагиваются в главе ... Части второй. 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 с точки зрения принятия ключевых решений, весьма важно, чтобы такая инфраструктура была в достаточной мере развита для выполнения требуемых функций.

II. Виды производства по делу о несостоятельности

22. [26] Два основных вида производства являются общими для большинства режимов несостоятельности: ликвидация (как правило, официальное производство) и реорганизация (которая может представлять собой либо официальное производство, либо неофициальную процедуру, либо в некоторых случаях процедуру, которая объединяет неофициальные и официальные элементы).

23. [26] Традиционное различие или разница между этими двумя видами процедур может быть несколько искусственной и может приводить к излишней поляризации и негибкости. Она не учитывает, например, случаи, которые нелегко отнести к противоположным частям спектра, т.е. 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, т.е. 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 (т.е. прямой продажи активов по частям), которая используется для получения максимально возможной стоимости в результате реализации имущественной массы. Аналогичным образом, реорганизация может требовать продажи значительных частей коммерческого предприятия должника или [27] предусматривать последующую ликвидацию или продажу предприятия какой-либо другой компании, или же роспуск существующей компании должника.

24. [27] По этим причинам целесообразно, чтобы законодательство о несостоятельности предусматривало нечто большее, чем просто выбор между строго традиционной ликвидационной процедурой и каким-либо одним,

определяемым узко, видом реорганизационной процедуры. 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 достигнуть такого результата, какой предусматривает предоставление большей стоимости кредиторам, чем в случае ликвидации должника.

25. [28] Когда речь идет об основных положениях эффективного и действенного режима несостоятельности, настоящее Руководство сосредотачивается на ликвидационной процедуре, с одной стороны, и реорганизационной процедуре – с другой. Однако принятие этого подхода не призвано указывать на то, что предпочтение отдается каким-либо конкретным видам процедур или же тому, каким образом различные процедуры должны быть отражены в законодательстве о несостоятельности. Напротив, в Руководстве прослеживается стремление сопоставить и противопоставить основные элементы различных видов процедур и содействовать использованию подхода, который сосредотачивается на максимизации результата для сторон, участвующих в процессе урегулирования дел о несостоятельности. Это может быть достигнуто путем разработки такой структуры законодательства о несостоятельности, которая включала бы традиционные официальные элементы таким образом, чтобы это способствовало как обеспечению максимальной гибкости, так и использованию неофициальных процедур, когда они будут наиболее эффективными.

А. Ликвидация

26. [29] Вид производства, именуемый "ликвидацией", регулируется законодательством о несостоятельности и, как правило, предусматривает принятие каким-либо публичным органом (обычно, хотя отнюдь не обязательно, судом, действующим 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 активов на пропорциональной основе среди кредиторов. Продажа активов может осуществляться по частям или может быть сопряжена с продажей коммерческого предприятия в качестве производственных единиц или же в качестве функционирующей хозяйственной единицы, и такие процедуры обычно приводят к роспуску или прекращению существования должника как коммерческого юридического лица. Другие термины, используемые для обозначения этого вида производства, включают банкротство, ликвидацию, *faillite*, *quiebra* и *Konkursverfahren*.

27. [30] Ликвидационное производство, как представляется, имеет практически "универсальный" характер с точки зрения его понятия, признания и применения и обычно осуществляется по следующей схеме:

- а) подача заявления в суд или другой компетентный орган либо должником, либо кредитором (кредиторами);
- б) вынесение постановления или решения о ликвидации должника;

- c) назначение независимого лица для осуществления ликвидационной процедуры и управления ею;
- d) прекращение коммерческой деятельности должника;
- e) прекращение полномочий собственников и директоров и найма служащих;
- f) продажа активов должника либо по частям, либо в качестве функционирующей хозяйственной единицы;
- g) рассмотрение требований кредиторов и вынесение решения по ним;
- h) распределение имеющихся средств среди кредиторов (в соответствии с определенной формой приоритета); и
- i) роспуск компании-должника, если она является корпорацией или имеет какую-либо иную форму правосубъектности, или освобождение от обязательств в случае индивидуального должника.

28. [31] Существует ряд правовых и экономических обоснований ликвидационной процедуры. 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, т.е. 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 ликвидационных процедур 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. Процедура упорядоченной и эффективной ликвидации позволяет решать межкредиторскую проблему путем возбуждения коллективного производства, которое направлено на недопущение таких действий, какие, 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 способность кредиторов обеспечить осуществление своих индивидуальных прав в отношении должника и назначения независимого лица, основная обязанность которого заключается в максимальном повышении стоимости активов должника для распределения среди кредиторов.

29. [32] 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

режим несостоятельности должен функционировать как средство принудительной реализации прав индивидуальных кредиторов, хотя между данными двумя видами процедур имеется ясная и значимая взаимосвязь. Эффективность и действенность процедур индивидуальной принудительной реализации прав кредиторов будут означать, что кредиторы не принуждаются к использованию процедуры 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 сдержанностью, которая обуславливает его непригодность для использования таким образом. Тем не менее эффективная процедура 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.

В. Реорганизация

30. [33] Альтернативой ликвидации является процедура, призванная сохранить предприятие, а не продавать его активы и прекращать его существование. Эта процедура, которая может принимать одну из нескольких форм и может быть менее универсальной с точки зрения ее понятия, признания и применения, чем ликвидация, обозначается с помощью ряда различных терминов, включая реорганизацию, санацию, реструктуризацию, рационализацию, оздоровление, согласование, мировое соглашение, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas и Vergleichsverfahren. 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 она может приводить к уменьшению масштабов деятельности коммерческого предприятия, его продаже в качестве функционирующей хозяйственной единицы другой компании или его последующей ликвидации).

1. Официальное реорганизационное производство

31. [34] Как отмечалось выше, реорганизационное производство может охватываться законодательством о несостоятельности или же представлять собой неофициальную процедуру или процедуру, которая объединяет и официальные, и неофициальные элементы. Одно из обоснований включения официальной реорганизационной процедуры в законодательство о несостоятельности заключается в том, что не все должники, которые совершают ошибки или сталкиваются с серьезными 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. Реорганизационные процедуры призваны дать должнику некоторую "передышку", с тем чтобы он мог преодолеть свои временные

трудности с точки зрения ликвидности или более постоянной чрезмерной задолженности, и, в случае необходимости, дать ему возможность реструктурировать свои операции и свои 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 получают платежи в полном размере, или что собственники и управляющие несостоятельного должника сохраняют 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.

32. Дополнительные факторы, поддерживающие использование реорганизации, обуславливаются, в частности, тем, что [38] 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 реорганизационных процедур, поскольку они побуждают должников к принятию мер до того, как их финансовые трудности станут более серьезными. И наконец, существуют социальные и политические соображения, обуславливающие существованием реорганизационных процедур, которые защищают, например, служащих попавшего в затруднительное положение должника.

33. [35] Реорганизационные процедуры могут принимать ряд различных форм. Эти формы могут включать простое соглашение относительно задолженности (упоминаемое как мировое соглашение) в тех случаях, когда, например, кредиторы соглашаются получить определенную процентную долю задолженности, причитающейся им, 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.

34. [36] Хотя реорганизация не является столь универсальной процедурой, как ликвидация, и поэтому, возможно, не существует единого порядка ее осуществления, можно определить ряд ключевых или основных элементов, включая следующие:

- a) согласие должника на осуществление данной процедуры (будь то добровольное 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 ограниченного 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 этого плана кредиторами и голосование по этому вопросу;
- f) возможно, одобрение/подтверждение принятого плана в судебном порядке; и
- g) осуществление плана.

35. [37] 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 неофициальной процедуры, используется для достижения целей реорганизации, является разной в различных странах. По общему признанию, существование ликвидационной процедуры может способствовать реорганизации предприятия–должника с помощью либо официального реорганизационного производства, либо неофициальных способов посредством процедуры внесудебного урегулирования, путем установления как для кредиторов, так и для должников стимулов к достижению надлежащего соглашения. И действительно, в экономике многих стран реорганизация чаще всего происходит на неофициальной основе, т.е. "в тени" официального режима несостоятельности.

36. [37] 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 неофициально провести переговоры с этим банком и устранить свои трудности без привлечения коммерческих кредиторов и необходимости открытия официального производства. 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, [38] поскольку внесудебная реорганизация требует единогласия. Официальные реорганизационные процедуры могут способствовать достижению желаемой цели в том случае, если такие процедуры позволяют должнику и большинству кредиторов ввести в действие план, с которым не согласно меньшинство кредиторов, особенно тогда, когда имеются кредиторы, которые "воздержались" от участия во внесудебных переговорах.

2. Неофициальное реорганизационное производство *[подлежит согласованию с текстом пунктов 363–366 документа A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12]*

37. [39] Неофициальные процедуры были разработаны несколько лет тому назад в банковском секторе в качестве альтернативы официальному реорганизационному производству. Неофициальные процедуры, которые проводят и на которые воздействуют банки и финансовые учреждения, действующие на мировом рынке, постепенно получили распространение в значительном числе правовых систем, хотя частота использования таких процедур разнится: в некоторых правовых системах, как сообщается, они используются редко, тогда как в других правовых системах реорганизация в большинстве случаев, как сообщается, проводится на неофициальной основе. До некоторой степени эти результаты могут отражать существование (или отсутствие) того, что иногда называется "культурой санации", т.е. степенью, в которой участники считают неофициальные процедуры, по всей вероятности, успешными, независимо от формального отсутствия черт производства согласно законодательству о несостоятельности, например моратория, и необходимости достижения консенсуса кредиторов для заключения неофициального соглашения.

38. [39] Использование неофициальной процедуры в целом ограничивалось случаями возникновения у компаний финансовых трудностей или их несостоятельности, в которых речь идет о значительной задолженности банкам и финансовым учреждениям. Эта процедура направлена на обеспечение достижения как между самими кредиторами, так и между кредиторами и должником соглашения в отношении реорганизации предприятия должника при изменении порядка финансирования или без этого. Неофициальная реорганизация может явиться средством обеспечения гибкости системы несостоятельности путем уменьшения необходимости полагаться на судебную инфраструктуру, содействия заблаговременному и эффективному принятию ответных мер кредиторами, чем это было бы обычно возможным в рамках официальных режимов, и избежания стигматизации, с которой часто связана несостоятельность. Неофициальные процедуры, хотя они и не основываются на положениях законодательства о несостоятельности или не полагаются на такие положения, полагаются на существование и наличие официальных основ несостоятельности при установлении санкций, которые могут способствовать успешному осуществлению неофициальной процедуры. Если должник и его банк и финансовые кредиторы не воспользуются возможностью для объединения и возбуждения неофициальной процедуры, этот должник или кредиторы могут применить официальное законодательство о несостоятельности, что сопряжено с вероятностью причинения ущерба

интересам как должника, так и его кредиторов с точки зрения задержек, издержек и результатов.

39. Хотя это не регулируется законодательством о несостоятельности, многие правовые системы предусматривают, что должник может заключить соглашение или договоренности с некоторыми из его кредиторов, причем такие соглашения или договоренности могут регулироваться, например, договорным правом, правом акционерных компаний или коммерческим правом, или же гражданско-процессуальным правом, или в некоторых случаях соответствующими банковскими правилами. Вместе с тем существует несколько стран, правовые системы которых не допускают проведения реорганизации за рамками судебной системы или же законодательство о несостоятельности которых будет рассматривать шаги, связанные с такой неофициальной реорганизацией, как достаточные для того, чтобы суды сделали заявление о несостоятельности. Аналогичным образом, в ряде стран правовые системы, поскольку они возлагают на должника обязательства открыть официальное производство по делу о несостоятельности в течение определенного времени после конкретно указанного события несостоятельности, ограничивают проведение такого неофициального производства 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.]

а) Необходимые предварительные условия

40. Неофициальная реорганизация зависит с точки зрения своей эффективности от ряда хорошо определенных первоначальных предпосылок. Эти предпосылки могут включать:

- а) значительную сумму долга, который причитается ряду кредиторов, являющихся крупными банками или финансовыми учреждениями;
- б) возникшую неспособность должника погашать такой долг;
- с) согласие с мнением о том, что, возможно, было бы предпочтительным провести переговоры для достижения договоренности между компанией–должником и финансовыми учреждениями, а также между самими финансовыми учреждениями для устранения финансовых трудностей компании–должника;
- д) 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;
- е) санкцию, предусматривающую, что если процесс переговоров не может быть начат или прерывается, то можно оперативно и эффективно прибегать к законодательству о несостоятельности;
- ф) 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 обстоятельству, 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 правовой системе должника, так и в правовых системах иностранных кредиторов.

b) Основные процедуры

41. Для того чтобы быть эффективной, неофициальная реорганизационная процедура требует принятия ряда различных мер и обладания некоторыми профессиональными навыками. Основные элементы такой процедуры рассматриваются ниже.

i) Возбуждение процедуры

42. Неофициальная процедура по существу сопряжена с согласованием действий должника и кредиторов или, по меньшей мере, основных кредиторов, один или несколько из которых должны начать эту процедуру (поскольку нельзя полагаться на какой-либо закон или посредника для возбуждения, применения или содействия этой процедуре). Должник может и не испытывать желания начинать диалог с кредиторами или, по меньшей мере, со всеми его кредиторами, а кредиторы, хотя и испытывают озабоченность в связи со своим положением, могут проявлять незначительный интерес к коллективной процедуре. Именно в такой момент наличие и эффективность средств защиты, связанных с индивидуальными кредиторами, или официального производства по делу о несостоятельности могут использоваться для поощрения возбуждения и дальнейшего использования неофициальной процедуры. Должник, который по-прежнему проявляет нежелание участвовать, может оказаться объектом действий, направленных на погашение индивидуального долга или принудительную реализацию обеспечения, или даже производства 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 их долга. 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, поэтому имеет решающее значение для этого вида процедуры.

ii) Координирующие участники – назначение ведущего кредитора и руководящего комитета

43. Реорганизация должна задействовать все ключевые заинтересованные круги; как правило, группа заимодателей и иногда группа основных кредиторов, которые могут затрагиваться реорганизацией, играют решающую роль в связи с такой процедурой. Для оптимальной координации хода переговоров должен

быть назначен основной кредитор, обеспечивающий руководство, организацию, управление и администрацию. Такой кредитор обычно подотчетен комитету, который представляет интересы кредиторов (руководящий комитет), и может обеспечивать содействие и действовать в качестве органа для изучения предложений в отношении должника.

iii) Согласование "паузы"

44. 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 требоваться договорное соглашение о приостановлении неблагоприятных действий как должником, так и основными кредиторами. Такое соглашение, как правило, должно действовать в течение определенного, обычно короткого, периода времени, если только оно не является ненадлежащим в каком-либо конкретном случае.

iv) Задействование консультантов

45. Попытки провести неофициальную реорганизацию 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 успешного применения такой процедуры.

v) Обеспечение достаточного притока наличных средств и ликвидности

46. Должнику, который становится кандидатом для возможной неофициальной реорганизации, зачастую будет требоваться сохранение доступа к установленным 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 реорганизации. Хотя этот вопрос может быть урегулирован в соответствии с законодательством о несостоятельности путем предоставления некоторой формы приоритета такому ведущемуся кредитованию (см. Часть вторую, глава VI.B), такое законодательство, как правило, не будет распространяться на механизм такого рода в рамках неофициальной процедуры.

47. Тем не менее те кредиторы, которые участвуют в попытках реорганизации, могут достичь соглашения о том, что если один или несколько из них предоставляют новые кредиты, то другие кредиторы будут суброгировать 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 успеха реорганизации. Однако в случае неудачи

реорганизации и ликвидации 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.

vi) *Доступ к полной, достоверной информации о должнике*

48. Весьма важно создать возможность для надлежащей оценки финансового положения должника и любых предложений, подлежащих представлению соответствующим кредиторам. 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.

vii) *Отношение к кредиторам*

49. Сложный характер интересов кредиторов зачастую сопряжен с критическими проблемами для неофициальных процедур. 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 неофициальной процедуре, могут быть возможными только в том случае, если существует перспектива получения более оптимального результата с помощью неофициальной процедуры или же если угроза открытия официального производства по делу о несостоятельности будет сдерживать кредиторов от реализации своих индивидуальных прав.

50. Вместе с тем во многих случаях привлечение каждого кредитора к неофициальной процедуре не представится 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 или же не будут эффективно участвовать в такой процедуре. Хотя кредиторы, входящие в эти категории, зачастую могут быть оставлены за рамками процедуры, 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 в важных этапах производственного процесса должника), причем не существует правил, которые могут принуждать таких кредиторов к согласию с решением, принятым большинством кредиторов.

51. Весьма часто в ходе неофициальной реорганизации 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 в отношении плана реорганизации, а затем 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 — см. Часть вторую, глава V.B). Затем такой план может стать обязательным для других кредиторов. Без эффективного официального режима несостоятельности этот результат не может быть достигнут.

с) Правила и рекомендации, касающиеся неофициальной реорганизации

52. [43] Для содействия проведению неофициальной реорганизации 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. [A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.12, пункт 365] Международной организацией, которая провела работу в этой области, является Международная федерация специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ), разработавшая *Принципы для комплексного подхода к урегулированию с участием нескольких кредиторов*. Принципы предназначены для упрощения неофициальных процедур и повышения вероятности их успешного завершения за счет рекомендаций различным группам кредиторов относительно порядка предпринимаемых действий на основе некоторых общих согласованных правил.

3. Реорганизационные процедуры, которые включают как неофициальные, так и официальные элементы

53. [47] Некоторые страны установили процедуры, которые можно охарактеризовать как "процедуры, используемые до наступления несостоятельности" или "заранее разработанные" процедуры, которые фактически представляют собой комбинацию неофициальных реорганизационных процедур и официального реорганизационного производства. Например, в соответствии с законодательством о несостоятельности одной из стран были приняты правила, позволяющие суду официально одобрить план реорганизации, который был разработан неофициально и одобрен кредиторами путем голосования, имевшего место до открытия официального производства. Такие процедуры призваны свести к минимуму затраты и задержки, связанные с официальным реорганизационным производством, обеспечивая в то же время средство, с помощью которого план реорганизации, разработанный в неофициальном порядке, тем не менее может быть одобрен в отсутствие единодушной поддержки со стороны кредиторов. Такая процедура позволяет использовать результаты работы, проведенной в ходе неофициальных переговоров, для обеспечения реорганизации, которая будет обязательной для всех кредиторов, и в то же время распространения на затрагиваемых кредиторов мер защиты, которые предусматриваются законодательством о несостоятельности.

54. [48] 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.

55. Эти виды процедур более подробно рассматриваются в Части второй, глава V.B.

С. Административные процедуры

56. [44] В течение последних лет в ряде стран, затрагиваемых кризисом, были разработаны полуофициальные "структурированные" формы неофициальных процедур 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 неофициальной реорганизацией для установления стимулов и мотивации, необходимых для разработки неофициальных процедур. 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 предпринимается попытка реорганизации какой-либо компании. В некоторых из этих стран компания-должник, которая стремится провести переговоры относительно неофициальной реорганизации, должна согласиться с применением этих 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 проведения официальной реорганизации в соответствии с законодательством. Кроме того, одна из этих стран создала специальное ведомство, которое располагает согласно регулирующему его деятельности законодательству чрезвычайно широкими полномочиями по приобретению неэффективных кредитов у банковского и финансового секторов, а затем применению внесудебных процедур в отношении компании-должника, не выполнившей свои обязательства, включая принудительную или вынужденную реорганизацию.

57. 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 подробно в Руководстве.

D. Структура режима несостоятельности

58. [52] Хотя законодательство о несостоятельности многих стран предусматривает как ликвидационное, так и реорганизационное производство, отмечается широкое разнообразие подходов к структуре таких процедур, которая ведет к выбору одной из этих 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.

59. [53] В тех положениях законодательства, в которых ликвидация или реорганизация рассматривается в качестве отдельных процедур, это делается на основе различных основополагающих соображений социального и коммерческого характера, а также для достижения различных целей. Вместе с тем, как следует из результатов рассмотрения соответствующих вопросов, приводимого 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 аспектов.

60. [54] Если законодательство о несостоятельности предусматривает две разные процедуры, то вопрос о том, какая процедура будет применяться, решается, по меньшей мере теоретически, на основе определения того, является ли предприятие несостоятельного должника жизнеспособным. Тем не менее на практике в момент открытия того или иного производства зачастую невозможно окончательно оценить финансовую жизнеспособность коммерческого предприятия. Некоторые недостатки этого подхода заключаются в том, что его использование может создать нежелательную степень поляризации между ликвидацией и реорганизацией и может привести к задержкам, большим затратам и неэффективности, особенно, например, в том случае, если неудача в реорганизации требует подачи нового и отдельного заявления в отношении ликвидации. Этот недостаток можно до некоторой степени преодолеть путем установления определенных взаимосвязей между этими двумя видами производства, с тем чтобы предусмотреть возможность преобразования одного вида производства в другой при определенных конкретных обстоятельствах, и путем включения средств, призванных предупреждать злоупотребление процедурой несостоятельности, таких, как открытие реорганизационного производства в целях уклонения от ликвидации или ее затягивания (см. ...).

61. [55] В связи с вопросом о выборе процедур 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 возбуждено реорганизационное производство вопреки воле кредиторов.

62. [56] Как правило, ликвидационные и реорганизационные процедуры, хотя они обычно предусматриваются в качестве отдельных процедур, осуществляются последовательно, т.е. ликвидационная процедура 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, глава...). 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.

63. [57] 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" производством². В соответствии с "единым подходом" устанавливается первоначальный период времени (который обычно

² В случае выбора единой системы потребуется включить некоторые изменения в различные узловые элементы законодательства о несостоятельности. Эти изменения указаны в Приложении ...

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 производится только после 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. Простая, единая процедура, допускающая и реорганизацию, и оздоровление, может также побуждать должников, сталкивающихся с финансовыми трудностями, к заблаговременному возбуждению производства, что повышает вероятность успешного оздоровления. Вместе с тем, недостатком этой процедуры может быть задержка, которая имеет место между принятием решения об открытии производства и принятием решения в отношении того, какая процедура должна использоваться, а также последствия для коммерческого предприятия должника и стоимости активов должника, которые могут возникнуть в результате такой задержки.

64. 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 какого-либо окончательного определения его будущего.
