

## LỜI NÓI ĐẦU

Trong quá trình chuẩn bị dự án Luật phá sản (sửa đổi) để trình Quốc hội xem xét cho ý kiến vào cuối năm 2003, Viện khoa học xét xử Toà án nhân dân tối cao đã tiến hành biên tập và giới thiệu trong tờ Thông tin khoa học xét xử số 4/2002 một số chuyên đề về phương hướng và nội dung cơ bản của dự án Luật phá sản (sửa đổi), thực tiễn giải quyết yêu cầu tuyên bố phá sản doanh nghiệp cũng như kinh nghiệm giải quyết phá sản ở một số nước ngoài.

Nhằm tiếp tục cung cấp thông tin để tham khảo phục vụ cho việc hoàn thiện dự án Luật phá sản (sửa đổi), Viện khoa học xét xử Toà án nhân dân tối cao xuất bản tờ Thông tin khoa học xét xử số 2/2003 với nội dung bao gồm các chuyên đề sau:

- Cải tổ Luật phá sản ở những nước có nền kinh tế đang chuyển đổi - một khung cảnh luật so sánh;
- Nền tảng của cuộc khủng hoảng tài chính châu Á;
- Khái quát về thủ tục tố tụng phá sản tại Nhật Bản.

*Xin trân trọng giới thiệu cùng bạn đọc.*

**VIỆN KHOA HỌC XÉT XỬ  
TOÀ ÁN NHÂN DÂN TỐI CAO**

# **CẢI TỔ LUẬT PHÁ SẢN Ở NHỮNG NƯỚC CÓ NỀN KINH TẾ ĐANG CHUYỂN ĐỔI - MỘT KHUNG CẢNH LUẬT SO SÁNH**

**Tiến sỹ Manfred Balz,**  
**Cộng tác viên của Wilmer, Cutler&Pickering, Đức**  
**Henry N. Shiffman**  
**Cố vấn Văn phòng Luật pháp Quĩ tiền tệ quốc tế**  
VIẾT CHO TẠP CHÍ LUẬT TÀI CHÍNH VÀ NGÂN HÀNG THẾ GIỚI  
SỐ 1+2/1996

## **I. GIỚI THIỆU**

### **1. Mục đích của luật pháp về vỡ nợ**

Luật pháp về vỡ nợ hoặc phá sản là cần thiết để trợ giúp cho những hoạt động kinh tế hiện đại dựa trên cơ sở cạnh tranh và những thay đổi cơ cấu liên tục, thắt chặt trật tự và khuyến khích sự trung thực trong quản lý tài chính, và tạo điều kiện thuận lợi cho sự phục hồi hoặc rút lui khỏi nền kinh tế của những doanh nghiệp kém hiệu quả. Do vậy, nó là một bộ phận quan trọng trong cơ cấu pháp luật của một nền kinh tế thị trường và đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi và đem lại cho các nhà đầu tư trong nước và quốc tế sự tin tưởng vào những nguyên tắc điều chỉnh việc cạnh tranh và khuyến khích các hoạt động kinh tế - và do vậy, sẽ có khuynh hướng khuyến khích sự phát triển của nền kinh tế.

Bài báo này sẽ phân tích những yếu tố cơ bản của luật pháp về vỡ nợ của các nước phương Tây và sau đó sẽ kiến nghị những vấn đề cần phải có trong luật pháp về vỡ nợ của các nền kinh tế đang chuyển đổi. Bằng cách hiểu rõ những suy tính dẫn đến sự chấp thuận những điều khoản nhất định trong luật pháp của những nền kinh tế thị trường tiên tiến, và những yếu điểm của chúng, những nền kinh tế đang chuyển đổi sẽ có thể tiếp cận những gì là thích hợp cho họ trong giai đoạn phát triển của mình. Một thực tế là những nguyên tắc về kế toán cho một nền kinh tế thị trường chỉ mới được thiết lập tại các nền kinh tế đang chuyển đổi và chưa được áp dụng thống nhất, sự thiếu kinh nghiệm của Tòa án thông thường và các Tòa án trọng tài đối với những vấn đề thương mại

và tài chính phức tạp, nguồn lực hạn chế trong quản lý Toà án, và số lượng lớn các doanh nghiệp phá sản liên quan đến việc thành lập nền kinh tế thị trường có nghĩa là các nền kinh tế đang chuyển đổi cần phải lưu tâm đến những yếu tố này khi thiết kế luật pháp về vỡ nợ của mình. Do vậy, ví dụ, xuất hiện một nhu cầu cần thiết về việc phải có những thủ tục tố tụng có hiệu quả, bằng cách trao cho người quản lý hoặc người được uỷ thác, những người thường đến từ khu vực tư nhân, những quyền lực phong phú để tiến hành các thủ tục này; bằng cách chỉ yêu cầu Toà án tham gia thủ tục này đối với những vấn đề tương đối quan trọng; bằng cách chỉ cho phép khiếu nại những quyết định của Toà án trong những trường hợp quan trọng; và bằng cách giới hạn những phiên xét xử hoặc những cuộc họp mà tại đó các chủ nợ có thể mong muốn được đại diện trong những trường hợp cần thiết.

Một đặc điểm đặc trưng của luật vỡ nợ, so sánh với luật pháp về thu hồi nợ thông thường, là luật vỡ nợ quy định về những vụ kiện tập thể của các chủ nợ có những lợi ích quan trọng. Luật vỡ nợ hiện đại phải kết hợp bốn mục tiêu chính; đó là:

- Tối đa hoá việc thu hồi tài sản;

- Đưa ra những cơ hội thực tiễn cho việc tổ chức lại trong những trường hợp thích hợp khi mà quyền lợi của chủ nợ và nhu cầu xã hội có thể được đáp ứng tốt hơn bằng các duy trì hoạt động của doanh nghiệp con nợ chứ không phải là thanh toán doanh nghiệp đó;

- Quy định cách thức đối xử đối với các chủ nợ công bằng và có thể dự đoán được; và

- Đem lại cơ hội bắt đầu lại về kinh tế mới cho các con nợ trung thực sau khi gặp đổ vỡ về tài chính.

Để đạt được những mục tiêu này, luật phải đưa ra những thủ tục tố tụng thích hợp để kết thúc vụ kiện mà không có những yêu cầu quá nặng nề, những yêu cầu là quá tốn kém và chậm chạp đối với các chủ nợ để theo đuổi những khiếu nại của mình và sẽ làm tổn hại đến những cơ hội cứu vãn doanh nghiệp mà cần phải có những hành động nhanh chóng.

## **2. Tổ chức lại về tài chính cho các doanh nghiệp**

Tại các nền kinh tế đang chuyển đổi, cần phải đặc biệt lưu ý đến một cơ cấu đúng đắn cho phép phục hồi hoặc tổ chức lại những doanh nghiệp đang khó khăn. Rất nhiều doanh nghiệp vẫn tiếp tục phải gánh chịu những gánh nặng về tài chính và tổ chức có từ trước. Khi mà việc thanh toán quy mô lớn đối với những doanh nghiệp vỡ nợ có thể là cần thiết trong những nền kinh tế thị trường phát triển, việc thanh toán nhanh chóng một phần lớn những doanh nghiệp nhà nước trước đây có thể đem lại những vấn đề xã hội và thể chế quan trọng có thể ảnh hưởng bất lợi đến cấu trúc xã hội của những nền dân chủ mới và sẽ làm tổn hại đến hình ảnh chính trị của quốc gia.

Tuy nhiên, việc phục hồi cần phải được xem xét thông qua những tính toán về tài chính và không thể chỉ bị hướng dẫn bởi những chính sách về chính trị và xã hội. Nếu việc tổ chức lại một doanh nghiệp con nợ là khả thi, thì một kế hoạch tổ chức lại cần phải được đề xuất, đàm phán và sau đó, được Toà án phê chuẩn trong một nỗ lực tái tổ chức tình trạng tài chính của công ty, duy trì công việc của nó, và phục hồi lại tính lợi nhuận của nó.

Việc thanh toán không cần thiết làm thiệt hại đến những nguồn lực, và cần phải có những quy định cho phép tổ chức lại doanh nghiệp gặp khó khăn trong những tình huống thích hợp, nhằm duy trì việc làm và tránh những hậu quả có hại của việc các doanh nghiệp sụp đổ đối với nền kinh tế quốc dân và lòng tin của các nhà đầu tư.

Việc tổ chức lại là tương đối khó khăn: chúng là những quá trình đối nghịch và nhất thiết không được diễn ra bột phát. Luật pháp phải có những hướng dẫn và có những điều chỉnh tư pháp nhất định về nội dung của kế hoạch tổ chức lại và về những yêu cầu để được phê chuẩn. Luật cũng phải quy định về trật tự ưu tiên trong việc phân phối tài sản cho những người cung cấp vốn sau khi bắt đầu thủ tục tố tụng, để bảo đảm thu hút được những nguồn vốn mới là yếu tố sống còn cho thành công của quá trình tổ chức lại.

Một luật vỡ nợ của một nền kinh tế đang chuyển đổi phải chứa đựng cả những quy định về những lĩnh vực khác để làm cho luật trở nên thích hợp cho quá trình chuyển đổi sang nền kinh tế thị trường cũng như trở thành có thể áp dụng được trong tương lai. Những nền kinh tế đang chuyển đổi sẽ được hưởng những lợi ích nhất định từ kinh nghiệm của các nước khác, kể cả thành công và không thành công, với những dạng luật vỡ nợ khác nhau.

### **3. Sự cần thiết của một luật vỡ nợ hiện đại, theo hướng thị trường trong giai đoạn hiện tại của việc chuyển đổi nền kinh tế**

Có lẽ sẽ là một sai lầm nếu cho rằng những nền kinh tế đang chuyển đổi trong đó thành phần kinh tế nhà nước vẫn còn rất lớn, và nhiều khi là thống trị, cùng với những đặc điểm chuyển đổi trong tình trạng kinh tế hiện tại của nó, không thể làm được gì nếu không có một luật vỡ nợ hiện đại. Trong những năm gần đây, những phân tích kinh tế về luật pháp và khoa học về cấu trúc kinh tế đã xây dựng nên một hệ thống các quy tắc về một hình mẫu thích hợp của một hệ thống về vỡ nợ khó có thể bị phản bác lại và cần phải được tính đến. Tất nhiên, trong những nền kinh tế chuyển đổi, một chế định vỡ nợ hoạt động tốt phải tính đến sự khác biệt tồn tại giữa một bên là những doanh nghiệp tư nhân hoá hoặc bắt đầu tư nhân hoá, với một bên là những doanh nghiệp mà nhà nước vẫn nắm giữ một phần vốn đáng kể. Có thể không cần đến những thủ tục tố tụng vỡ nợ chính thức khi mà chủ sở hữu của doanh nghiệp con nợ và phần lớn, hoặc toàn bộ các chủ nợ của nó đều là những pháp nhân nhà nước. Kinh nghiệm của một số nền kinh tế chuyển đổi, ví dụ, của Đông Đức, chứng minh rằng việc thanh toán ngoài Tòa án hoặc cách một thức giải quyết khác thường là thích hợp hơn so với thủ tục tố tụng vỡ nợ trong những tình huống mà ít có sự đối lập. Tuy nhiên, không được loại bỏ những doanh nghiệp thuộc sở hữu nhà nước ra khỏi phạm vi của luật vỡ nợ; thủ tục tố tụng vỡ nợ thông thường vẫn là thích hợp nếu có một số lượng lớn các chủ nợ là tư nhân hoặc một phần đáng kể các chủ nợ không phải là thành phần nhà nước. Đối với những doanh nghiệp nhà nước không theo quy chế trách nhiệm hữu hạn, thì nhà nước phải chịu trách nhiệm về tất cả các khoản nợ, bao gồm cả những khoản nợ vượt quá giá trị tài sản của doanh nghiệp, và điều này làm cho thủ tục tố tụng phá sản trở thành không cần thiết.

Thủ tục tố tụng vỡ nợ - bao gồm cả thủ tục thanh toán và thủ tục tổ chức lại, tuy nhiên, có thể là cách thức thích hợp để tư nhân hoá một số lượng lớn các doanh nghiệp nhà nước. Trong thủ tục thanh toán, tài sản của doanh nghiệp đang gặp khó khăn có thể được tư nhân hoá từng phần hoặc được tái kết hợp bởi các thành phần tư nhân để được sử dụng hiệu quả hơn. Ở một số nền kinh tế kế hoạch tập trung trước đây như Ba Lan, thủ tục thanh toán thường được sử dụng rộng rãi như là một cách thức tư nhân hoá các doanh nghiệp mà việc tư nhân hoá quy mô lớn các doanh nghiệp này là không thích hợp. Đối với những công ty cần phải tổ chức lại, tài sản của những công ty này thường được sử dụng hoang phí, và kế hoạch tổ chức lại sẽ cần phải có những nguồn vốn mới và do vậy,

thường dẫn đến việc thay đổi chủ sở hữu, và điều này cũng dẫn đến việc tư nhân hoá những doanh nghiệp trước kia thuộc sở hữu nhà nước.

#### **4. Việc chấp thuận những điều kiện kinh tế chuyển đổi trong luật vỡ nợ hiện đại trong luật pháp của châu Âu**

Những năm gần đây đã chứng kiến một chiến dịch cải tổ luật vỡ nợ trên phạm vi toàn châu Âu với trọng tâm đặc biệt là nhu cầu phải có những thủ tục tố tụng tổ chức lại có hiệu quả. Những thủ tục thoả hiệp hoặc mang tính bảo vệ riêng biệt trước khi có thủ tục tố tụng vỡ nợ chính thức sẵn có đã bị loại bỏ thông qua những cải tổ về vỡ nợ ở phương Tây (ví dụ, tại Pháp, Mỹ, và gần đây là Đức). Những thủ tục này đã chứng tỏ là không thích hợp cho việc cứu vãn những doanh nghiệp gặp khó khăn, nhưng rất quan trọng, trong những điều kiện tài chính hiện tại. Ví dụ, tại Đức, chỉ có ít hơn 1% các vụ phá sản dưới sự giám sát của Toà án được kết thúc bằng một thoả hiệp được xác nhận giữa con nợ và các chủ nợ không có bảo đảm. Những điều khoản thoả hiệp thường không xem xét đầy đủ đến vị trí của các chủ nợ có bảo đảm. Trong những nền kinh tế hiện đại, khi mà một số lượng lớn tài sản của các con nợ phá sản là đối tượng của các quyền lợi bảo đảm của chủ nợ, cần phải có quy định đặc biệt để bảo đảm tinh thần của các hợp đồng cấp vốn và để cho phép các chủ nợ này tham gia vào quá trình tố tụng.

Như Tổng thống Cộng hoà Sec Vaclav Haven đã ghi nhận:

“Những đặc điểm đặc trưng của giai đoạn chuyển đổi là sự hội nhập và pha trộn của các nền văn hoá... khi những nền văn hoá khác biệt về thời gian và không gian được phát hiện hoặc tái phát hiện. Những ý nghĩa mới thường xuyên được sản sinh ra từ sự va chạm, từ sự giao thoa của nhiều yếu tố khác nhau...”

Quá trình này cũng được áp dụng trong việc phát triển một khung luật pháp cho những chuyển nhượng thương mại hiện đại trong những nền kinh tế đang chuyển đổi nói chung và cho hệ thống luật pháp về vỡ nợ thương mại nói riêng. Một luật vỡ nợ thích hợp cho một nền kinh tế đang chuyển đổi có thể tham khảo những yếu tố quan trọng trong cải tổ luật vỡ nợ tại phương Tây (ví dụ, tại Pháp năm 1985, tại Mỹ năm 1979, tại Đức năm 1994) cũng như tại phương Đông (ví dụ, tại Hungari năm 1991, Bulgaria năm 1994, và Rumani năm 1995). Do vậy, những nền kinh tế chuyển đổi đang xây dựng luật mới hoặc sửa đổi luật của mình sẽ được hưởng những lợi ích nhất định từ những tiến bộ của

các nước khác trong lĩnh vực luật vỡ nợ trong những năm gần đây. Khi kết hợp những yếu tố của các nền luật pháp nước ngoài tiên tiến một cách thận trọng và biến đổi chúng cho thích hợp với nhu cầu của quốc gia đang chuyển đổi theo hướng kinh tế thị trường, cần phải lưu ý đến những truyền thống luật pháp trước chiến tranh ở một số nước và mối quan hệ văn hoá đối với phương Tây. Trong bối cảnh này, cần tập trung vào luật về các con nợ thương mại và các hoạt động thương mại, và đặc trưng của Luật phá sản phát sinh từ Luật thương mại của Pháp thời Napoleon, cần phải được lưu tâm.

## **5. Những yếu tố cơ bản của Luật vỡ nợ**

Một luật vỡ nợ có hiệu quả cần phải có những yếu tố sau đây:

a. Đình chỉ những vụ kiện cá nhân do các chủ nợ tiến hành nhằm thoả mãn những khiếu nại của mình chống lại con nợ khi thủ tục tố tụng vỡ nợ được bắt đầu, nhằm để bảo đảm tài sản của con nợ và để đem lại cơ hội tổ chức lại hoặc thanh toán công ty theo một cách thức có trật tự nhằm tối đa hoá tài sản thu hồi;

b. Một luật tổng hợp về quyền của quản trị viên để từ chối hoặc phục hồi những hợp đồng “có hiệu lực thi hành”, nghĩa là những hợp đồng mà cả hai bên chưa thực hiện một cách đáng kể, nhằm để giải phóng tài sản của công ty khỏi những hợp đồng bất lợi;

c. Những quy định tổng hợp về quyền từ chối của người quản trị viên, để chấm dứt những chuyển nhượng không công bằng có hại cho các chủ nợ và để khôi phục lại sự công bằng giữa các chủ nợ trong thủ tục tố tụng vỡ nợ và qua đó, khuyến khích các hoạt động kinh doanh đúng đắn trước khi phá sản;

d. Giải phóng những nghĩa vụ có từ trước khi phá sản cho các con nợ trung thực. Chính sách này được luật sửa đổi của Pháp, luật mới của Đức, và luật của các nước Anglo-Saxon theo đuổi, nó giải phóng con nợ khỏi các món nợ chưa được thanh toán trong thủ tục tố tụng vỡ nợ. Việc giải phóng nợ cho các con nợ trung thực đem lại cho họ một cơ hội bắt đầu lại từ đầu. Có thể sẽ là rất lãng phí, từ góc độ kinh tế vĩ mô, nếu cứ ngăn cấm các con nợ phá sản tham gia kinh doanh trong một thời gian dài, chưa nói là vĩnh viễn, không được quay lại kinh doanh nếu những món nợ cũ của họ vẫn còn tồn tại. Những nguồn lực về quản lý và chỉ huy là “tài sản” hiếm của mọi nền kinh tế, đặc biệt là đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi;

đ. Quy định cân đối và công bằng về vỡ nợ quốc tế. Dựa vào những phát triển hiện tại tại Đức và Thụy Sĩ, cũng như từ Mỹ, Anh và các nước khác, và cũng dựa vào những nỗ lực để thống nhất hoá do Hội đồng châu Âu và Liên minh châu Âu tiến hành, cần phải có một hệ thống công nhận sự vỡ nợ nước ngoài được hỗ trợ bởi việc bảo vệ những chính sách chung của nước sở tại và được bảo đảm bởi khả năng có một thủ tục tố tụng vỡ nợ phụ trợ địa phương rộng mở liên quan đến tài sản ở những địa phương đó. Thủ tục tố tụng phụ trợ này phải cho phép nước liên quan bảo vệ những quyền lợi của các chủ nợ địa phương, đặc biệt của ngân sách và người lao động địa phương, trong những vụ phá sản quốc tế.

Một Luật phá sản hiện đại cũng phải có một cái nhìn hiện đại đối với thủ tục tố tụng vỡ nợ. Do vậy, luật không cần thiết phải dùng từ “phá sản” bởi vì ý nghĩa miệt thị của từ này trong bối cảnh luật pháp lạc hậu trước đó. Thủ tục tố tụng có thể là thủ tục tố tụng “vỡ nợ” chứ không phải là “phá sản”. Không cần thiết phải có sự “tuyên bố phá sản” của Toà án; và hơn nữa, vụ kiện có thể được bắt đầu bởi việc “nộp một khiếu nại có hiệu lực” do con nợ hoặc chủ nợ thực hiện. Tuy nhiên, luật không được phép quá dẹt dẹt dưới góc độ trật tự tài chính. Thủ tục tố tụng cần phải cho phép các chủ nợ có thể dễ dàng khởi kiện và không quá ép buộc con nợ hoàn thành các nghĩa vụ của mình, và nếu việc tổ chức lại là không khả thi, thì tài sản của con nợ phải được thanh toán để trả cho các chủ nợ.

## **6. Vỡ nợ tiêu dùng nằm ngoài trọng tâm của bài báo này**

Trong bối cảnh nhu cầu khẩn cấp của những nền kinh tế đang chuyển đổi về việc thiết lập nên một hệ thống vỡ nợ hoạt động tốt cho các doanh nghiệp, là những pháp nhân và cá nhân tham gia vào các hoạt động thương mại và đầu tư, những vấn đề phát sinh trong bối cảnh vỡ nợ của những người tiêu dùng hoặc các cá nhân khác, như là những chuyên gia, sẽ không được bàn luận đến trong bài viết này. Trong một bối cảnh lâu dài hơn, những món nợ tiêu dùng sẽ tăng lên nhiều trong những nền kinh tế đang chuyển đổi, việc đưa ra một chế định vỡ nợ cho các con nợ phi thương mại sẽ đem lại một sự phân phối có trật tự các tài sản hoặc các thu nhập tương lai của họ, và để giải phóng cho các con nợ trung thực những nghĩa vụ phá sản tồn tại trước đó có thể sẽ trở thành mối quan tâm của những nhà lập pháp tại các nền kinh tế đang chuyển đổi.



## II. CẤU TRÚC CỦA THỦ TỤC TỔ TỤNG VỐ NỢ VÀ MỤC TIÊU CỦA VIỆC TỔ CHỨC LẠI

Trong bối cảnh luật so sánh, một trong những vấn đề nhiều tranh cãi nhất là có phải là một trong những chức năng luật pháp của Luật phá sản là bảo vệ con nợ chống lại việc chuyển đổi quyền quản trị công ty từ con nợ sang các chủ nợ hay không. Nói một cách trực tiếp hơn, câu hỏi là một con nợ vỡ nợ có cần được bảo vệ đối với các chủ nợ hay không, và quá trình phục hồi của con nợ (và có thể là việc tổ chức lại cấu trúc sở hữu của doanh nghiệp) có phải là kết quả cuối cùng hay không, thậm chí cả trong những trường hợp việc này không phục vụ lợi ích của các chủ nợ bởi vì giá trị thanh toán của tài sản lớn hơn giá trị hiện tại của doanh nghiệp.

Trong thời gian có những thay đổi về hệ thống, các nhà lập pháp thường chọn cách thức bảo vệ con nợ vỡ nợ chống lại những hậu quả của luật về chủ nợ. Do vậy, tại Đức, sau chiến tranh thế giới lần thứ nhất, thủ tục tổ tụng thanh toán được quy định tại *Konkursordnung* 1877 được trợ giúp bởi một thủ tục tổ tụng cho phép bảo vệ các con nợ đang thua lỗ bằng một lệnh ngừng thanh toán nợ của Tòa án và hơn thế nữa, từ năm 1935, bằng phương thức cam kết luật định nhằm tránh khỏi phá sản (*Vergleisordnung*). Một trong những lý luận tốt nhất ủng hộ thủ tục tổ tụng cam kết là trong thời điểm khó khăn về kinh tế, với những biến động thể chế và một hệ thống tiền tệ không ổn định..., vỡ nợ không phải là biểu hiện sự thiếu hiệu quả của doanh nghiệp - căn cứ để doanh nghiệp rút lui khỏi thị trường thông qua quá trình thanh toán.

Hình thức tổ chức lại phát sinh từ cách thức suy nghĩ này có thể được gọi là hình mẫu cam kết: nếu có thể, một kế hoạch tổ chức lại nợ của cho nợ sẽ phải được thực hiện để cứu vãn doanh nghiệp với những tài sản hiện tại và để duy trì sự tồn tại của cấu trúc sở hữu hiện tại. Trong số đó, cần phải phân biệt được hai nhóm:

- Những hình mẫu quy định chỉ có cam kết khi các chủ nợ sẽ nhận được [phần thanh toán của mình] ít nhất là bằng với số lượng nếu thanh toán doanh nghiệp; và

- Những hình mẫu theo hướng ủng hộ việc phục hồi doanh nghiệp, chứ không phải là thanh toán doanh nghiệp, thậm chí ngay cả khi các chủ nợ nhận được ít hơn nếu thanh toán doanh nghiệp.

Ví dụ, trong nhóm thứ nhất, Đức với luật *Vergleichsordnung* (tiếp tục có hiệu lực đến năm 1999 khi luật *Insolvenzordnung* mới sẽ có hiệu lực) của mình; và trong nhóm thứ hai, ví dụ, Pháp với luật *redresment judiciaire*.

Một hình mẫu phục hồi khác có thể được gọi là hình mẫu tổ chức lại. Đáng kể nhất là Luật phá sản Mỹ, Chương 11. Lý luận cơ bản là tất cả các bên có quyền lợi liên quan có thể xem xét tốt nhất là làm thế nào để tối đa hoá giá trị tài sản của con nợ để đáp ứng tốt nhất các khiếu nại của tất cả các chủ nợ, bao gồm cả những người nắm cổ phiếu. Không chỉ có những người khiếu nại cá nhân có quyền đối với phần được chia ít nhất là như trong trường hợp thanh toán, mà tất cả các loại chủ nợ cũng có quyền tham gia một cách bình đẳng và công bằng trong bất kỳ "phần thưởng tổ chức lại nào" (phần giá trị tăng thêm của tài sản con nợ có liên quan so với giá trị thanh toán của nó) có thể có được thông qua việc tổ chức lại. Theo quy định của luật Mỹ về việc phê chuẩn kế hoạch, một kế hoạch chỉ có thể được phê chuẩn chống lại kết quả bỏ phiếu chống của loại chủ nợ bị thiệt hại nếu không có loại chủ nợ cấp cao nào nhận được nhiều hơn giá trị đầy đủ của khiếu nại của họ và không có loại chủ nợ cấp thấp nào không nhận được bất kỳ giá trị nào. Hình mẫu này không loại bỏ giải pháp thoả thuận cho phép các loại chủ nợ cấp thấp (phần lớn là các cổ đông) duy trì giá trị. Nhưng ngược lại đối với loại chủ nợ phủ quyết, giải pháp này là không thể thi hành. Trong trường hợp có một con nợ phá sản, theo hình mẫu tổ chức lại, quyền lợi của cổ đông thường bị loại bỏ, và các chủ nợ nắm giữ quyền quản lý đối với doanh nghiệp đã được tổ chức lại.

Trong thực tiễn áp dụng, Chương 11 của Luật phá sản Mỹ thường bị phê phán là còn cách rất xa ý tưởng làm nền tảng cho hệ thống này (thường được gọi là "nguyên tắc về quyền ưu tiên hiển nhiên", nguyên tắc này ngụ ý là mục tiêu của việc tổ chức lại là nhằm chia sẻ phần thưởng tổ chức lại hoặc phần giá trị tăng thêm so với giá trị hiện tại nếu thanh toán doanh nghiệp giữa những người khiếu nại theo cùng một cách thức phân chia giá trị thanh toán của doanh nghiệp giữa những người khiếu nại này). Hơn nữa, trong thực tiễn, các con nợ thường sử dụng chương 11 để rút khỏi những hợp đồng bất lợi, để trì hoãn việc thanh toán cho các chủ nợ, và để tiếp tục công việc kinh doanh của mình trong một thời gian dài dưới sự bảo trợ của thủ tục tổ tụng phá sản. Do vậy, một số tác giả hiện đang ủng hộ việc bỏ chương 11 và phục hồi lại khả năng bán doanh nghiệp con nợ có liên quan cho các nhà đầu tư bên ngoài chỉ trong quá trình thanh toán.

Dựa trên phê phán này, năm 1994, sau một nghiên cứu so sánh chuyên biệt, Đức thực hiện cải tổ luật vỡ nợ quy định về một thủ tục tổ tụng vỡ nợ thống

nhất có một mục tiêu duy nhất là tối đa hoá giá trị tài sản của con nợ để phục vụ quyền lợi của người khiếu nại. Theo hệ thống này, các chủ nợ có toàn quyền cân nhắc, trong một cơ cấu pháp luật thống nhất, xem doanh nghiệp con nợ cần phải bị thanh toán hay phải được tổ chức lại, con nợ phải tiếp tục giữ quyền quản lý hay cần phải chỉ định người được uỷ thác, và xem xét xem trong trường hợp có kế hoạch tổ chức lại, chủ của quyền lợi công bình sẽ tiếp tục có địa vị hay bị loại bỏ. Hệ thống này phản ánh một lý luận là chức năng pháp luật duy nhất của thủ tục tổ tụng vỡ nợ là để tổ chức những người khiếu nại theo một cách thức mà qua đó, các thương lượng được sắp xếp để đem lại một giải pháp có thể để tối đa hoá giá trị tài sản.

### **Sự liên quan đến những nền kinh tế đang chuyển đổi**

Những nền kinh tế đang chuyển đổi cần phải tuân thủ những phát triển hiện đại nhất trong các chính sách về phá sản và để đem lại một thủ tục tổ tụng vỡ nợ đồng nhất với một cấu trúc trong đó cả thủ tục thanh toán và thủ tục tổ chức lại có thể được kết hợp. Bước tiến này không phải là không có tiền lệ ở những nền kinh tế xã hội chủ nghĩa trước đây. Bulgaria và Romania gần đây đã chấp thuận hệ thống này.

Những thủ tục tổ tụng này sẽ không được loại bỏ những bên có quyền lợi liên quan, như là người làm công, hoặc trong trường hợp các doanh nghiệp nhà nước, là Chính phủ, khỏi việc gây ảnh hưởng đến những kết quả của quá trình tổ tụng nhằm tổ chức lại con nợ, ví dụ, bằng cách cung cấp thêm tiền, hoặc bằng cách giảm các chi phí lao động tương lai.

Nếu những thủ tục tổ tụng nhằm bảo vệ con nợ như là ra lệnh đình chỉ việc trả nợ hoặc giao cho người ngoài quản lý doanh nghiệp là cần thiết trong bối cảnh hiện tại của các nền kinh tế đang chuyển đổi, có lẽ sẽ là sáng suốt nếu không bắt đầu các thủ tục này thông qua việc vỡ nợ, mà qua những tiêu chí khác như là “khó khăn về kinh tế”, một tiêu chí có thể thay thế thích hợp cho vỡ nợ. Sau đó, tất nhiên, chỉ có những con nợ (và có thể phần lớn các chủ nợ) có quyền bắt đầu những thủ tục tổ tụng này.

### **III. THỦ TỤC TỔ TỤNG QUẢN LÝ BỞI TOÀ ÁN ĐỐI LẬP VỚI THỦ TỤC TỔ TỤNG TỰ NGUYỆN**

Một thoả thuận tự nguyện ngoài Toà án giữa con nợ và các chủ nợ được khuyến khích, nhưng tất nhiên, không thể là bắt buộc. Trong một hệ thống tự do

hợp đồng, những thoả thuận như vậy là có thể và được thực hiện rộng rãi ở khắp mọi nơi. Trong những điều kiện hiện tại của những nền kinh tế chuyển đổi với nguồn lực tư pháp ít ỏi và các Thẩm phán không đủ kiến thức và kinh nghiệm về những vấn đề thương mại, một giải pháp tốt là làm sao cho Toà án tham gia vào các vụ kiện hàng ngày càng ít càng tốt.

Thủ tục tố tụng vỡ nợ tự nguyện hình thức là phổ biến tại các nước theo luật án lệ, đặc biệt là Anh và Wales. Ở đó, 60% các thủ tục tố tụng vỡ nợ kinh doanh là thủ tục tố tụng giải thể tự nguyện các công ty theo Luật Công ty. Tại Mỹ, theo luật của một số bang, một số thủ tục tố tụng ngoài Toà án cũng có thể được thực hiện. Thủ tục vỡ nợ tự nguyện chính thức không có ở các hệ thống luật pháp châu Âu lục địa.

Giải thể tự nguyện theo yêu cầu chủ nợ của Anh yêu cầu cần phải có nghị quyết đặc biệt của các cổ đông (75% đa số) và một lệnh của Toà án được ban hành sau một phiên xét xử. Không cần phải có sự đồng ý của các chủ nợ hoặc của từng cổ đông. Tuy nhiên, bất kỳ chủ nợ nào cũng có thể khiếu nại lên Toà án để chuyển đổi sang hình thức giải thể bắt buộc. Điều này thường xảy ra khi các chủ nợ có lý do để nghi ngờ rằng cần phải có một cuộc kiểm tra về hành vi của doanh nghiệp con nợ. Nói chung, các nhà thực tiễn người Anh cho rằng nghĩa vụ của những người quản lý hoặc của cổ đông và việc tìm kiếm những hành vi bất hợp pháp trong kinh doanh của con nợ thường ít khi được thực hiện trong thủ tục tố tụng tự nguyện hơn là trong thủ tục tố tụng thanh toán bắt buộc. Về cấu trúc, thủ tục giải thể bắt buộc và tự nguyện là tương đối giống nhau. Quyền và phần được chia của chủ nợ không khác nhau trong hai trường hợp lựa chọn này.

Với việc thiếu các nguồn lực tư pháp tại phần lớn các nền kinh tế đang chuyển đổi, việc thanh toán tự nguyện có thể tăng cường hiệu quả chung của hệ thống luật về vỡ nợ, bất chấp khả năng rủi ro là những khiếu nại về tài sản chống lại những người quản lý, cổ đông hoặc bên thứ ba chỉ có thể thi hành được theo một cách thức kém mạnh mẽ hơn so với thủ tục tố tụng do Toà án giám sát. Tuy nhiên, việc vỡ nợ chỉ có thể được quyết định sau khi Toà án xét xử, nhằm để định ra ngày nhân viên quản lý thực hiện quyền từ chối của mình.

Trong trường hợp các công ty, có sự đồng ý của đa số theo quy định là đủ. Tuy nhiên, các chủ nợ phải có quyền khởi kiện nếu có lý do yêu cầu chuyển đổi từ thanh toán tự nguyện sang thủ tục tố tụng thanh toán bắt buộc. Có thể quyền này phải được trao cho công tố viên nhằm ngăn ngừa sự lừa dối.

Quyền yêu cầu chuyển đổi sang thủ tục tố tụng Toà án cũng cần phải được trao cho các cổ đông đa số hoặc một loại chủ nợ nào đó, người đưa ra những kế hoạch tổ chức lại khả thi.

Quyền lực của người quản lý và quyền của các chủ nợ phải là giống như những quyền này trong thủ tục thanh toán bắt buộc.

#### **IV. NHỮNG VẤN ĐỀ QUAN TRỌNG TRONG VIỆC XÂY DỰNG LUẬT VỀ VỠ NỢ**

##### **1. Ai có thể là con nợ; trọng tâm của thủ tục tố tụng vỡ nợ**

Luật vỡ nợ có trọng tâm là hoạt động của các doanh nghiệp theo hình mẫu và hệ thống luật của Pháp dựa trên cơ sở là Luật thương mại Napoleon của Pháp (Luật Latin và của một số nước Tây Âu). Những hệ thống luật dựa vào luật của Pháp coi phá sản là một phần của luật thương mại, và do vậy, chỉ hạn chế đối trong phạm vi các thương nhân. Theo tinh thần này, cải tổ Luật phá sản hiện nay của Bungaria đưa phá sản vào Luật Thương mại. Trong những hệ thống luật pháp này, các con nợ phi thương mại không phải là đối tượng của một thủ tục thu hồi nợ tập thể hoặc thủ tục phục hồi tập thể.

Mặt khác, những quốc gia theo hình mẫu Đức, Thụy Sĩ hoặc Áo lại xem Luật phá sản là một nhánh của tố tụng dân sự, hoặc nói chính xác hơn, là luật thi hành những món nợ. Quan điểm tương tự cũng chiến thắng tại những nước Scandinavi. Do vậy, tất cả các con nợ, bất kể theo dạng thương mại hoặc tư nhân, đều là đối tượng phá sản. Trong bối cảnh này, hình ảnh của phá sản sẽ là nhiều chủ nợ cố đòi phần thanh toán từ một khối tài sản chung không đầy đủ. Số lượng những vụ tố tụng phá sản liên quan đến cá nhân là tương đối ít. Ví dụ tại Đức, việc bắt đầu một thủ tục tố tụng phá sản yêu cầu phải có đủ tài sản để trang trải những phí tổn và lệ phí quản lý tiến hành thủ tục tố tụng và quy định này làm cho việc tố tụng vỡ nợ các nhân là không thể tiến hành trong một số trường hợp (và trên thực tế, điều này cũng đúng với các công ty). Những cơ quan chính quyền địa phương thường không thuộc vào trọng tâm của luật vỡ nợ theo những quy định đặc biệt của luật liên bang hoặc luật bang.

Tại Mỹ, tất cả các chủ thể pháp luật (cả tự nhiên nhân và pháp nhân) đều thuộc vào trọng tâm của Luật phá sản. Tuy nhiên, đối với một số loại con nợ, chế định vỡ nợ chung được sửa đổi chút ít. Ví dụ, những nông dân gia đình với

thu nhập bình thường là đối tượng của một thủ tục tổ chức lại đặc biệt theo Chương 12. Về việc điều chỉnh nợ của cá nhân (những cá nhân và những người buôn bán nhỏ) với thu nhập bình thường, Chương 13 có những quy định về tổ chức lại riêng. Những cơ quan chính quyền địa phương vỡ nợ (được định nghĩa như là những tiểu đơn vị công hoặc những cơ quan công, hoặc những cơ quan của bang) là đối tượng của một thủ tục tổ tụng điều chỉnh nợ đặc biệt, không theo thủ tục tổ tụng thanh toán chung, quy định tại Chương 9. Trong phạm vi chế định thanh toán chung, phải có nhiều ngoại lệ cho một số loại con nợ như là người đại lý chứng khoán hoặc đại lý hàng hoá. Chương 11, phần các quy định về tổ chức lại, có một phần đặc biệt về tổ chức lại những doanh nghiệp đường sắt.

Luật của Anh có rất nhiều thủ tục tổ tụng vỡ nợ có trọng tâm phần nào đó chòng chéo nhau. Các cá nhân có thể là đối tượng phá sản theo Luật vỡ nợ. Đối với công ty, có thủ tục giải thể bắt buộc (do Toà án quản lý) cũng như thủ tục giải thể tự nguyện do các chủ nợ tiến hành được áp dụng một cách rộng rãi. Có thể nói rằng con nợ ở tất cả các loại có thể là đối tượng của ít nhất một thủ tục tổ tụng phá sản, và thông thường là một vài thủ tục.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi, nhằm mục tiêu lâu dài, không thể chỉ quy định trọng tâm của tổ tụng phá sản trong bối cảnh với những nguồn lực về tư pháp và về chuyên môn hạn chế hiện nay. Tất nhiên, trong một giai đoạn xác định chế định vỡ nợ doanh nghiệp sẽ là điều ưu tiên nhất bởi vì tầm quan trọng kinh tế vĩ mô của chúng. Mặc dù vậy, trọng tâm của tổ tụng phá sản cần phải đủ rộng để bao gồm tất cả các hoạt động kinh tế, bao gồm cả những dịch vụ chuyên môn và hoạt động trong lĩnh vực nông nghiệp.

Tuy vậy, ngay từ đầu, luật vỡ nợ phải được cấu trúc làm sao để có thể áp dụng được, có thể là ở giai đoạn sau, cho những cá nhân có nhiều con nợ [chủ nợ] và tài sản của họ bảo đảm việc bắt đầu một thủ tục tổ tụng chung. Như có thể thấy từ cải tổ luật vỡ nợ của Đức, có thể xây dựng cả chế định thanh toán và tổ chức lại phù hợp với tất cả các loại con nợ.

Đối với những nền kinh tế chuyển đổi, có thể tính đến việc giảm nhẹ độ phức tạp của những quy định luật pháp càng nhiều càng tốt. Một hệ thống rất khác biệt cho các loại chủ nợ khác nhau có thể đặt gánh nặng quá đáng lên hệ thống Toà án và một nhóm nhỏ các Luật sư về vỡ nợ.

## **2. Tiêu chuẩn vỡ nợ - tiêu chí “khởi kiện”**

Về chính sách, những điểm sau đây cần phải được phân biệt:

(a) Có buộc phải áp dụng tiêu chí về nguồn tiền mặt và bản cân đối tài sản hay không?

(b) Có phải tiêu chí “khởi kiện” là giống nhau trong trường hợp con nợ nộp đơn và chủ nợ nộp đơn không?

(c) Có phải là cần áp dụng một tiêu chí thống nhất cho tất cả các loại thủ tục tố tụng không, đặc biệt là thủ tục tố tụng thanh toán và thủ tục tố tụng phục hồi?

(d) Có cần phải xem xét tất cả các loại nợ, bao gồm nợ có bảo đảm và những món nợ phụ không? Xem xét thế nào về các món nợ có tranh chấp?

(e) Điều chỉnh việc sử dụng sai quyền nộp đơn yêu cầu vỡ nợ bởi: (i) chủ nợ và (ii) con nợ như thế nào?

Về điểm (a), ít nhất là đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi với hệ thống tín dụng hoạt động tốt, sự khác biệt giữa bản cân đối tài sản và phép thử về tính có thể thanh toán thường là không lớn. Một con nợ với tài sản đầy đủ và khả năng kiếm tiền có thể chấp nhận được thường có thể có được tín dụng từ ngân hàng để thanh toán hoặc sắp xếp lại các món nợ của mình. Một con nợ không có khả năng thanh toán những món nợ đến hạn thường không có đủ nguồn tín dụng căn cứ vào bảng cân đối tài sản “kém cỏi” của mình.

Phần lớn các hệ thống pháp luật sử dụng những tiêu chuẩn theo hướng nguồn tiền mặt hoặc tính có thể chuyển đổi ra tiền mặt cho các vụ vỡ nợ. Luật của Pháp và các hệ thống pháp luật dựa trên hệ thống luật này chỉ dựa vào tiêu chí ngừng thanh toán. Luật phá sản của Mỹ cũng dựa vào tiêu chí này trong trường hợp chủ nợ nộp đơn. Luật của Mỹ năm 1978 đã hoàn toàn huỷ bỏ phép thử về bảng cân đối tài sản được xem là không thể áp dụng được trên thực tế. Luật của Đức cũng sử dụng tính có thể thanh toán cho tất cả các con nợ, cả tư nhân và công ty. Tuy nhiên, đối với những pháp nhân có trách nhiệm hữu hạn, phép thử dùng bảng cân đối tài sản về món nợ vượt quá được sử dụng bổ sung, thường được sử dụng riêng cho phần lớn những vụ án do con nợ nộp đơn.

Trong một chừng mực nào đó, các hệ thống pháp luật cần phải có một bản chất chung nhất định về việc ngừng thanh toán những món nợ đến hạn. Những thất bại chỉ một phần hoặc tạm thời là chưa đủ để bắt đầu một vụ kiện. Đặc biệt trong hệ thống luật pháp Đức và Pháp, có một yếu tố cụ thể báo trước về khả năng của con nợ khôi phục lại sự thanh toán trong một khoảng thời gian hợp lý. Không có hệ thống luật của nước phương Tây nào yêu cầu một giai đoạn thời gian xác định về việc không thanh toán như là luật của một số nước xã hội chủ nghĩa trước đây đang chuyển đổi, và một thời gian chờ đợi khoảng vài tháng rõ ràng là không có lợi cho trật tự tài chính.

Tại những nước khi “mức nợ quá đáng” được sử dụng cho các công ty và các pháp nhân có trách nhiệm hữu hạn như là một điều kiện khởi kiện bổ sung, hy vọng rằng các thủ tục vỡ nợ sẽ được bắt đầu sớm hơn là trong trường hợp sử dụng tiêu chuẩn về tính có thể thanh toán. Tuy nhiên, hy vọng này đã chứng tỏ là nguy hiểm. Trong vấn đề chính sách vỡ nợ, khái niệm “mức nợ quá đáng” rõ ràng là một sai lầm. Có thể tranh luận rằng nó phục vụ một mục tiêu có lợi bằng cách ép các nhà quản lý phải theo dõi thường xuyên tình trạng tài chính của hãng mình, nghĩa là, như một động lực tự quản lý. Mức nợ quá đáng khó có thể được sử dụng bởi các chủ nợ, có thể, trong một số trường hợp, trừ các ngân hàng. Tại Đức, một nhà quản lý hầu như rất khó có thể phải chịu trách nhiệm với những chế tài hình sự về việc duy trì tình trạng vỡ nợ theo nghĩa vụ hình sự hoặc dân sự của mình phải nộp đơn yêu cầu trong vòng 3 tuần sau khi xảy ra tình trạng nợ quá mức. Vấn đề đối với tiêu chí này là nó khó có thể được phát hiện từ một bản cân đối tài sản thường kỳ hàng năm. Hơn thế, nó yêu cầu thủ tục tố tụng thanh toán, khi mà tất cả các tài sản được đánh giá theo giá trị thanh toán. Thậm chí với những tiêu chuẩn kế toán được xây dựng tại những nền kinh tế đang chuyển đổi, điều rất đáng nghi ngờ là liệu một bảng cân đối tài sản thương mại thường kỳ sẽ có ích lợi gì trong việc xem xét xem một doanh nghiệp có sắp phá sản hay không.

Việc sử dụng phép thử bản cân đối tài sản trong vỡ nợ công ty không ngăn cản được các công ty phá sản rơi vào tình trạng còn rất ít tài sản: phần được chia của các chủ nợ thông thường trung bình là từ 3 đến 5% trong hơn 10 năm qua hoặc dài hơn. Phép thử bản cân đối tài sản rõ ràng không tương xứng với hy vọng rằng nó là một dấu hiệu cảnh báo sớm có cơ sở thực tiễn hơn là tính không thể thanh toán. Điều phải làm với đòn bẫy nợ nần cao và mức độ tài sản tương đối thấp của doanh nghiệp trong phần lớn các nền kinh tế phát triển phương Tây (đặc biệt Nhật Bản, Đức và Pháp) bản thân nó không phải là không có giá trị. Các doanh nghiệp có thể là tương đối thành công và còn lâu mới phá



sản nếu trong tài sản của nó có một phần nhỏ là các món nợ, khi mà khả năng kiếm lợi nhuận và dòng tiền mặt vẫn còn đầy đủ. Dưới một tiêu chí chặt chẽ là vay nợ quá mức, tất cả những doanh nghiệp kiểu này đều có thể là phá sản.

Về điểm (b), phần lớn các nước trên lý thuyết sử dụng cùng một tiêu chí khởi kiện cho cả việc nộp đơn của con nợ và chủ nợ. Tuy nhiên, trên thực tiễn, Tòa án thường ít yêu cầu chứng cứ hơn trong những vụ việc phá sản do con nợ nộp đơn. Do vậy ví dụ, tại Đức hoặc Bulgaria, việc nộp đơn của con nợ được giả thiết rằng dựa trên tình trạng vỡ nợ. Cải tổ năm 1994 của Đức cho phép con nợ nộp đơn bắt đầu một thủ tục tố tụng vỡ nợ không chỉ khi có sự tồn tại của yếu tố không có khả năng thanh toán những món nợ đến hạn và (trong trường hợp con nợ vỡ nợ là công ty) trong trường hợp có mức nợ quá đáng, mà cả khi yếu tố không còn khả năng thanh toán được dự tính sẽ xảy ra vào một ngày trong tương lai. Ý tưởng lập pháp là nhằm tăng cường khả năng phục hồi lại doanh nghiệp con nợ. Luật Mỹ không yêu cầu trình bày về tình trạng vỡ nợ trong tất cả những vụ việc do con nợ nộp đơn. Thêm nữa, có một vài thủ tục tố tụng tổ chức lại đáng lưu ý nhất liên quan đến doanh nghiệp không có cách thức nào để vỡ nợ một cách thông minh.

Đối với điểm (c), phần lớn các quốc gia sử dụng tiêu chuẩn về vỡ nợ cho cả tố tụng thanh toán và tố tụng tổ chức lại trong phá sản (ví dụ: Mỹ, Pháp, Đức và các nước OECD khác; cả Bulgaria và Romania cũng tương tự). Trong một thủ tục tố tụng thống nhất như là luật Đức cải tổ và tại Bulgaria và Romania, thì một tiêu chí khởi kiện là không thể thiếu được.

Tuy nhiên, nhiều nước còn có thủ tục tố tụng bảo vệ con nợ trước thời điểm vỡ nợ được thiết kế để có một thời gian để thu xếp, nhằm cho phép con nợ tổ chức lại và được cung cấp tài chính theo lệnh ngừng thanh toán nợ (như là Pháp, Hà Lan) và đôi khi, theo một thủ tục quản lý mới từ bên ngoài (như là Ý, Tây Ba Nha, Úc Xem Bua, Hy Lạp, Nga). Lỗi lầm của thủ tục tố tụng này, như là một vấn đề luật pháp, là không dẫn đến một thủ tục thanh toán doanh nghiệp con nợ. Theo một cách thức nào đó, thủ tục tổ chức lại theo Chương 11 Luật phá sản Mỹ có thể được tính đến trong các thủ tục tố tụng này bởi vì nó không yêu cầu thủ tục vỡ nợ về khía cạnh kỹ thuật trong trường hợp con nợ khởi kiện; tuy nhiên, thủ tục tố tụng theo Chương 11 luật Mỹ trao cho doanh nghiệp con nợ nhiều quyền động viên hơn nhiều thủ tục tố tụng tiền phá sản của các luật của châu Âu, những bộ luật chủ yếu chỉ quy định một lệnh ngừng thanh toán đối với việc đòi nợ. Nếu có bất kỳ một tiêu chí khởi kiện nào kiểu này được sử dụng cho những thủ tục tố tụng trước phá sản (chứ không phải là con nợ nộp đơn để được

“bảo vệ”), thì đó là một tiêu chí mềm dẻo như là “doanh nghiệp gặp khó khăn” như trong luật của Pháp.

Đối với điểm (d), không có hệ thống pháp luật nào yêu cầu chỉ xem xét những món nợ được bản án cuối cùng quyết định. Nhưng điều được chấp nhận rộng rãi là việc từ chối thanh toán những khoản nợ của con nợ ngay thẳng sẽ không được xem xét. Những món nợ bổ sung chưa đến hạn khi con nợ không trả được những món nợ thông thường, thì chúng phải được xem xét. Mặt khác, những món nợ được bảo đảm có thể bị từ chối bởi vì thiếu những quyền lợi hợp pháp (xem thảo luận về điểm (d) dưới đây).

Khi mà phép thử bảng cân đối tài sản được sử dụng thì cần phải có một quyết định về chính sách là những món nợ phụ có cần phải được xem xét để quyết định mức nợ quá đáng hay không. Đức hoàn toàn không quan tâm đến những món nợ phụ từ hợp đồng, và thực tiễn, điều này là không phù hợp với những khiếu nại công bình phụ, như là món nợ từ các cổ đông.

Đối với điểm (e), vấn đề lạm dụng thủ tục tố tụng vỡ nợ là có thực. Các chủ nợ có thể lạm dụng việc nộp đơn đề bắt đầu một vụ án theo luật vỡ nợ để loại bỏ doanh nghiệp con nợ khỏi cuộc cạnh tranh hoặc chỉ đơn thuần là đe dọa con nợ. Con nợ có thể tìm kiếm sự bảo vệ chống lại những khiếu nại của chủ nợ thông qua việc tạm đình chỉ vụ kiện của chủ nợ, hoặc để được giải thoát khỏi những nghĩa vụ về lao động hoặc hợp đồng quá nặng, hoặc mở rộng thị trường cổ phiếu của họ thông qua hoạt động mà không cần phải trả nợ của mình một cách thường xuyên. Nạn lạm phát thường làm trầm trọng thêm vấn đề này. Nếu người chủ và các nhà quản lý được phép mua hoặc mua lại tài sản từ khối tài sản, họ có thể sẽ cố gắng giữ quyền kiểm soát nhưng sẽ loại trừ những món nợ tiền vỡ nợ, nghĩa là sử dụng thủ tục tố tụng vỡ nợ để thoát khỏi những chủ nợ của họ.

Việc con nợ lạm dụng thủ tục phá sản không thể chỉ được điều chỉnh bằng cách thiết lập nên những tiêu chuẩn vỡ nợ phá sản chặt chẽ. Đó là một chức năng của cấu trúc thủ tục tố tụng vỡ nợ, đặc biệt là về địa vị quản lý và tài sản trong thủ tục tố tụng vỡ nợ, và những thoả thuận luật pháp thích hợp nhằm hạn chế, ví dụ, việc buôn bán nội gián bất hợp lý giữa các nhà quản lý và chủ đối với tài sản trong khối tài sản phá sản. Hơn nữa, một số luật, giống như luật của Mỹ, yêu cầu con nợ phải trung thực khi khởi kiện. Trong trường hợp chủ nợ lạm dụng việc khởi kiện phá sản, những chủ nợ không trung thực có thể phải chịu trách nhiệm cho những thiệt hại của doanh nghiệp con nợ. Điều này được công

nhận công khai ít nhất là tại Mỹ và tại Đức (luật án lệ). Nói chung, luật phương Tây yêu cầu bất kỳ người khởi kiện nào đều phải có quyền lợi hợp pháp. Tiêu chuẩn này có thể được dẫn chứng, ví dụ, như là việc một chủ nợ có bảo đảm toàn bộ khởi kiện phá sản thay vì tìm cách bán tài sản cầm cố.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi, trong bối cảnh những yếu tố trình bày trên đây, những điều khoản sau đây phải được quy định trong luật vỡ nợ liên quan đến việc bắt đầu một thủ tục tố tụng:

- Sử dụng tiêu chí ngừng thanh toán như là tiêu chuẩn cho cả việc nộp đơn của con nợ và chủ nợ. Nếu không có những tiêu chuẩn kế toán được áp dụng thống nhất, thì không nên sử dụng dấu hiệu về bản cân đối tài sản.

- Sử dụng tiêu chí ngừng thanh toán trong tương lai như là một yếu tố khởi kiện trong trường hợp con nợ nộp đơn;

- Giả thiết về sự vỡ nợ trong trường hợp con nợ nộp đơn;

- Có những quy định về thiệt hại trong trường hợp chủ nợ lạm dụng thủ tục tố tụng;

- Có những yêu cầu chung về quyền lợi hợp pháp liên quan đến địa vị của các bên trong thủ tục tố tụng tại Tòa án.

### **3. Quyền và nghĩa vụ khởi kiện vỡ nợ**

Yếu tố này của luật vỡ nợ liên quan đến việc có cần quy định về nghĩa vụ của những người quản lý công ty phải nộp đơn khởi kiện, và quy định về trách nhiệm dân sự và hình sự của những người quản lý doanh nghiệp đã không nộp đơn theo đúng quy định khi công ty của họ ngừng thanh toán nợ và làm thiệt hại đến các quyền của chủ nợ hay không. Những quy định này phải bao gồm những vấn đề như là ai có thể/sẽ phải hành động nhân danh con nợ (bất kỳ người quản lý nào, tỷ lệ bao nhiêu người quản lý), có cần phải có sự đồng ý của các cổ đông hay không, và nếu có, thì cần phải có tỷ lệ đa số là bao nhiêu. Trong trường hợp doanh nghiệp nhà nước, một cơ quan chính phủ phải có quyền khởi kiện.

Trong phần lớn các hệ thống luật Tây Âu, việc khởi kiện có thể được thực hiện bởi cả con nợ và chủ nợ có quyền lợi hợp pháp. Luật của Pháp và các hệ thống luật bắt nguồn từ luật của Pháp cũng trao quyền cho công tố viên khởi

kiện. Một số hệ thống luật pháp yêu cầu việc khởi kiện phải được tiến hành chung bởi một số chủ nợ (Luật phá sản Mỹ: ít nhất là 3 chủ nợ) và một tổng số nợ tối thiểu từ các khiếu nại của những người nộp đơn (Luật phá sản Mỹ: tối thiểu là US\$ 5,000). Những yêu cầu này là nhằm ngăn chặn sự lạm dụng việc khởi kiện. Nếu số chủ nợ hoặc tổng số nợ ít hơn yêu cầu tối thiểu, thì những chủ nợ này có thể theo đuổi các khiếu nại của mình thông qua luật thu hồi nợ chung.

Một thủ tục tố tụng cam kết hoặc tương tự chỉ có thể được bắt đầu bởi con nợ tại phần lớn những quốc gia có thủ tục tố tụng này, bởi vì cam kết được xem là một thỏa thuận giữa con nợ và các chủ nợ của mình. Tuy nhiên, trong những hệ thống luật như là của Mỹ hoặc luật Đức trong tương lai, khi mà những kế hoạch tổ chức lại được xem là một kỹ thuật để xác định giá trị liên quan của khối tài sản của con nợ nhằm phục vụ quyền lợi của tất cả những người khiếu nại (không chỉ của con nợ), chủ nợ (Luật Mỹ) hoặc người được uỷ thác (cải tổ luật của Đức 1994) có thể yêu cầu việc tổ chức lại.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi, quyền và nghĩa vụ khởi kiện phải được điều chỉnh bởi những yếu tố sau:

- Con nợ hoặc bất kỳ chủ nợ nào đều phải có quyền khởi kiện. Sẽ không có quy định nào về một khoảng thời gian chờ đợi đối với trường hợp chủ nợ khởi kiện, bởi vì tài sản có thể bị phân tán trong khoảng thời gian này và những quyền lợi hợp đồng của các chủ nợ có thể bị phương hại;

- Các người chủ cá nhân (cổ đông)(của những doanh nghiệp không thuộc sở hữu nhà nước) không thể có quyền khởi kiện, nhưng, phù hợp với luật công ty, thì đa số các cổ đông phải có quyền khởi kiện;

- Trong bối cảnh những điều kiện kinh tế hiện có tại phần lớn các nền kinh tế đang chuyển đổi, khi mà dân chúng còn chưa quen với hệ thống Luật phá sản và có một nhu cầu rất lớn tổ chức lại khu vực doanh nghiệp, thì công tố viên phải có quyền khởi kiện, nhưng đối với những doanh nghiệp nhà nước, quyền này phải được trao hoàn toàn cho một cơ quan nhà nước có chức năng giám sát hoạt động của doanh nghiệp vỡ nợ;

- Nghĩa vụ của người quản lý doanh nghiệp khởi kiện là một yếu tố đáng cân nhắc bởi vì nó là một biện pháp bảo vệ trật tự tài chính và bảo vệ các chủ nợ, nghĩa vụ này có thể được bảo đảm thực hiện thông qua các chế tài dân sự và hình sự.

#### **4. Những biện pháp bảo vệ khẩn cấp tạm thời**

Luật vỡ nợ của những nền kinh tế đang chuyển đổi phải có những điều khoản về các biện pháp khẩn cấp tạm thời áp dụng trong khoảng thời gian giữa thời điểm nộp đơn yêu cầu và thời điểm mở thủ tục tố tụng. Trong khoảng thời gian trước khi mở thủ tục tố tụng, con nợ có thể tẩu tán tài sản của mình hoặc lẫn trốn các chủ nợ và các chủ nợ cá nhân cũng có thể tìm kiếm cách thức để nhận được những lợi nhuận đặc biệt. Theo báo cáo, những kinh nghiệm ban đầu tại một số nước Đông Âu với luật vỡ nợ mới của mình chỉ ra rằng từ khi đơn yêu cầu phá sản được nộp, công nhân của công ty và những người khác thường xuyên ăn cắp tài sản của công ty.

Trong nhiều hệ thống luật pháp, những biện pháp khẩn cấp tạm thời, chính thức hoặc ít chính thức hơn, thường được quy định. Con nợ có thể bị ngăn chặn khỏi việc định đoạt tài sản của mình, và chủ nợ có thể bị ngăn cản tạm thời khỏi việc khởi kiện. Tại nhiều nước, một người được uỷ thác luật định, với nhiệm vụ là thực hiện những biện pháp tức thời để bảo vệ tài sản hiện tại hoặc tài sản trong tương lai, có thể được chỉ định.

#### **5. Hậu quả pháp lý của việc mở thủ tục tố tụng - những vấn đề chung**

Trong bối cảnh so sánh luật pháp, vấn đề quan trọng nhất là có cần hay không, và nếu cần, thì ở giới hạn nào, phải áp dụng những yếu tố cổ điển của một thủ tục tố tụng thanh toán vào thủ tục tố tụng tổ chức lại. Những yếu tố cổ điển này là:

- Việc thay thế bộ phận quản lý hiện tại bằng một người được uỷ thác;
- Xác định khối tài sản phá sản;
- Tạm đình chỉ tự động những vụ kiện của chủ nợ cá nhân;
- Quyền từ chối liên quan đến những chuyển nợ có hại của chủ nợ;
- Quyền từ chối thực hiện những hợp đồng có hiệu lực; và
- Thứ tự ưu tiên luật định đối với những khiếu nại và nghĩa vụ do người được uỷ thác ký kết.

Thủ tục tố tụng phục hồi trước phá sản mẫu thường chỉ quy định về việc tạm đình chỉ những vụ kiện của chủ nợ cá nhân, kết hợp với việc thay thế toàn bộ hay một phần bộ phận quản lý bởi những người quản lý từ bên ngoài, nhưng không có những yếu tố khác. Điều tương tự cũng đúng đối với thủ tục tố tụng cam kết yêu cầu thủ tục tố tụng vỡ nợ nhưng bỏ qua những ảnh hưởng đầy đủ của việc phá sản như là hệ thống luật *Verleichsverfahren* hiện nay của Đức.

Mặt khác, một thủ tục tố tụng tổ chức lại hiện đại hơn và có cấu trúc tốt hơn mang lại việc sử dụng có hiệu quả hơn những yếu tố cổ điển của thủ tục tố tụng thanh toán. Trong thủ tục tố tụng tổ chức lại theo chương 11 của Luật Mỹ, khối tài sản phá sản được thiết lập và con nợ (người thường tiếp tục giữ quyền quản lý kinh doanh trừ khi Tòa án quyết định khác theo yêu cầu của các bên có quyền lợi liên quan) thường được xem là giữ vị trí của người được uỷ thác trên lý thuyết, có nghĩa là có tất cả các quyền của người được uỷ thác, đặc biệt là quyền từ chối hoặc yêu cầu thực hiện các hợp đồng có hiệu lực hoặc từ chối việc thanh toán hoặc chuyển nhượng bất lợi. Tương tự, *redressment judiciaire* của Pháp sử dụng phần lớn các yếu tố nói ở trên của thủ tục thanh toán chung.

Cải tổ luật của Đức tiến xa nhất theo hướng này; hậu quả pháp lý của việc mở thủ tục tố tụng là như nhau, bất kể là cuối cùng con nợ sẽ bị thanh toán hoặc được tổ chức lại. Thậm chí cả vấn đề bộ phận quản lý hiện tại có tiếp tục quản lý hay không cũng được xử lý giống nhau trong cả hai trường hợp thanh toán hoặc tổ chức lại. Nếu những yêu cầu luật định được đáp ứng và nếu hội đồng chủ nợ không yêu cầu khác, thì con nợ có thể tự tổ chức việc thanh toán của mình.

Lý luận làm cơ sở cho cấu trúc thủ tục tố tụng vỡ nợ đồng nhất này là những yếu tố cổ điển của thủ tục tố tụng thanh toán là phù hợp với bất kỳ thủ tục tố tụng tập thể nào khi việc vỡ nợ được thiết lập và khi quyền lợi rõ ràng của chủ nợ và sự công bằng giữa các chủ nợ bị xâm hại. Hơn nữa, một cấu trúc đồng nhất thường giảm rất nhiều những chiến thuật khởi kiện không hợp lý theo các thủ tục tố tụng khác nhau và mối nguy hại về đạo đức đi kèm theo, có nghĩa là nếu con nợ tin rằng có thể sẽ là lừa dối các chủ nợ nếu chỉ nộp yêu cầu theo thủ tục tố tụng chức lại, thì con nợ sẽ e ngại làm như vậy nếu điều này cũng có thể dẫn đến thủ tục tố tụng thanh toán theo một thủ tục tố tụng chung đồng nhất.

Việc thanh toán tự nguyện cũng có thể được giải quyết cơ bản với cùng một khung luật pháp giống như thanh toán bắt buộc. Thủ tục giải thể công ty tự nguyện của chủ nợ theo luật Anh quy định một hình mẫu rất có lợi. Nếu tất cả các chủ nợ đều có thể nhận được cùng một cách đối xử theo một thủ tục tố tụng

ngoài tòa án giống như thanh toán bắt buộc (và có thể chi phí sẽ thấp hơn và do vậy, phần được chia sẽ cao hơn), thì thủ tục tố tụng tự nguyện sẽ được sử dụng nhiều hơn và do vậy, Tòa án sẽ đỡ gánh nặng công việc hơn.

## **6. Tạm đình chỉ tự động những vụ kiện thu hồi nợ của các chủ nợ cá nhân**

Việc tập thể hoá quá trình thu hồi nợ là chức năng cơ bản nhất của thủ tục tố tụng vỡ nợ trên toàn thế giới. Nói chung, nó yêu cầu những quyết định mở thủ tục tố tụng và ra lệnh tạm đình chỉ tự động đối với các vụ kiện của các chủ nợ cá nhân chống lại con nợ phải được xuất bản công khai. Thậm chí thủ tục tố tụng phục hồi trước phá sản (lệnh ngừng thanh toán và quản lý từ bên ngoài) thường dẫn đến việc tạm đình chỉ tự động của các vụ kiện của cá nhân các chủ nợ.

Nói chung, việc đình chỉ tự động không ảnh hưởng đến các chủ nợ có khiếu nại phát sinh sau khi mở thủ tục tố tụng từ những hành vi của người được uỷ thác hoặc từ việc tiếp tục kinh doanh của con nợ. Tuy nhiên, cải tổ của Đức tạm dừng cả những biện pháp thi hành đối với các chủ nợ, những người có khiếu nại phát sinh từ việc quản lý kinh doanh của chủ nợ và không được người được uỷ thác ký hợp đồng (như là khiếu nại của người cho thuê hoặc người lao động) trong vòng 6 tháng liền sau thời điểm mở thủ tục tố tụng.

Một công thức tổng hợp nhất về việc tự động đình chỉ được quy định trong điều 362 của Luật phá sản Mỹ, luật có ảnh hưởng đến cải tổ luật của Bungaria và Romania. Luật của Mỹ cũng cấm việc bù trừ đối với những yêu cầu phản tố về khối tài sản phá sản, điều rất quan trọng để bảo đảm tính thanh toán của khối tài sản trong những tuần đầu tiên quan trọng của thủ tục tố tụng phá sản. Phần lớn các luật khác cho phép bù trừ nếu điều này là có thể tại thời điểm mở thủ tục tố tụng theo luật chung.

Do vậy, đối với các nền kinh tế đang chuyển đổi:

- Tất cả những thủ tục tố tụng vỡ nợ hợp lý cần phải đưa ra quy định tự động đình chỉ tổng hợp tác động đến tất cả các chủ nợ với những khiếu nại trước phá sản bất kể thủ tục tố tụng này sẽ dẫn đến việc tổ chức lại hay thanh toán.

- Việc đưa bất kỳ thủ tục bù trừ nào vào trọng tâm của tự động đình chỉ cần phải được cân nhắc bởi vì nó sẽ bảo đảm tính cân bằng của dòng tiền mặt trong giai đoạn khởi đầu cốt yếu.

- Bất kỳ thủ tục tố tụng bảo vệ con nợ tiền phá sản nào đều phải quy định về việc tạm ngừng tự động tương tự nhau. Các chủ nợ có bảo đảm phải được tính đến. Nếu cần thiết, một hệ thống các quyền lợi bảo đảm phải được sửa đổi để cho phép các chủ nợ tự bảo đảm cho mình chống lại những chậm trễ có thể.

- Việc tự đình chỉ phải có hiệu lực từ thời điểm xuất bản công khai quyết định mở thủ tục tố tụng vỡ nợ.

## **7. Tiêu chí về khối tài sản phá sản**

Theo truyền thống, trong Luật phá sản của các nước phương Tây, khái niệm tài sản phá sản chỉ được sử dụng trong tố tụng phá sản, không sử dụng trong thủ tục tố tụng cam kết và thủ tục tổ chức lại trước phá sản. Những luật hiện đại theo mẫu các chế định tổ chức lại thiết lập nên khái niệm tài sản phá sản bất kể là thủ tục thanh toán hay thủ tục tổ chức lại sẽ được thực hiện (cải tổ luật Đức 1994, luật Mỹ). Những luật này cũng đưa cả những tài sản cầm cố của các chủ nợ có bảo đảm vào khối tài sản (xem phân tích số 12 ở dưới đây).

Khi mà điều thông dụng là đưa sản phẩm của tất cả những chuyển nhượng của doanh nghiệp vào khối tài sản phá sản, có những quan điểm khác nhau trong việc xử lý những vụ việc mà con nợ là cá nhân hoặc là công ty đối nhân với những “tài sản sẽ có sau này”, nghĩa là những tài sản họ sẽ có được bởi khả năng riêng của mình sau khi có đơn khởi kiện hoặc có quyết định mở thủ tục. Luật Mỹ quy định tài sản phá sản bao gồm cả những tài sản có được trong vòng 180 ngày kể từ ngày có đơn khởi kiện do được thừa kế qua chúc thư, được chia, được thừa kế hoặc là kết quả của một phán quyết về hôn nhân hoặc giải quyết những vụ việc với người hôn phối, hoặc theo một hợp đồng bảo hiểm hoặc những thoả thuận tương tự. Cải tổ luật của Đức năm 1994 coi cả những tài sản do con nợ có được trong quá trình tố tụng thuộc về khối tài sản phá sản. Những kỹ thuật khác nhau được áp dụng để bảo vệ khả năng của con nợ để giúp con nợ duy trì cuộc sống ở mức tối thiểu cho chính con nợ và những người phụ thuộc vào con nợ. Đức, nước có một phạm vi rộng các ngoại lệ về tài sản không bị thu giữ và không được áp dụng những biện pháp khác, viện dẫn đến những quy định của Luật Tố tụng Dân sự. Luật của Mỹ, ví dụ, có một phạm vi ngoại lệ rộng của những tài sản không thể coi là bộ phận của tài sản phá sản.

Do vậy, đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi:



- Về nguyên tắc, tất cả những quyền sở hữu của con nợ phải là một phần của khối tài sản, không nhất thiết nó phải biểu hiện trên sổ sách hoặc tài khoản của con nợ; việc loại trừ nhà cửa, những trợ cấp xã hội... có thể cần thiết trong giai đoạn hiện nay của những nền kinh tế trong giai đoạn chuyển đổi, mặc dù các chủ nợ có thể bị thiệt hại nặng nề bằng cách chuyển tài sản kinh doanh sang phi kinh doanh (có thể đây là một sự lựa chọn hấp dẫn cho bộ phận quản lý trong những tình huống tiền phá sản).

- Tài sản cầm cố cần phải được tính vào khối tài sản phá sản;

- Trong trường hợp con nợ cá nhân hoặc các công ty hợp danh, vấn đề về tài sản có được sau đó và các ngoại lệ cần phải được giải quyết.

### **8. Người được uỷ thác đối lập với bộ phận quản lý của con nợ**

Theo truyền thống, trong hệ thống luật pháp của các nước phương Tây, trong thủ tục thanh toán, con nợ mất quyền quản lý công việc của mình, đặc biệt là quyền định đoạt tài sản trong khối tài sản phá sản, quyền giao kết những nghĩa vụ mới, quyền quản lý doanh nghiệp. Trong thủ tục tố tụng cam kết nhằm cứu vãn doanh nghiệp phá sản, chủ nợ thường tiếp tục giữ quyền quản lý nhưng thường bị giám sát bởi một nhà quản lý hoặc một người được uỷ thác. Trong thủ tục quản lý của Anh hoặc thủ tục *redressment judicare* của Pháp, một người quản lý sẽ thực hiện nhiệm vụ quản lý công việc của con nợ. Trong thủ tục tổ chức lại của Mỹ theo chương 11, con nợ thường tiếp tục duy trì công việc quản lý. Tuy nhiên, một người được uỷ thác có thể được chỉ định theo yêu cầu của bên có quyền lợi liên quan với lý do hợp lý, đặc biệt là trong trường hợp có sự lừa dối, mất năng lực hoặc sai lầm quản lý lớn. Toà án cũng có thể chỉ định một người thẩm định nhằm thực hiện một cuộc điều tra về công việc của con nợ nếu việc chỉ định một người được uỷ thác có thể là không hợp lý. Một “con nợ duy trì quyền sở hữu” sẽ có toàn quyền của một người được uỷ thác và như vậy, người đó có quyền từ chối những hợp đồng có hiệu lực hoặc từ chối những chuyển nhượng trước phá sản nhất định.

Cải tổ 1994 của luật Đức đưa ra một hệ thống duy nhất. Trong thủ tục tố tụng vỡ nợ đồng nhất của Đức, một người được uỷ thác thường được chỉ định. Tuy nhiên, con nợ vẫn có thể tiếp tục quản lý dưới sự giám sát của một người quản lý từ bên ngoài (*Sachwalter*, một người có những chức năng tương tự với một *Vergleisverwalter* trong thủ tục tố tụng cam kết hiện tại) khi (i) con nợ khởi kiện hoặc trong trường hợp chủ nợ khởi kiện, nếu người khởi kiện đồng ý, và (ii) khi Toà án thấy rằng việc để cho con nợ tiếp tục quản lý sẽ không dẫn đến

những chậm trễ hoặc không làm tổn hại đến các chủ nợ. Hội nghị của các chủ nợ có thể yêu cầu chỉ định một người được uỷ thác vào bất kỳ lúc nào. Về cơ bản, một quyết định về việc con nợ có tiếp tục quản lý hay không không phụ thuộc và việc thủ tục tố tụng sẽ là thanh toán hay tổ chức lại. Con nợ tiếp tục quản lý có quyền từ chối thực hiện những hợp đồng có hiệu lực theo lời khuyên của *Sachwalter*, nhưng chỉ có *Sachwalter* có quyền từ chối những chuyển nhượng hoặc thi hành những nghĩa vụ đối lập với bộ phận quản lý hoặc bên đối tác của một công ty hợp danh.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi, trong bối cảnh thiếu những nguồn lực chuyên môn, việc sử dụng rộng rãi khái niệm “con nợ tiếp tục sở hữu” phải được thực hiện. Một nguồn quản lý từ bên ngoài tốt là rất đắt đỏ. Hơn nữa, việc quản lý tiếp tục sẽ đem lại những động lực để bắt đầu thủ tục tố tụng càng sớm càng tốt. Những kết quả dự tính của thủ tục tố tụng sẽ không được tự động quyết định vai trò của con nợ. Nếu không như vậy, con nợ sẽ phải tìm cách lựa chọn thủ tục tố tụng một cách có chiến lược và để chặn trước các chủ nợ. Hệ thống linh hoạt mới của Đức cũng đáng phải cân nhắc. Sử dụng một người kiểm tra tách biệt từ người được uỷ thác tạm thời để điều tra những khía cạnh nhất định về công việc của con nợ có thể là hữu ích, nhằm để tránh được việc chỉ định người được uỷ thác không cần thiết và tốn kém.

## **9. Quyền từ chối**

Trong bối cảnh so sánh, những vấn đề chủ yếu của quyền từ chối, hoặc những hành động để vô hiệu những thanh toán hoặc chuyển nhượng, là như sau:

- Có thể quy định về quyền từ chối trong những thủ tục khác, ngoài thủ tục thanh toán hay không?

- Những hành vi nào có thể bị từ chối?

- Có cần phải có một chế định đặc biệt cho những chuyển nhượng nội gián không?

- Có thể tự động từ chối những hành vi nhất định hay không?

Luật vỡ nợ châu Âu truyền thống cho rằng quyền từ chối là một vấn đề chỉ thuộc về thủ tục thanh toán, không có trong thủ tục tố tụng cam kết hoặc phục hồi, những thủ tục được coi là phục vụ quyền lợi của con nợ. Luật hiện đại,

như là Luật phá sản của Mỹ, cải tổ 1994 của Đức, luật mới của Bulgaria và Romania, những luật coi việc tổ chức lại là một kỹ thuật là tối đa hoá giá trị tài sản để phục vụ lợi ích của tất cả những người khiếu nại, đã mở rộng quyền từ chối đến thủ tục tổ tụng tổ chức lại.

Nếu quyền từ chối chỉ được quy định trong thủ tục tổ tụng thanh toán, thì khả năng đầy đủ của việc tổ chức lại khó có thể được thực hiện; việc lựa chọn giữa thanh toán và tổ chức lại có thể bị bóp méo và có thể được thực hiện nhằm những mục đích chiến lược không đúng đắn bởi những người khởi kiện hoặc của những bên có liên quan. Quyền từ chối nhằm bảo đảm sự công bằng giữa các chủ nợ và để phục hồi lại những chuyển nhượng không công bằng hoặc những hành vi luật pháp đơn phương là tổn hại đến khối tài sản phá sản tương lai hoặc đến các chủ nợ. Phần lớn các luật có quy định về việc thanh toán cho những khiếu nại hiện tại. Một số hành vi khác cần phải bị từ chối. Có thể chống lại những hành vi vô cớ trong một khoảng thời gian tương đối dài tại phần lớn các nước. Cũng tương tự, có thể chống lại những hành vi được thực hiện với ý định làm thiệt hại đến các chủ nợ trong một khoảng thời gian dài hơn. Thậm chí, theo nhiều bộ luật, những hợp đồng về bản chất là không phải là không công bằng nhưng vừa mới kết thúc trước khi phá sản cũng có thể bị thách thức. Một số luật còn cho phép từ chối sự vô trách nhiệm trong việc sử dụng tối đa quyền bảo chữa chống lại một khiếu nại, hoặc một quyền về thủ tục trong tổ tụng tại tòa án. Tương tự, có thể thách thức việc trao một quyền lợi có bảo đảm cho chủ nợ không bảo đảm hoặc tạo ra một cơ hội sử dụng quy chế bù trừ đối với một khiếu nại của con nợ. Việc thanh toán những món nợ phụ đến hạn có thể bị từ chối theo một số luật nếu thủ tục tổ tụng được mở trong một khoảng thời gian nhất định. Tương tự, việc trao một quyền lợi có bảo đảm cho người có một khiếu nại phụ nhất định phải bị từ chối.

Những chuyển nhượng đối với những người trong nội bộ (người thân, nhân viên, giám đốc và những cổ đông quan trọng) của chủ nợ có thể được xem là không được thực hiện trên cơ sở bình thường hoặc công bằng và là đối tượng của một chế định từ chối chặt chẽ hơn những chuyển nhượng giữa các bên không có liên quan trên thị trường. Luật Đức cải tổ quy định về những người trong nội bộ, ví dụ như người hôn phối hoặc người sống cùng với con nợ, một số người thân thích nhất định, và trong trường hợp của doanh nghiệp là những giám đốc hiện tại hoặc trước đây, những đối tác chung, những người (bao gồm cả pháp nhân) nắm giữ ít nhất 25% tài sản của doanh nghiệp con nợ, một số chuyên gia tư vấn nhất định, người hôn phối và người thân của những người này. Việc từ chối những chuyển nhượng của con nợ với những người này có thể

được thực hiện bằng việc đưa ra giả thiết là phía bên kia biết được về tình trạng vỡ nợ của con nợ hoặc hành động không trung thực, hoặc căn cứ vào bản chất rõ ràng là không công bằng của chuyển nhượng, hoặc bằng cách gia hạn khoảng thời gian.

Một số luật sử dụng chế định vô hiệu hoàn toàn tự động những chuyển nhượng này (đặc biệt là luật của Pháp), để phục hồi lại những hành vi được thực hiện trong *period suspecte* [khoảng thời gian đáng nghi ngờ] nhất định. Ít nhất là trong một số trường hợp, thì việc từ chối tự động này là đáng mong đợi. Ví dụ, cải tổ luật của Đức, tuyên bố rằng những biện pháp thi hành và quyền về nợ tư pháp sẽ tự động vô hiệu khi những biện pháp này được thực hiện trong vòng 3 tháng kể từ khi mở thủ tục tổ tụng vỡ nợ.

Không nhất thiết phải yêu cầu phải có một vụ kiện tại tòa án trong những trường hợp mà để thực hiện việc từ chối, không cần thiết phải điều tra về ý định hoặc kiến thức của bên đối tác. Khi kiểm tra ý định, có thể đưa ra những giả thiết hoặc yêu cầu chứng minh. Ví dụ, nếu luật quy định rằng những thanh toán hoặc chuyển nhượng tài sản của con nợ được thực hiện với ý định làm ảnh hưởng đến trật tự ưu tiên của người nhận tài sản đối với các chủ nợ khác là vô hiệu và không có hậu quả pháp lý, thì chuyển nhượng có thể được giả thiết là được thực hiện với ý định đó, trừ trường hợp một thanh toán được thực hiện trong quá trình kinh doanh thông thường để giải phóng một khoản nợ, hoặc một chuyển nhượng được thực hiện có sự trao đổi vật chất với giá trị thị trường công bằng của tài sản chuyển nhượng, bên yêu cầu từ chối sẽ có nghĩa vụ chứng minh rằng thanh toán hoặc chuyển nhượng này được thực hiện với ý định là cơ sở để thực hiện quyền từ chối.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi:

- Những quy định tổ tụng thống nhất phải được áp dụng trong tất cả những thủ tục tổ tụng vỡ nợ thích hợp. Việc từ chối không phải là thích hợp cho mọi thủ tục tổ tụng vỡ nợ;

- Những quy định về từ chối cần phải được thiết kế nhằm điều chỉnh tất cả các loại hành vi hoặc sự vô trách nhiệm làm tổn hại đến chủ nợ, các hành vi với ý định là làm tổn hại đến các chủ nợ, và những hành vi vô trách nhiệm;

- Việc sử dụng những tiêu chí chủ quan như là ý định hoặc kiến thức phải được giới hạn đến mức tối thiểu để nhằm giảm thiểu những vụ kiện tụng liên quan đến vấn đề này;

- Những hành vi nhất định phải được tuyên bố là tự động vô hiệu hoặc không có giá trị khi mở thủ tục tố tụng. Sự tham gia của những Toà án có thẩm quyền cần phải được giảm thiểu.

Tuy nhiên, những quy định chặt chẽ nhất về quyền từ chối có thể chưa phải là tốt nhất. Thông thường, những chuyển nhượng bình thường trong giai đoạn tố tụng vỡ nợ cần phải được loại khỏi diện bị từ chối nhằm để không ngăn cản các đối tác thương mại tiếp tục kinh doanh với con nợ và do vậy, tăng cường nguồn tài chính của con nợ.

## **10. Quyền từ chối những hợp đồng đang có hiệu lực**

Một đặc điểm chung của Luật phá sản là những hợp đồng đang có hiệu lực (nghĩa là những hợp đồng chưa được hai bên thực hiện xong) có thể bị từ chối (hoặc từ một khía cạnh khác, được phục hồi) bởi doanh nghiệp con nợ. Cơ sở lý luận của quy định này nhằm vào hai mục đích:

(i) Để giải phóng khỏi tài sản phá sản khỏi những hợp đồng về cơ bản là công bằng, nhưng quá nặng nề mà con nợ phải hoàn thành trong khoảng thời gian quan trọng của quá trình tố tụng vỡ nợ hoặc những hợp đồng không còn ý nghĩa đối với một doanh nghiệp phá sản; và

(ii) Để thực thi sự công bằng cho các chủ nợ chống lại một bên chỉ mới thực hiện một phần nghĩa vụ của mình và đem lại cho con nợ nguồn tài chính từ nghĩa vụ đối kháng của bên đối tác.

Khi mà các luật về thủ tục tố tụng cam kết cổ điển nhằm mục đích tránh khỏi việc thanh toán không có những quy định này, thì các luật vỡ nợ hiện đại áp dụng các quy định này trong cả tố tụng thanh toán và tố tụng tổ chức lại. Những quy định thường thấy mang bản chất này là điều 365 Luật phá sản Mỹ và điều 107 inso trong Luật cải tổ của Đức. Những hợp đồng chưa được thi hành - những hợp đồng chưa được thực hiện đầu đủ bởi một trong các bên - không thể bị từ chối theo những quy định này; tuy nhiên, chúng có thể bị thách thức theo những quy định về từ chối nếu bản chất của chúng là không công bằng. Những hợp đồng có thời hạn thực hiện kéo dài như là hợp đồng thuê mướn hoặc hợp đồng lao động thường chỉ có thể bị chấm dứt cho khoảng thời gian trong tương

lai, với một khoảng thời gian báo trước tối thiểu bất kể thoả thuận về thời hạn là như thế nào. Những chuyển nhượng có hiệu lực nhất định, như là những hoạt động về thị trường nhất định, được tự động chấm dứt tại thời điểm mở thủ tục tố tụng và bên con nợ không có quyền phục hồi các hợp đồng này. Khi một hợp đồng bị từ chối hoặc chấm dứt nhằm phục vụ lợi ích khối tài sản phá sản, phía bên kia thường có quyền khiếu nại về thiệt hại đối doanh nghiệp vỡ nợ như là một chủ nợ. Phần lớn các luật này đều hoặc đưa ra những thời hạn nhất định cho bên vỡ nợ lựa chọn việc từ chối hay phục hồi hợp đồng, hoặc cho phép phía bên kia đưa ra yêu cầu về việc lựa chọn (trực tiếp đối với bên vỡ nợ hoặc thông qua tòa phá sản).

Phần lớn các luật của các nước tây Âu (sử dụng những kỹ thuật pháp lý khác nhau) quy định rằng những nhà cung cấp độc quyền hoặc cung cấp thiết bị phải tiếp tục cung cấp hàng hoá hoặc dịch vụ cho con nợ theo những điều kiện đã thoả thuận, thậm chí ngay cả khi hợp đồng liên quan giữa họ bị từ chối hoặc những khoản nợ trước đây chưa được thanh toán. Những thủ tục tố tụng bảo vệ con nợ trước phá sản thường không cho phép con nợ (hoặc người quản lý) từ chối những hợp đồng của con nợ.

Vì những lý do tương ứng với những kiến nghị trên về nhu cầu phải có một quyền từ chối thông nhất nhằm tăng cường tài sản trong khối tài sản, những nền kinh tế đang chuyển đổi, trong luật vỡ nợ của mình, phải có những điều khoản về hợp đồng đang có hiệu lực như sau:

- Một quy định tổng hợp về những hợp đồng có hiệu lực thi hành (bất kể ngày kết thúc hợp đồng là ngày nào) phải được xây dựng và áp dụng cả ở trong các thủ tục tố tụng tại Tòa án và ngoài Tòa án, bao gồm cả thủ tục tổ chức lại;

- Những hợp đồng dài hạn, đặc biệt là hợp đồng lao động và hợp đồng thuê mướn, cần phải được xem xét một cách đặc biệt trong bối cảnh các chính sách luật pháp về vỡ nợ và tình hình xã hội;

- Những chuyển nhượng trên thị trường vốn và tài chính nhất định (thoả thuận cả gói, quyền mua bán cổ phiếu ưu tiên và tương lai) cần phải được điều chỉnh bởi những quy định đặc biệt ngay lập tức tạo nên tính rõ ràng về luật pháp cho cả hai bên;

- Phải bảo đảm những dịch vụ tiêu dùng cho doanh nghiệp con nợ thậm chí cả khi hợp đồng dịch vụ này bị từ chối, hoặc các khoản nợ đến hạn vẫn chưa được thanh toán;

- Nếu một hợp đồng có hiệu lực bị từ chối, hoãn hoặc tự động chấm dứt, bên đối tác phải có quyền khiếu nại về thiệt hại đối với khối tài sản phá sản như là một chủ nợ.

## **11. Xử lý đối với các loại chủ nợ không bảo đảm khác nhau**

### *Phân loại chủ nợ*

Trong bối cảnh luật so sánh, những vấn đề sau đây cần phải được lưu tâm:

- Hiệu lực của quyền ưu tiên đối với tính công bằng và chức năng của thủ tục tố tụng vỡ nợ;

- Phải công nhận những quyền ưu tiên nào?

- Phải xử lý quyền ưu tiên như thế nào trong thủ tục cam kết và tổ chức lại?

- Xử lý các khoản nợ phụ.

- Xử lý đối với những người có trái phiếu.

- Xử lý đối với cổ đông.

Nói chung, những quyền ưu tiên được xem là để ngăn ngừa bất trắc nhưng là một ngoại lệ không thể tránh được mang tính chính trị để bảo đảm công bằng cho chủ nợ. Chúng thường được biện minh bởi:

(a) Nhu cầu của xã hội về bảo vệ những loại chủ nợ nhất định có quyền lực kinh tế yếu hơn;

(b) Thực tế là một số chủ nợ (ví dụ như chủ nợ món nợ bồi thường thiệt hại ngoài hợp đồng) thường không tự nguyện gia hạn món nợ theo những điều kiện thị trường, mà thường do con nợ hoặc luật buộc phải gia hạn nợ;

(c) Đối với một số chủ nợ nhất định, thực tế là có những động lực kinh tế hoặc xã hội để không thi hành những khiếu nại của mình một cách cá nhân trước khi phá sản;

(d) Thực tế là có những quyền lợi chứng khoán theo hợp đồng không dùng được cho một số nhóm chủ nợ; và

(e) Những cân nhắc về tài chính hiển nhiên.

Những đặc quyền rộng rãi quy định trong luật vỡ nợ dành cho công nhân dựa trên cơ sở lý luận (a), (c) và (d); đặc quyền đối với khiếu nại về thương tật cá nhân rõ ràng là dựa vào lý luận (b). Sở thuế biện minh cho quyền ưu tiên của mình dựa trên lý luận (c) và (d), nhưng trên thực tiễn, những đặc quyền của sở thuế là dựa vào lý luận (e).

Những đặc quyền này là rất phức tạp và về bản chất, là một biện pháp không công bằng nhằm bảo vệ một nhóm chủ nợ nào đó bởi vì một nhóm chủ nợ có thứ bậc cao hơn sẽ được thanh toán đầy đủ trước khi nhóm chủ nợ cấp bậc thấp nhận được thanh toán. Có thể dễ dàng nghĩ đến những vụ kiện kiểu như *Bhopal*, *Chernobyl*, hoặc *Manville* trong đó chỉ có những chủ nợ theo những thiệt hại ngoài hợp đồng là có cơ hội nhận được thanh toán theo một hệ thống trao đặc quyền cho các chủ nợ này.

Có sẵn một số kỹ thuật để sửa đổi hoặc tránh khỏi tính không công bằng của đặc quyền này:

- *Quyền lợi xã hội*. Ví dụ, tại Đức, một hệ thống an ninh xã hội đặc biệt bảo vệ cho tiền lương của người lao động đến ba tháng (*Konkursaufageld*). Sau đó, nhà bảo hiểm thay thế người lao động khiếu nại như là một chủ nợ chung trong tổ tụng phá sản;

- *Giữ lại một tỷ lệ phần trăm tối đa có thể trong khối tài sản dành cho các loại đặc quyền*. Luật của Đức cũng có đặc quyền cho một số loại thanh toán cho người lao động (*Sozialplan*); nhưng chỉ một phần ba số tiền thu được từ việc bán tài sản có thể được dùng cho mục đích này. Hệ thống này có thể được sử dụng, tuy nhiên, còn nhiều tranh cãi, cho việc thanh toán cho các khiếu nại về thương tật;

- *Hệ số nhân khác nhau cho những nhóm khiếu nại khác nhau (chứ không dùng hệ thống "sắp xếp trật tự theo ngữ pháp" đối với các đặc quyền) để quyết định phần được chia của các chủ nợ*. Ví dụ, có thể dùng hệ số nhân 2.0 cho tất cả các khiếu nại đền bù thiệt hại ngoài hợp đồng hoặc hệ số nhân 1.5 cho những khiếu nại của người lao động và 1.0 cho khiếu nại của các chủ nợ thông thường (tất nhiên, không chủ nợ nào có thể được nhận nhiều hơn 100% giá trị khiếu nại



của mình). Hơn nữa, biện pháp mềm dẻo hơn này có thể cho phép thu xếp về quyền bỏ phiếu công bằng hơn và đúng tỷ lệ hơn giữa các chủ nợ hơn là hệ thống sử dụng đặc quyền. Tuy nhiên, biện pháp này chưa từng được sử dụng trong lập pháp.

Về chức năng, những đặc quyền này giải thích cho sự thiếu quan tâm và sự vắng mặt thường xuyên của các chủ nợ thông thường trong các cuộc họp hoặc đại hội chủ nợ. Như trong phần lớn các hệ thống pháp luật, khi mà chủ nợ có đặc quyền và chủ nợ thông thường có cùng quyền bỏ phiếu tại các phiên họp chủ nợ, thì kết quả sẽ bị bóp méo và cơ sở của các quyết định được đưa ra có thể bị nghi ngờ. Trong hệ thống chế định cam kết, các chủ nợ có đặc quyền phải được thanh toán đầy đủ (thậm chí là họ có thể nhận được ít hơn 100% phần họ có thể nhận được trong thủ tục tố tụng thanh toán); điều này rõ ràng làm suy giảm khả năng cứu vãn doanh nghiệp. Trong những hệ thống theo chế định tổ chức lại, mỗi loại chủ nợ có đặc quyền có thể bị phương hại và phải bỏ phiếu riêng.

Cuối cùng, đặc quyền vi phạm một trong những lý luận của phân tích kinh tế về luật vỡ nợ, đó là, việc mở thủ tục tố tụng không được phép thổi phồng những khiếu nại đã bị giảm giá trị, nghĩa là phân chia lại quyền tài sản giữa những người khiếu nại, điều này có thể dẫn đến những người khiếu nại có thể lạm dụng tố tụng để khai thác những lợi thế của mình.

Vì tất cả những lý do trên đây, luật hiện đại như là của Áo, Đan Mạch, Phần Lan và Thụy Điển đã huỷ bỏ những đặc quyền. Cải tổ luật của Đức cũng làm như vậy, với cơ sở lý luận là sự "phù hợp với thị trường". Những hệ thống khác, đặc biệt là các luật dựa trên cơ sở luật của Pháp, vẫn còn duy trì một số lượng đặc quyền lớn.

Do vậy, đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi đang bắt đầu thực hiện các thủ tục tố tụng phá sản của mình, thì luật mới hoặc luật sửa đổi phải chứa đựng các yếu tố sau trong việc xử lý đối với các chủ nợ không có bảo đảm:

- Các đặc quyền phải bị huỷ bỏ hoặc giảm xuống mức tối đa. Không có thể biện minh cho những đặc quyền về thuế khoá vì chúng có thể chỉ là giả định;

- Một hệ thống hệ số nhân có thể tránh được hầu hết các vấn đề liên quan đến các đặc quyền cổ điển;

- Đối với các khiếu nại về lao động, một hệ thống về an ninh xã hội có thể là một biện pháp tốt hơn nhằm đáp ứng các nhu cầu xã hội.

### *Các khiếu nại phụ hoặc bị loại bỏ*

Rất nhiều hệ thống pháp luật loại bỏ một số loại chủ nợ nhất định khỏi thủ tục tố tụng vỡ nợ. Ví dụ, Luật hiện tại của Đức loại bỏ những quyền lợi sau phá sản, chi phí và phí tổn liên quan đến việc các chủ nợ tham gia vào tố tụng, những khoản phạt hoặc phạt về hình sự, và những khiếu nại phát sinh từ những hành vi vô cố của con nợ. Cũng tương tự, những nguồn tiền mặt do các cổ đông cung cấp hay bảo đảm theo những điều khoản không thích hợp với điều kiện thị trường (như là trong điều kiện bình thường) không thể khiếu nại được và cũng không được phép trong tố tụng vỡ nợ.

Cách thức có đặc tính kỹ thuật chưa hoàn chỉnh bằng kỹ thuật thi hành “những khiếu nại phụ” này đã bị cải tổ của Đức huỷ bỏ. Việc loại bỏ những khiếu nại nào đó có thể đem lại kết quả là những người chủ có thể nhận được thanh toán hoặc những tài sản công bình nhất định trước khi tất cả các khiếu nại được thanh toán đầy đủ (ví dụ, những khiếu nại có sau khi nộp đơn). Đây là một sự can thiệp rõ ràng vào những quyền ở thời điểm trước phá sản, và như vậy, là không thống nhất với mục tiêu “phù hợp với thị trường” của tố tụng phá sản. Tất cả những khiếu nại trước đây bị loại bỏ này được xếp vào loại những khiếu nại phụ theo trật tự sau đây: quyền lợi sau phá sản, chi phí và phí của chủ nợ, các khoản phạt, khiếu nại về hành vi không có đền bù, tiền của các cổ đông (mỗi loại khiếu nại cùng với lãi xuất là cùng một hàng). Những khiếu nại phụ từ hợp đồng có thể được thoả thuận xếp cao hơn, trong phạm vi, hoặc thấp hơn những loại nói trên. Nếu có một loại nào đó là không rõ ràng, thì những khiếu nại phụ từ hợp đồng được xếp ngay sau những món nợ từ các cổ đông. Trong những vụ phá sản thông thường (khi mà thậm chí các chủ nợ thông thường rất khó nhận được một phần nào đó), không cần phải nộp khiếu nại phụ; nhưng vẫn có thể có những trường hợp ngoại lệ. Tất cả các loại khiếu nại đều có quyền bỏ phiếu về một kế hoạch nếu quyền của họ bị xâm hại.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi đang sửa đổi hoặc xây dựng luật của mình:

- Không nên loại bỏ bất kỳ loại khiếu nại nào. Tất cả các khiếu nại, bao gồm cả những khiếu nại về quyền lợi sau phá sản cần phải được cho phép và sẽ được thanh toán trước khi người chủ nhận được phần thanh toán hoặc tài sản

công bình từ doanh nghiệp con nợ. Điều này là đặc biệt quan trọng đối với những nền kinh tế có tỷ lệ lạm phát cao.

- Một số loại khiếu nại phụ về nguồn tiền mặt cung cấp thêm bởi những người chủ/cổ đông là cần thiết. Điều này có thể thực hiện được thông qua những quy định chung hơn là thông qua quyết định của Tòa án trong một vụ kiện nào đó.

- Luật vỡ nợ cần phải xem xét đến tất cả những điều khoản phụ hợp đồng có thể có và thi hành chúng một cách hợp lý. Điều khoản phụ trong hợp đồng là một kỹ thuật cao nhất dành cho chủ nợ để ban tặng “sự giúp đỡ tài chính” cho những con nợ đang xuống dốc. Nó thường được sử dụng trong những công việc liên quan đến chứng khoán, và nó là không thể thiếu trong hệ thống cung cấp tài chính rất phức tạp cho các con nợ công ty trong những nền kinh tế thị trường.

#### *Những khiếu nại của người có trái phiếu.*

Nhiều luật của các nền kinh tế phát triển quy định về một tổ chức dành cho những người có trái phiếu liên quan đến một hoặc một vài vấn đề trong khủng hoảng hoặc vỡ nợ của con nợ. Sự đại diện cho những người có trái phiếu thông qua người được uỷ thác hoặc thông qua bỏ phiếu riêng biệt là trong thủ tục tổ tụng cam kết và thủ tục tổ tụng tổ chức lại là những yếu tố cơ bản của hệ thống nói trên.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi, trật tự thứ hạng của các khiếu nại của người có cổ phiếu được quy định trong các trái phiếu cần phải được tôn trọng đầy đủ trong thủ tục tổ tụng vỡ nợ. Về vấn đề những người có trái phiếu tham gia vào thủ tục tổ tụng vỡ nợ, họ phải được tổ chức riêng rẽ với các chủ nợ và thông thường, họ sẽ tham gia vào thủ tục tổ tụng thông qua một người được uỷ thác.

#### *Xử lý đối với những người có quyền lợi công bình.*

Phần lớn các luật vỡ nợ châu Âu lục địa không xử lý những khiếu nại của những người chủ (người có khiếu nại công bình). Trong phần lớn các vụ vỡ nợ, không cần thiết phải xem xét đến quyền lợi công bình bởi vì thường là tài sản không còn đủ để trả cho tất cả các khoản nợ. Nhưng trong những trường hợp khác, nếu có thể có thêm tài sản sau này, thì luật pháp thường để cho luật công ty xem xét xem tài sản có thêm sau này sẽ được phân phối giữa các người chủ

như thế nào. Điều này đôi khi dẫn đến một cái gì đó không kinh tế khi phải nhân đôi thủ tục thanh toán (trong thủ tục tố tụng vỡ nợ và thủ tục tố tụng khác).

Không có luật vỡ nợ nào của phương Tây quy định về một trật tự ưu tiên giữa những người chủ doanh nghiệp, trật tự này khác với trật tự sẽ chiến thắng trong thủ tục tố tụng thanh toán hoặc giải thể của một công ty không vỡ nợ theo luật công ty có liên quan (theo luật này, nói chung, có thể hợp đồng về thứ tự ưu tiên trong thanh toán đối với tất cả các loại tài sản, ví dụ, nhiều công ty có cổ phần thông thường và cổ phần ưu tiên có đặc quyền khác nhau trong việc phân chia phần được nhận và gốc trong thanh toán).

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi đang tìm cách khuyến khích phát triển thị trường vốn, phải có sự phân biệt rõ ràng giữa quyền của chủ nợ và quyền của những người chủ doanh nghiệp và việc duy trì thoả thuận của những nhà đầu tư. Do vậy:

- Các ưu tiên luật định và ưu tiên theo hợp đồng liên quan phù hợp với luật công ty cần phải được thi hành trong tố tụng vỡ nợ. Không được có bất kỳ ưu tiên vỡ nợ đặc biệt nào.

- Tất cả các loại người có quyền lợi công bình phải được xếp sau các loại nợ.

- Nếu có được tài sản sau khi thanh toán phá sản, người thanh toán phải phân chia số tiền có được sau này giữa những người có quyền lợi công bình. Không cần phải có một luật thanh toán công ty riêng cho việc này.

#### *Những ưu tiên về quản lý hành chính.*

Điều thường xảy ra (và ở trong nhiều hệ thống như là hệ thống của Đức) là tài sản phá sản không đủ để trả đầy đủ tất cả những khiếu nại về quản lý hành chính. Như vậy, cần phải có sự phân phối theo tỷ lệ cho các chủ nợ quản lý hành chính. Cần phải thiết lập nên một trật tự thanh toán các khiếu nại quản lý hành chính. Cải tổ của Đức (điều 209 *Inso*) ưu tiên trước tiên cho việc thanh toán cho người được uỷ thác và chi phí tố tụng. Những khiếu nại quản lý hành chính khác phát sinh sau khi người được uỷ thác thông báo với Toà án rằng tài sản sẽ không đủ để thanh toán tất cả các khiếu nại hành chính sẽ có quyền ưu tiên hơn những khiếu nại phát sinh trước khi thông báo. Lý luận của quy định này là trong mọi trường hợp, người được uỷ thác cần phải được thanh toán đủ để thu hút những

người có trình độ thực hiện công việc này và nhằm để kết thúc việc vỡ nợ theo một cách thức có trật tự.

Khi các chủ nợ có bảo đảm tham gia trong thủ tục tổ tụng vỡ nợ, cần phải xem xét xem là các khiếu nại bảo đảm, có phải trong tất cả các trường hợp, được ưu tiên hơn những khiếu nại quản lý hành chính hay không, đặc biệt là khi cần có nguồn tài chính cho người được uỷ thác tiếp tục việc kinh doanh của con nợ. Phần lớn các luật theo hướng ủng hộ ý kiến này. Tuy nhiên, luật tổ chức lại của Pháp, xếp quyền ưu tiên cho các món nợ ngân hàng hơn là các khiếu nại có bảo đảm nhằm bảo đảm tính có thể thanh toán khối tài sản trong tổ chức lại. Quy định này có ảnh hưởng xấu đến hệ thống tín dụng có bảo đảm bởi vì những quyền lợi về chứng khoán có thể bị suy giảm đáng kể nếu việc tổ chức lại thất bại.

Luật Đức bồi thường cho doanh nghiệp phá sản những chi phí phải gánh chịu cho bảo hiểm, duy trì tài sản và bán tài sản cầm cố. Những "chi phí quản lý hành chính" này được tách khỏi giá trị của những tài sản cầm cố và những khiếu nại có bảo đảm.

Đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi:

- Những khiếu nại về quản lý hành chính phải được xếp trong những loại khác nhau, ưu tiên số một là đền bù cho người được uỷ thác, trong trường hợp tài sản phá sản không đủ để trả cho tất cả các khiếu nại quản lý hành chính;

- Các chủ nợ có bảo đảm thường phải có thứ tự ưu tiên trên các khiếu nại về quản lý hành chính. Tuy nhiên, những chi phí hợp lý mà con nợ phá sản phải gánh chịu cho bảo quản, bảo hiểm và bán tài sản cầm cố có thể được thu hồi từ quá trình bán tài sản cầm cố trước khi các chủ nợ có bảo đảm được thanh toán.

## **12. Đối xử với các chủ nợ có bảo đảm**

Nguyên tắc là quá trình phá sản, bao gồm cả quá trình cam kết và thanh toán, chỉ được ảnh hưởng đến các chủ nợ không có bảo đảm theo truyền thống luật pháp của châu Âu. Tuy nhiên, quy định truyền thống này không thích hợp với thực tế của một nền kinh tế tín dụng hiện đại. Tại Đức trong vòng 10 năm gần đây, 75% tài sản của khối tài sản của con nợ phá sản thường phải dùng cho những quyền lợi về chứng khoán; tại Mỹ, tỷ lệ phần trăm này thậm chí còn cao hơn. Việc thi hành những quyền lợi chứng khoán của mình bởi cá nhân các chủ

nợ rất thông thường có thể huỷ hoại những đơn vị kinh doanh có hiệu quả có thể được cứu vãn trong thủ tục tổ chức lại hoặc thanh toán (bằng cách bán những đơn vị này). Những thi hành cá nhân thậm chí có thể chống lại lợi ích của các chủ nợ của một loại nào đó, nếu, ví dụ, những khiếu nại của họ có thể có giá trị cao hơn nếu những tài sản con nợ có thể được duy trì theo cách thức thanh toán từng phần. Khi mà việc cam kết chỉ có thể ảnh hưởng đến những chủ nợ không có bảo đảm (như là trong phần lớn các thủ tục tổ tụng cam kết cố điển), có rất ít cơ hội cho con nợ để chuyển sang thủ tục thanh toán hoặc để tự mình tiếp tục kinh doanh. Theo luật hiện tại của Đức, những cố gắng thực hiện thủ tục cam kết chỉ thành công dưới mức 1% của tất cả các vụ việc vỡ nợ.

Nói tóm lại, việc mở rộng quá trình tập thể hoá việc thu nợ trong phá sản đối với chủ nợ có bảo đảm là một nhu cầu rõ ràng là cần thiết trong bất kỳ hệ thống luật pháp hiện đại nào. Vấn đề "một sân chơi chung" thường thấy trong vỡ nợ khi mà những giải pháp tối đa hoá giá trị chỉ có thể thực hiện được thông qua việc kiện tập thể tồn tại cả cho chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ không có bảo đảm và những người khác, cũng như trong cả quá trình tổ chức lại và thanh toán. Hơn nữa, ảnh hưởng của chủ nợ trong quá trình tổ tụng vỡ nợ chỉ hoạt động một cách hợp lý nếu chủ nợ có bảo đảm, những người có khiếu nại lớn nhất và có kinh nghiệm kinh doanh nhất, tham gia vào quá trình đưa ra quyết định.

Cải tổ Luật phá sản của Đức chịu ảnh hưởng nhiều nhất của quan điểm này. Những quy định của nó bị ảnh hưởng rất nhiều bởi những quy định khuôn mẫu về đối xử với chủ nợ có bảo đảm trong Luật phá sản của Mỹ.

Các nhà lập pháp tại các nền kinh tế đang chuyển đổi phải thực hiện, hoặc nghĩ tới, những bước cần thiết để các chủ nợ có bảo đảm tham gia vào tổ tụng vỡ nợ một cách có ý nghĩa hơn là việc tập thể hoá việc thu hồi nợ trong vỡ nợ. Do vậy, điều 65 Luật Dân sự mới được ban hành của Nga quy định rằng trong trường hợp thanh toán một thực thể pháp luật, thì chủ nợ có bảo đảm được xếp hạng sau chủ nợ có khiếu nại phát sinh từ những thương tật cá nhân, và người lao động với những khiếu nại về lao động. Khiếu nại có bảo đảm cũng được xếp hạng sau những khiếu nại về quản lý hành chính. Quy định này thay thế Luật phá sản cho phép các chủ nợ có bảo đảm hoàn toàn đứng ngoài một thủ tục tổ tụng tập thể.

Không nghi ngờ gì nữa, hệ thống đó là rất nguy hại đến sự phát triển của một hệ thống tín dụng bảo đảm hoạt động tốt, một hệ thống đã chứng minh là yếu tố cơ bản trong cung cấp tài chính hiện đại cho doanh nghiệp. Khi mà những

khiếu nại về quản lý hành chính và khiếu nại đặc quyền có địa vị ưu tiên cao hơn các khiếu nại về tín dụng có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm không thể tính trước được khiếu nại của mình sẽ có giá trị bao nhiêu trong trường hợp phá sản. Lợi thế của tín dụng có bảo đảm, đó là sự an toàn, đã bị mất đi.

Các cơ quan có thẩm quyền của các nước châu Âu hiện đang xem xét một hệ thống theo đó các chủ nợ có bảo đảm phải từ bỏ một tỷ lệ phần trăm nhất định của giá trị cầm cố để phục vụ lợi ích của các chủ nợ quản lý hành chính và các chủ nợ không có bảo đảm. Hệ thống này có thể tránh được những khiếm khuyết về rủi ro vỡ nợ không thể tính trước được sinh ra như là trong hệ thống luật Nga, và tuy nhiên, làm suy yếu hệ thống tín dụng. Tổ tụng vỡ nợ phải tôn trọng quyền đối với lợi nhuận tiền phá sản của tất cả những người khiếu nại, và không làm suy yếu quyền để bảo đảm quyền đối với lợi nhuận của chủ nợ sau khi phá sản.

Do vậy, đối với những nền kinh tế đang chuyển đổi mong muốn xây dựng một nền kinh tế thị trường trong đó tín dụng là sẵn có rộng rãi và để tối đa hoá việc thu hồi tài sản trong tổ tụng phá sản, những yếu tố cơ bản của Luật phá sản sẽ là:

- Vật cầm cố là một bộ phận của khối tài sản phá sản;
- Các chủ nợ có bảo đảm là các chủ nợ trong phá sản, những vụ kiện cá nhân của họ sẽ tự động bị đình chỉ bằng cách mở thủ tục tổ tụng, và họ phải nộp khiếu nại của mình. Đối với phần khiếu nại được bảo đảm của họ, tuy nhiên, họ được hưởng quyền ưu tiên cao hơn so với các khiếu nại quản lý hành chính và các loại chủ nợ khác;
- Hơn nữa, các chủ nợ có bảo đảm được đền bù do chậm trễ thông qua việc thanh toán thường xuyên lãi xuất theo hợp đồng tiền mặt tương đương với tài sản cầm cố của họ mà họ bị thu hồi lại;
- Các chủ nợ có bảo đảm bỏ phiếu giống như một trong các loại chủ nợ đối với kế hoạch tổ chức lại, và quyền của họ có thể bị ảnh hưởng bởi kế hoạch đó;
- Khối tài sản được đền bù cho những chi phí mà người được uỷ thác phải chịu cho bảo quản, bảo hiểm, và thậm chí, cả bán tài sản cầm cố.

Từ những quy định này, điều trở nên rõ ràng là mục tiêu của việc các chủ nợ có bảo đảm tham gia vào thủ tục tố tụng tập thể không phải là để cải tổ quyền của chủ sở hữu hoặc giá trị kinh tế và để cho các chủ nợ không có bảo đảm làm giàu trên chi phí của các chủ nợ có bảo đảm, mà là để chủ nợ có bảo đảm tham gia trong một giới hạn cần thiết để tối đa hoá tổng giá trị khối tài sản nhằm phục vụ lợi ích của tất cả những người khiếu nại.

### **13. Ảnh hưởng của chủ nợ đối với quá trình tố tụng**

Trong các hệ thống luật pháp Anglo-Saxon, phá sản thường theo hướng do các con nợ điều chỉnh; luật Đức cũng tương tự (*Glaubigerautonomie*). Lý luận cơ bản là trong vỡ nợ, quyền quản lý công ty cần phải được chuyển từ người có quyền lợi công bình sang chủ nợ. Mặt khác, Luật của Pháp và của các hệ thống phát sinh từ luật của Pháp thường theo hướng do Toà án điều chỉnh, và ảnh hưởng của chủ nợ bị giảm rất nhiều. Lý luận của nó là Toà án sẽ nhận thức tốt nhất quyền lợi chung là gì; những vấn đề kinh tế vĩ mô, như là duy trì việc làm, được xem là sẽ được Toà án xem xét đầy đủ. Một số hệ thống luật pháp còn tăng cường khuynh hướng này bằng cách trao quyền cho đại diện của các quyền lợi công, như là công tố viên của Pháp, tham gia vào thủ tục tố tụng.

Phần lớn các hệ thống luật pháp châu Âu giả thiết rằng có những quyền lợi chung của chủ nợ và quyền lợi này có thể được phát hiện và thực hiện trong bối cảnh “sự dân chủ giữa các chủ nợ”. Trên thực tế, quyền lợi của các chủ nợ là rất khác nhau. Một số chủ nợ được hưởng đặc quyền, và do vậy không quan tâm đến việc làm tối đa hoá giá trị tài sản trong giới hạn mà yêu cầu của họ vẫn có thể được thoả mãn. Các chủ nợ cũng có thể có những lợi ích đặc biệt khác với quyền lợi tài chính thông thường, ví dụ, trong việc tiếp tục duy trì sự tồn tại của doanh nghiệp con nợ như nhà cung cấp hay là người tiêu thụ hàng hoá hoặc dịch vụ; họ cũng có thể là cổ đông và mong muốn phục hồi doanh nghiệp hơn là thanh toán các khiếu nại của họ. Vấn đề phân biệt về quyền lợi được nhấn mạnh khi mà chủ nợ có bảo đảm tham gia vào thủ tục tố tụng vỡ nợ. Việc áp dụng nguyên tắc đa số chung giữa các bên không liên quan qua hợp đồng đối với những vấn đề kinh tế chặt chẽ trong việc tối đa hoá giá trị, chính bản thân nó, là một vấn đề.

Một số nước, như là Mỹ, không cần thiết phải tập hợp đủ tất cả các chủ nợ tại một đại hội hoặc cuộc họp, mà cho phép có nhiều cuộc họp chủ nợ, đặc biệt là trong tố tụng tố chức lại, vì điều này biểu hiện tốt hơn cho những quyền lợi khác nhau. Hệ thống này là tốn kém (chi phí cao hơn cho các cố vấn chuyên



môn), có thể dẫn đến rủi ro về sự chậm trễ, và nó yêu cầu Toà án phải hoạt động như là một trọng tài trung gian vì các cuộc họp chủ nợ khác nhau thường dẫn đến những kết luận khác nhau.

Trong quá trình tìm kiếm mục đích của sự phù hợp với thị trường, các nhà lập pháp Đức đã xem xét đến giải pháp sau đây. Sự phù hợp với thị trường có thể yêu cầu rằng quyền can thiệp vào thủ tục tố tụng vỡ nợ của tất cả những người khiếu nại phải được phân phối chặt chẽ theo giá trị (chứ không phải số lượng) của khiếu nại của họ. Nói cách khác, các chủ nợ có bảo đảm hoặc chủ nợ đặc quyền phải có được mức độ ảnh hưởng cao hơn trên một đơn vị tiền tệ trong khiếu nại của họ hơn là các chủ nợ không có bảo đảm, bỏ qua các chủ nợ có khiếu nại phụ. Bởi vì tính phức tạp cao của một hệ thống như vậy, các nhà lập pháp Đức vẫn duy trì một cách cơ bản một cơ quan thống nhất tại đó các chủ nợ có bảo đảm và không có bảo đảm có quyền bỏ phiếu phù hợp với số lượng tranh chấp của họ. Các chủ nợ có ít nhất 50% tổng số các khiếu nại có mặt tại phiên họp có thể đưa ra quyết định. Những giải pháp chống lại quyền lợi chung của tất cả các chủ nợ có thể bị Toà án vô hiệu.

Các nền kinh tế đang chuyển đổi phải dựa vào các lực lượng của thị trường để quy định về thủ tục tố tụng phá sản và do vậy, thủ tục này phải theo hướng các chủ nợ điều chỉnh. Các chủ nợ phải có ảnh hưởng quyết định trong quá trình tố tụng. Các chủ nợ chung, chủ nợ có bảo đảm và chủ nợ có đặc quyền cần phải bỏ phiếu tại các cơ quan của chủ nợ phù hợp với số lượng của khiếu nại của họ. Số lượng tối thiểu và đa số cần thiết để thông qua quyết định cần phải được cân nhắc trên cơ sở những khiếu nại được đại diện (không phải những khiếu nại đang tồn tại). Những chủ nợ có khiếu nại phụ không được phép bỏ phiếu. Trong bối cảnh có sự khác nhau về quyền lợi giữa các chủ nợ, cần phải có sự bảo vệ cho thiểu số bởi Toà án. Đề bù tài chính giữa các loại chủ nợ trong trường hợp có xung đột về quyền lợi cần phải được cho phép.

#### **14. Chuyển nhượng nội gián trong tố tụng vỡ nợ**

Trong những nền kinh tế đang chuyển đổi, có mối quan ngại về khả năng những người trong nội bộ (người quản lý, cổ đông, các chủ nợ lớn) lạm dụng tố tụng vỡ nợ cho mục đích không công bằng. Đặc biệt, có khả năng rủi ro là các nhà quản lý hoặc chủ doanh nghiệp đưa doanh nghiệp vào tình trạng phá sản nhằm mua lại những tài sản của doanh nghiệp con nợ với một giá hạ và tiếp tục hoạt động của doanh nghiệp mà không phải chịu những món nợ có từ trước đó. Những nhà cải tổ Đức đã giải quyết toàn diện vấn đề này. Chính sách được ban hành là như sau:

- Tăng cường tính minh bạch của thị trường bán nếu người trong nội bộ tham gia vào đấu thầu;

- Giảm hệ số nhân của những người khiếu nại là chủ sở hữu trong quá trình bỏ phiếu trong các cơ quan của chủ nợ, đặc biệt là khi bỏ phiếu về đề xuất kế hoạch, và

- Tạo điều kiện tốt cho việc từ chối những chuyển nhượng với người trong nội bộ trước khi có đơn.

## **15. Những vấn đề khác trong khi xây dựng luật về vỡ nợ**

### *Giải phóng*

Giải phóng cho con nợ vỡ nợ dường như là thích hợp trong bối cảnh thiếu những kinh nghiệm và tài năng kinh doanh trong nền kinh tế đang chuyển đổi.

### *Hợp danh*

Có một nhu cầu cần phải có các quy định về mối quan hệ giữa công ty hợp danh và trách nhiệm của bên hợp danh. Để tập trung vào việc vỡ nợ của doanh nghiệp và sử dụng tối đa tài sản của các bên hợp danh, luật phải ngăn chặn cá chủ nợ đưa ra khiếu nại của mình một cách riêng lẻ chống lại bên hợp danh và phải quy định về kiện tập thể thông qua người được uỷ thác hoặc con nợ nhân danh công ty.

### *Đồng con nợ*

Quyền của đồng con nợ (người bảo lãnh...) cần phải được xác định. Chỉ cho phép khiếu nại lập lại [đối với đồng con nợ] trong tố tụng vỡ nợ trong trường hợp khiếu nại được bảo đảm chưa được nộp.

### *Nghĩa vụ và đền bù cho người được uỷ thác*

Phần lớn các luật trao cho Toà án quyền cân nhắc rất rộng theo luật định để đặt ra mức đền bù cho người được uỷ thác. Việc chủ nợ xem xét về đền bù là phù hợp với thủ tục tố tụng do chủ nợ điều khiển và phải được sử dụng. Việc xem xét đền bù nên được thực hiện trước, hơn là được thực hiện sau. Việc đền bù phải được xem xét theo hướng kết quả, không theo tiêu chí thời gian, để làm

cho người được uỷ thác không có ý định kéo dài thủ tục tố tụng. Những biểu hiện về sự thành công là kết quả tài chính của việc thanh toán, giá trị tài sản trong tổ chức lại, và thời gian cần thiết (phải thưởng cho việc tiến hành nhanh).

Nghĩa vụ của người được uỷ thác đối với tất cả các bên có quyền lợi phải được luật xác định. Cần phải xem xét là một cá nhân, hay cả một thể nhân, có thể được làm người được uỷ thác hay không và những người này phải đáp ứng những yêu cầu tối thiểu gì (họ vấn, kinh nghiệm...)

## V. KINH NGHIỆM CỦA NGA

Luật vỡ nợ của Nga năm 1992 là một ví dụ tiêu biểu về luật vỡ nợ mới của một nước có nền kinh tế đang chuyển đổi. Nó được sử dụng rất ít trong thời gian tồn tại còn ngắn ngủi của mình, bởi vì một lý do rõ ràng là các doanh nghiệp nhà nước rất ngại ngần khi theo kiện những khiếu nại của mình chống lại các doanh nghiệp nhà nước khác, và bởi vì thiết kế của nó còn nhiều khiếm khuyết. Các nhà lập pháp Nga đang chuẩn bị việc hoàn thiện lại toàn bộ hệ thống chế định về vỡ nợ hiện tại. Phân tích dưới đây về những nhược điểm và những quy định cần phải được cải tổ trong luật chứng minh cho việc một luật vỡ nợ của một nước kinh tế đang chuyển đổi có thể được hoàn thiện như thế nào nhằm phù hợp với những yêu cầu cơ bản cần thiết cho một luật vỡ nợ có hiệu quả.

Luật của Nga không quy định về một thủ tục tố tụng đồng nhất mà quy định về bốn thủ tục tố tụng riêng biệt: cam kết; phục hồi; thanh toán tự nguyện; thanh toán bắt buộc. Thủ tục tố tụng và quyền của các chủ nợ là khác nhau trong các thủ tục tố tụng khác nhau.

Có thể huỷ bỏ thủ tục tố tụng cam kết. Nó có thể là không hợp pháp và thiếu hiệu quả vì những lý do sau đây:

- Các chủ nợ có bảo đảm và có đặc quyền không tham gia, và không bị ảnh hưởng mặc dù có thể là họ có thể quan tâm đến việc phục hồi con nợ;

- Chỉ có thể quy định về sắp xếp lại những món nợ của doanh nghiệp trong thủ tục cam kết. Thủ tục tố tụng cam kết không thể sắp xếp lại những quyền lợi công bình.

- Việc bán có trật tự toàn bộ hoặc một phần tài sản có liên quan của doanh nghiệp con nợ không phải là một giải pháp lựa chọn.

- Phần được chia tối thiểu đòi hỏi tương ứng với 35% giá trị của khiếu nại là không rõ ràng về kinh tế. Thậm chí các bên khiếu nại vẫn có thể có lợi nếu nhận hơn được một phần được chia nhỏ hơn (bởi vì họ có thể sẽ nhận được phần nhỏ hơn nữa nếu thanh toán doanh nghiệp), một quá trình cam kết cũng không thể thực hiện được.

- Quy định không đền bù bằng tiền mặt cho chủ nợ là không thể (ví dụ, một món nợ cả gói về tài sản công bình).

- Các chủ nợ phụ và chủ nợ thông thường bỏ phiếu như là chủ nợ cùng một loại.

- Không có quy định nào cho phép phân loại riêng các chủ nợ được xếp loại thanh toán giống nhau những có quyền lợi khác nhau đáng kể.

- Không có quy định “áp đặt”, bỏ qua sự không đồng ý của các loại chủ nợ được đối xử công bằng và đúng đắn.

- Không có quy định nào về việc ai có thể đề xuất một kế hoạch tổ chức lại hoặc đề xuất tổ chức lại đa phương. Quyền đề xuất kế hoạch phải được trao cho bất kỳ loại chủ nợ nào có một tỷ lệ nợ đáng kể trong một loại chủ nợ nào đó, người được ủy thác, con nợ, và các cổ đông chiếm một tỷ lệ phần trăm nợ đáng kể. Sau đó, cần phải có quy định về xác nhận của Tòa án đối với một hoặc một vài kế hoạch.

- Luật của Nga không quy định về việc dừng thủ tục thanh toán khi Tòa án công nhận một kế hoạch tổ chức lại là có tính khả thi.

Do vậy, các cơ quan có thẩm quyền của Nga phải cân nhắc việc đưa ra một thủ tục tổ tụng phá sản đồng nhất linh hoạt như là hệ thống mới được ban hành gần đây trong luật vỡ nợ của Bulgaria, Đức và Romania. Những thủ tục tổ tụng đồng nhất tránh được việc con nợ và chủ nợ lạm dụng có chiến lược các thủ tục tổ tụng lựa chọn, và chúng đạt được sự phù hợp cao nhất trong việc đưa ra quyết định trong quá trình tổ tụng.

Những yếu tố cơ bản đã được thảo luận ở phần trên phải được hoàn thiện trong luật của Nga như sau:

(1) Bản chất thống nhất của các thủ tục tổ tụng;

(2) Không có cản trở nào về cấu trúc và sự ưu tiên luật định nào cho việc tổ chức lại;

(3) Những người khiếu nại, bao gồm các chủ nợ có bảo đảm, tham gia vào một thủ tục tổ tụng tập thể; tuy nhiên, các chủ nợ có bảo đảm phải được xếp hạng trên các chủ nợ quản lý hành chính và các chủ nợ khác;

(4) Phải nhận thức đầy đủ, nhưng không can thiệp vào những quyền lợi tài sản có trước khi vỡ nợ;

(5) Bảo vệ hợp lý các chủ nợ chống lại sự chậm trễ;

(6) Loại bỏ quyền ưu tiên cho các loại người khiếu nại trước khi vỡ nợ;

(7) Quyền tự chủ tối đa cho các chủ nợ;

(8) Cung cấp nguồn tiền mặt và các biện pháp không dùng tiền khác cho cả việc thanh toán và phục hồi doanh nghiệp con nợ;

(9) Kiểm sát những chuyển nhượng nội gián;

(10) Phân loại linh hoạt các khiếu nại và quyền lợi trong kế hoạch tổ chức lại;

(11) Phải có sự bảo vệ tối thiểu cho tất cả các loại người khiếu nại (bảo đảm tối thiểu cho giá trị thanh toán đầy đủ);

(12) Vượt qua sự cản trở của các nhóm chủ nợ bằng quy định “áp đặt”.

Đối với thủ tục tổ tụng thanh toán tự nguyện của Nga, có lẽ không có lý do gì để duy trì thủ tục này. Tuy nhiên, việc chuyển đổi sang thủ tục tổ tụng đồng nhất do Toà án kiểm sát luôn là có thể trong bất kỳ thời điểm nào. Con nợ và một số cổ đông có một tỷ lệ phần trăm nợ đáng kể phải có quyền yêu cầu chuyển đổi, đặc biệt là khi họ đưa ra một đề nghị về kế hoạch tổ chức lại.

*Người dịch: Ths. Chu Trung Dũng*

# NỀN TẢNG CỦA CUỘC KHỦNG HOẢNG TÀI CHÍNH CHÂU Á

Để quản lý có hiệu quả những khoản nợ hiện có và những khoản vốn đầu tư việc và thực hiện những đầu tư mới nhằm kiếm lời tại khu vực Châu Á - Thái Bình Dương cần phải có ít nhất là sự hiểu biết về những động lực cơ bản của các nền kinh tế khu vực Châu Á - Thái Bình Dương và những sự kiện diễn ra trước khủng hoảng tài chính. Sự hiểu biết này đem lại một nhận thức có giá trị về sự phát triển của hệ thống luật pháp hiện tồn tại tại khu vực Châu Á - Thái Bình Dương và hiểu biết tốt về sự phát triển tương lai trong luật pháp liên quan đến chứng khoán và phá sản. Mặc dù một phân tích hoàn chỉnh về các nguyên nhân của những khủng hoảng tài chính Châu Á và lịch sử của sự phát triển rất nhanh của các nền kinh tế Châu Á từ cuối những năm 1950 -1990 là nằm ngoài phạm vi của bản sơ lược này, sẽ là hữu ích để tổng kết một số những điểm dễ nhận thấy trước khi rút ra một vài điểm quan trọng của luật pháp Châu Á- Thái Bình Dương có liên quan.

Từ cuối những năm 1950 đến 1990, rất nhiều nền kinh tế Châu Á- Thái Bình Dương chứng kiến một tốc độ phát triển chưa từng có vì chúng phát triển rất nhanh từ những nền kinh tế dư thừa lao động, thiếu vốn sang nền kinh tế vốn, hoặc kỹ năng cao, đặc biệt là trong các ngành công nghiệp điện tử. Rất nhiều nhà kinh tế tin tưởng rằng sự phát triển rất nhanh có tại Châu Á, và những nguồn chủ yếu của sự tăng trưởng GDP tổng thể, được do chi tiêu đầu tư (bao gồm các khoản vay), hơn là đạt được năng xuất lao động cao<sup>1</sup>. Trong năm 1996, hơn 35% GDP, gần gấp đôi mức của Mỹ, là từ nguồn chi tiêu đầu tư tại Đông Á. Hơn nữa, trong năm 1996, tổng số vốn đầu tư tư nhân từ những nguồn vay quốc tế (phần lớn trong số này là những khoản vay ngắn hạn chủ yếu bằng đô la Mỹ) vào Hongkong, Indonesia, Malaysia, Singapore, Hàn Quốc và Thái Lan đã vượt mức 644 tỷ US\$<sup>2</sup>. Vào cuối năm 1997, dòng vốn ngoại tệ này vào Indonesia, Malaysia, Hàn Quốc, Thái Lan và Philippinnes chuyển thành dòng tiền ra giá trị khoảng 12 tỷ US\$<sup>3</sup>. Tuy nhiên, sự phát triển nhanh chóng và không gián đoạn

---

<sup>1</sup> Khảo sát về Cốc nền kinh tế Đụng Á, The Economist, 7 tháng 3 năm 1998, trang 12.

<sup>2</sup> Quỹ Tiền tệ Quốc tế, Những vấn đề hiện tại (1997) tròn mạng (cuối năm 1996)

<sup>3</sup> Jagdish Bhagwati, Huyền thoại vốn: sự khốc nhau giữa thương mại bằng đồng widgets và đụ la, 77, Foreign Affairs 7, 8 (tháng năm/sáu năm 1998)

này đem lại rất ít, nếu không nói là không đem lại gì, những cơ hội và động lực để cải tổ hoặc kiểm tra lại luật pháp liên quan đến vỡ nợ/phá sản và về quyền lợi có bảo đảm. Nói chung, sự mạnh mẽ của các nền kinh tế Châu Á cho đến giữa năm 1997 đã chứa đựng một số những vấn đề quan trọng ngầm. Ví dụ, cho đến ngày 22 tháng tư năm 1998, Luật phá sản của Indonesia vẫn không thay đổi và không được sử dụng từ thời điểm Luật liên quan đến những quy định về phá sản 1905 được nhà cầm quyền Hà Lan cai trị ban hành.

Đến giữa năm 1997, Ngân hàng Thế giới và một số nhà bình luận đã đưa ra câu hỏi liệu sự phát triển kinh tế gia tăng theo cấp số nhân của các nước Đông Á có thể tiếp tục được không.<sup>4</sup> Ngày 2 tháng 7 năm 1997, Chính phủ Thái Lan đã chấm dứt việc bảo vệ đồng bạt và thả nổi chúng đối với đồng đô la Mỹ. Một thời gian ngắn sau đó, đồng bạt rớt giá nhanh chóng và cuộc khủng hoảng tiền tệ và chứng khoán khu vực bắt đầu. Cuộc khủng hoảng này lan truyền nhanh chóng từ Bangkok sang Jakarta, đến Seoul vào cuối mùa hè và cuối năm 1997 bởi vì giống như Thái Lan, nền kinh tế các nước này cũng có cùng những nhược điểm: tỷ giá hối đoái cố định, hệ thống ngân hàng hay lẩn tránh, bùng nổ quá mức về bất động sản, những món nợ nước ngoài ngắn hạn không được bảo vệ và thiếu tính minh bạch về tài chính tại các doanh nghiệp và tập đoàn.

Hơn nữa, thị trường chứng khoán của Indonesia, Malaysia, Philippines, Hàn Quốc và Thái Lan đã mất giá hơn ba phần năm tính theo đô la Mỹ chỉ qua một đêm. Sự kết hợp tiếp theo của các ảnh hưởng của cuộc khủng hoảng tiền tệ là sự phụ thuộc lẫn nhau về xuất khẩu tồn tại giữa các nước láng giềng tại Châu Á, và những vấn đề về môi trường và kinh tế đồng thời gây ra bởi cháy rừng và hạn hán kéo dài ở Indonesia. Thêm vào đó, sự đình trệ kéo dài của nền kinh tế Nhật Bản cũng gây ra những ảnh hưởng có hại cho các nền kinh tế khác ở Đông Á.

Do vậy, cuộc khủng hoảng kinh tế hiện tại của Châu Á là sản phẩm của sự tổng hợp của nhiều yếu tố xảy ra đồng thời và rất nhanh này trong những bối cảnh đó. Cuộc khủng hoảng này trở nên trầm trọng hơn bởi cấu trúc và sự thiếu rõ ràng của những tập đoàn trong khu vực - chaebol của Hàn Quốc và konglomerat của Indonesia - và sự giám sát lỏng lẻo của ngân hàng, những quan hệ chung giữa người vay và người cho vay, sự chi tiêu các quỹ đầu tư kém hiệu quả luôn có sẵn, và sự quan ngại của Chính phủ trong việc cho phép các tập đoàn đang có khó khăn về tài chính đổ vỡ.

---

<sup>4</sup> Xem Paul Krugman, Huyền thoại về Phệ màu Châu Á, 73 Foreign affairs 62 (Tháng 11/12 năm 1994).

Như là hậu quả của việc mở rộng nền kinh tế liên tục và nhanh chóng từ cuối những năm 1950 cho đến đầu năm 1997, và sự giữ dội tạm thời của những yếu tố này và những vấn đề nghiêm trọng không được sửa chữa, những nhà đầu tư tại Châu Á thấy rằng họ đang ở trong những hệ thống luật pháp, chính trị và văn hoá lộn xộn. Những hệ thống hoàn toàn không được kiểm soát liên quan đến quyền của các chủ nợ, thường không có ở hệ thống tố tụng kiểu Mỹ, quyền tịch thu tài sản và hệ thống đôn bẫy mà các nhà cho vay phương Tây thường mong đợi, sẽ tiếp tục được cải tổ và xác định lại như là chương trình phục hồi của IMF đang tiến hành. Những cải tổ này sẽ được IMF khuyến khích như là một bộ phận của các khoản vay để tổ chức lại khu vực tài chính của Châu Á, tăng cường các tiêu chuẩn kế toán và tính minh bạch về tài chính, loại bỏ sự bao cấp từ Chính phủ và giảm bớt những hạn chế quyền sở hữu của người nước ngoài.

Như vậy, bất kỳ nhà đầu tư nào tạo khu vực Châu Á Thái Bình Dương cần phải nhận thức đầy đủ tình trạng gốc rễ diễn ra tại khu vực và có những phương tiện hiệu quả để liên tục được thông tin về những phát triển hiện tại và có khả năng thực hiện các hoạt động của mình với những chuyên gia có kỹ năng chuyên ngành giỏi, những người “ở trên mặt đất” và có kinh nghiệm từng phút một về những vấn đề của Châu Á. Quan tâm đến những yếu tố này, cũng như là viễn cảnh tươi sáng của những cải tổ về luật pháp và thương mại đang diễn ra tại Châu Á, Nhóm làm việc về Vỡ nợ của Coudert Brother đang sáng tạo ra một quy trình quản lý, tổ chức lại và thực hiện những đầu tư hiện tại và tương lai có hiệu quả tại khu vực này. Khi mà một số chuyên gia dự đoán rằng Châu Á sẽ chiếm 55% tổng thu nhập thế giới trong năm 2025, thì những đầu tư được thiết kế tốt và cẩn thận tại Châu Á là rất hấp dẫn. Tuy nhiên, trước khi đưa ra bất kỳ kế hoạch chiến lược liên quan đến đầu tư tại khu vực Châu Á - Thái Bình Dương, cần phải hiểu rõ rất nhiều yếu tố được phân tích kỹ trong cuộc Điều tra. Những tóm tắt tiếp theo đây, và việc phân tích có hệ thống những vấn đề luật pháp quan trọng khác nhau được bao hàm trong phụ lục của Bản sơ lược này, tóm lược lại rất nhiều vấn đề luật pháp về quyền của chủ nợ liên quan đến các nhà đầu tư tại khu vực Châu Á - Thái Bình Dương.

## **PHÂN TÍCH PHÁP LUẬT VỀ QUYỀN CỦA CHỦ NỢ TẠI MỘT SỐ NƯỚC ĐƯỢC LỰA CHỌN TẠI CHÂU Á - THÁI BÌNH DƯƠNG**

**Úc**



### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Quyền lợi bảo đảm có thể có được qua thoả thuận thông qua một văn bản (như là cầm cố hoặc phí) hoặc theo luật định (như là khoản vay về sở hữu). Nói chung, quyền lợi có bảo đảm yêu cầu phải được đăng ký để bảo vệ quyền ưu tiên của người có quyền được bảo đảm.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Việc thi hành các quyền lợi bảo đảm thường được thực hiện bằng cách chiếm hữu vật thể chấp thông qua một lệnh của Toà án và sau đó bán tài sản. Việc tự thi hành thường không được sử dụng. Nếu hình thức bảo đảm là cầm cố, người nhận cầm cố sẽ có một biện pháp đền bù là tịch thu tài sản cầm cố như là cách thức cuối cùng nếu được Toà án phê chuẩn, mặc dù Toà án có thể ra một lệnh lựa chọn là bán tài sản [theo thủ tục] tư pháp. Một chủ nợ có bảo đảm có quyền ưu tiên cũng có khả năng thu giữ hoặc tịch thu tài sản, dù tài sản này là tài sản cầm cố của các chủ nợ khác, mặc dù chủ nợ đó có một nghĩa vụ tính toán đến những chủ nợ khác đó sau khi đã được đáp ứng khoản nợ riêng của mình.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Có những chế định riêng biệt về phá sản cá nhân và vỡ nợ công ty, mặc dù rất nhiều quy định là giống nhau hoặc tương tự. Luật Úc trong lĩnh vực này được xây dựng rất tốt và phản ánh được những khái niệm, cũng như dựa trên nền tảng là Luật phá sản/vỡ nợ của Anh và Mỹ.

Một công ty vỡ nợ bị thanh toán bởi một yêu cầu của một chủ nợ có bảo đảm, hoặc một chủ nợ không bảo đảm, hoặc của chính công ty, hoặc của những người khác. Một chủ nợ có bảo đảm thường có quyền chỉ định người quản lý hoặc người quản thủ tài sản đối với món tài sản bảo đảm và có thể lựa chọn thi hành quyền này trước khi xem xét việc thanh lý.

Như là một biện pháp lựa chọn thay vì phải thanh toán, một công ty có thể thoả thuận với các chủ nợ của mình. Việc thoả thuận này có thể được thực hiện không chính thức, nhưng sẽ không ràng buộc bất kỳ chủ nợ vắng mặt nào, hoặc việc này có thể được thực hiện bởi những biện pháp chính thức được quy định trong Luật Công ty. Có hai biện pháp chính thức như vậy, đó là “chương trình thoả thuận” và “văn bản thoả thuận của công ty”. Cả hai cách thức này cần phải

có cuộc họp chủ nợ. Biện pháp sử dụng văn bản thoả thuận của công ty thường ít chính thức hơn nhưng cần phải có việc chỉ định một nhà quản trị độc lập để điều khiển các công việc của công ty, trong khi đó việc chỉ định một nhà quản trị độc lập như vậy là không bắt buộc theo thủ tục chương trình thoả thuận mà theo thủ tục này, con nợ có thể duy trì quyền quản lý công việc của mình, nếu chương trình được phê chuẩn.

Các chủ nợ có bảo đảm sẽ có quyền ưu tiên trong thanh toán. Tuy nhiên, có rất nhiều nghĩa vụ luật định về thuế chưa được nộp có thể có địa vị ưu tiên cao hơn. Hơn nữa, một số các khoản nợ không bảo đảm nhất định, như là lương chưa trả cũng có quyền ưu tiên cao hơn đối với các chủ nợ không có bảo đảm khác và những khoản nợ chưa thanh toán khác. Mặc khác, các chủ nợ không có bảo đảm được xếp hạng ngang nhau (trừ khi họ đồng ý thay đổi trật tự giữa họ) và chủ nợ sẽ xếp hạng cao hơn những người có quyền lợi khác.

Một chủ nợ sẽ có quyền đòi trừ nợ từ những khoản thương vụ đa phương cùng với công ty con nợ trừ khi chủ nợ biết về tình trạng vỡ nợ của công ty tại thời điểm giao, hoặc nhận tiền từ công ty.

## **Hồng Kông**

### ***A. Các biện pháp có được quyền lợi bảo đảm***

Nói chung hệ thống để có được các quyền lợi có bảo đảm bằng tài sản của Hồng Kông theo mẫu của Anh. Mặc dù các quyền lợi có bảo đảm có thể có được thông qua nhiều cách thức khác nhau theo luật của Hồng Kông, nhưng không có một bộ luật chính thức nào quy định về những biện pháp được chấp thuận. Thay vào đó, những biện pháp sau đây đã được phát triển theo luật thông pháp: cầm cố, bảo đảm bởi quyền với bất động sản, thế chấp và vay mượn. Những biện pháp này là tương tự, và bất kỳ quyền lợi có bảo đảm nào dưới các hình thức này phải được thiết lập đúng đắn với đối tượng là một tài sản xác định.

Thứ nhất, quyền lợi có bảo đảm phải gắn liền, có nghĩa là gắn chặt đặc biệt, với một tài sản là đối tượng của quyền để cho phép người có quyền lợi bảo đảm có quyền đánh bật chủ tài sản. Thứ hai, việc bảo đảm phải được hoàn thành, có nghĩa là tất cả những bước cần thiết để bảo vệ nó chống lại người thứ ba phải được thực hiện. Nói chung, việc gắn chặt quyền với tài sản thường yêu cầu phải có việc chuyển quyền sở hữu hoặc quyền chiếm hữu, hoặc một thoả

thuận công nhận quyền lợi có bảo đảm có thể được thi hành theo luật công bình, và việc xác định đầy đủ tài sản là đối tượng của quyền (bảo chứng “không cố định” có đối tượng là một loại tài sản của công ty, đối tượng của việc làm rõ sau đó, cũng thoả mãn yêu cầu này). Sự bảo đảm có thể được hoàn thành (tùy thuộc vào từng loại tài sản) bằng việc chiếm giữ, đăng ký hoặc thông báo cho các con nợ hoặc chủ quỹ thuộc loại người thứ ba. Một ví dụ thông dụng có thể là việc nộp những chứng chỉ cổ phần cùng với một ghi nhớ về việc nộp (nếu có thoả thuận và việc chiếm hữu tài sản: không cần phải đăng ký), hoặc một bảo chứng không cố định có đối tượng là toàn bộ công việc kinh doanh của người bảo đảm cho con nợ, được ban hành thông qua một tài liệu (quy định về những đền bù ngầm định nhất định) và đăng ký tại Cơ quan Đăng ký Công ty. Những tài khoản có ở ngân hàng cũng có thể được tình đến.

Khi cần thiết, việc đăng ký có ý nghĩa như một thông báo cho các bên thứ ba, và xác định quyền ưu tiên so với những quyền lợi bảo đảm được thực hiện sau đó. Nó cũng ngăn chặn bất kỳ bên thứ ba nào đạt được quyền tuyệt đối đối với tài sản mà không thông báo cho người có quyền lợi bảo đảm. Người cho vay thường có thể có được những bảo đảm bổ sung bằng cách trao đổi với nhau về việc từ bỏ quyền khi có vi phạm thanh toán hoặc sắp xếp lại những khoản thanh toán quá hạn.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Một tài liệu bảo đảm được soạn thảo tốt sẽ trao cho chủ nợ, khi việc không trả nợ đúng hạn xảy ra, quyền thực hiện những quyền lực rộng rãi đối với tài sản là đối tượng của quyền. Những quyền lực này bao gồm việc chiếm hữu, bán, đưa ra những hoá đơn đòi tiền có hiệu lực,... (tùy thuộc vào bản chất của tài sản có liên quan), hoặc chỉ định một người quản thủ để thực hiện những quyền lực này nhân danh con nợ (để tránh trách nhiệm của chủ nợ đối với những hành động của người quản thủ). Quyền chỉ định người quản thủ được ngầm định trong tài liệu cầm cố, Toà án có thể chỉ định người quản thủ nếu có yêu cầu.

Nếu có những quy định mang tính chất hợp đồng cần thiết, thì không nhất thiết phải có lệnh của Toà án để thi hành. Khi bán một tài sản là đối tượng của quyền, bên được bảo đảm không được mua tài sản này, và trừ khi được quy định khác, bên được bảo đảm phải chịu trách nhiệm để có được giá cả cao nhất có thể có được. Quyền thu giữ tài sản là có hiệu lực, nhưng chỉ có thể được thực hiện khi có lệnh của Toà án. Những biện pháp “bán bảo đảm” khác như là duy trì

quyền đối với hàng hoá cho đến khi được thanh toán, cũng có thể được thực hiện nếu hàng hoá không trộn lẫn với những tài sản khác.

Những bản án nước ngoài cũng có thể được đăng ký tại Hồng Kông nếu quốc gia ban hành bản án trao quyền có đi có lại cho Hồng Kông. Sau khi đăng ký, bản án nước ngoài có thể được các Toà án Hồng Kông thi hành như là bản án của Hồng Kông, trừ khi bên bị đơn chứng minh được rằng những tiêu chí cơ bản không được đáp ứng (ví dụ, công lý tự nhiên, và [bên chiến thắng] có được bản án không phải bằng lừa dối). Nếu không có quy chế có đi có lại, có thể kiện tại Hồng Kông, nhưng phải đưa ra những chứng cứ để chứng minh cho khiếu nại của mình.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Tiếp theo những sửa đổi được thực hiện năm 1998, những quy định hiện tại cho phép các cá nhân thực hiện những “thỏa thuận tự nguyện” với các chủ nợ của mình thay cho việc bị phá sản. Một lệnh tạm dừng các vụ kiện chống lại các con nợ cá nhân có thể được ban hành nếu họ định đưa ra những thỏa thuận này.

Không có một thủ tục quản lý chính thức nào cho các công ty; tuy nhiên (tham khảo thủ tục tố tụng theo chương 11 trong luật của Mỹ, và sửa đổi năm 1986 luật vỡ nợ của Anh), Hội đồng Cải tổ Luật đã kiến nghị đưa ra những điều khoản tương tự. Đó là một thủ tục tố tụng luật định đối với những thỏa thuận của công ty với các chủ nợ, yêu cầu phải có một thủ tục tố tụng chính thức bao gồm sự phê chuẩn của Toà án. Tuy nhiên, thủ tục tố tụng này hiếm khi được sử dụng trên thực tế vì nó không quy định về việc ra lệnh tạm đình chỉ các thủ tục tố tụng luật định khi mà thủ tục quản lý tạm dừng. Trên thực tiễn, việc tổ chức lại theo hợp đồng thường là khuôn mẫu được sử dụng.

Cả đơn yêu cầu phá sản và yêu cầu thanh toán thường được nộp thường xuyên trên cơ sở con nợ không tuân thủ một yêu cầu thanh toán theo luật định, mặc dù có những cơ sở nộp đơn khác và có quy chế về nộp yêu cầu phá sản tự nguyện.

Một thanh toán viên/người được uỷ thác được chỉ định, và tài sản của con nợ được trao cho người đó. Sau đó, tài sản được quản lý, thu thập và cuối cùng phân phối cho các chủ nợ thông qua người này, người có quyền quản lý những tài sản này trong thủ tục tố tụng. Người được chỉ định thường là một Người

Quản thủ Chính thức được Chính phủ chỉ định, nhưng con nợ có thể bỏ phiếu để chọn một cách thức chỉ định khác nếu cần thiết.

Việc thu thập tài sản do Thanh toán viên/Người được uỷ thác có thể bao gồm việc loại bỏ những ưu tiên không công bằng và những chuyển nhượng vốn cố cố, tuyên bố không công nhận những hợp đồng và những tài sản khác gây ra những gánh nặng, và từ chối những chuyển nhượng ở mức giá thấp (cá nhân) và những nghĩa vụ bảo đảm bằng bất động sản không xác định nhất định (công ty).

Nói chung, các chủ nợ có bảo đảm có thể áp dụng các biện pháp “tự giúp đỡ mình” trong việc thi hành các bảo đảm của mình nằm ngoài trọng tâm của thủ tục tổ tụng thanh toán. Các thủ tục tổ tụng không gây cản trở cho các hành động thi hành này, mặc dù các hoạt động này gây cản trở cho quá trình tổ tụng tại Toà án. Sau khi thanh toán chi phí cho quá trình thanh toán, những chủ nợ ưu tiên nhất định được thanh toán (thường là những món nợ liên quan đến Chính phủ hoặc người làm công), tiếp theo là các chủ nợ không có bảo đảm khác. Người có quyền lợi công bằng chỉ được thanh toán nếu những khiếu nại nói trên đã được đáp ứng đầy đủ, cùng với lãi xuất.

Khi mà thủ tục tổ tụng thanh toán hoặc phá sản đã bắt đầu (từ ngày nộp đơn), một hệ thống đối trừ luật định có hiệu lực, thay thế bất kỳ những quyền đối trừ theo hợp đồng nào chưa được thực hiện trước đó. Những món nợ lẫn nhau và những khoản tín dụng được tổng hợp và đối trừ, chỉ còn lại một khoản tiền duy nhất mà con nợ sau khi đối trừ phải thanh toán. Những món nợ tương lai hoặc phụ thuộc có thể được đánh giá để đối trừ.

Nói chung, hệ thống luật vỡ nợ của Hồng Kông theo hình mẫu hệ thống luật Anh trước 1986, với một số khác biệt liên quan đến những vụ phá sản phát sinh theo những sửa đổi gần đây. Những chuyên gia, hệ thống luật pháp và Toà án phức tạp, và hệ thống hoạt động có hiệu quả, dù thường là chậm chạp, trong việc phân phối tài sản của người bị phá sản cho những người có quyền lợi.

Hy vọng là sẽ có những sửa đổi tiếp theo, đặc biệt là về việc đưa ra những thoả thuận tự nguyện và thủ tục quản lý đối với công ty, vì nhiều người cảm thấy rằng học thuyết hiện tại về định hướng thị trường cần phải được sửa đổi để tính đến việc giúp đỡ các công ty “yếu” khoẻ mạnh trở lại. Những thủ tục này có thể bao gồm việc đưa ra một số cơ cấu “quản lý” công ty để bảo vệ các chủ nợ khi thực hiện những nỗ lực giải quyết những khó khăn cơ bản.

## **Indonesia<sup>5</sup>**

### ***A. Những biện pháp để có được quyền lợi bảo đảm***

Bộ luật Dân sự của Indonesia chỉ công nhận hai hình thức quyền lợi bảo đảm: thế chấp và cầm cố. Có thể cầm cố bất động sản, phần phát triển thêm từ bất động sản, tàu và các phương tiện tàu thuyền khác. Cầm cố là quyền lợi bảo đảm duy nhất có thể đăng ký công khai tại Indonesia. Thế chấp có thể được xây dựng đối với tài sản hữu hình và vô hình.

Ngoài thế chấp và cầm cố, luật và thực tiễn hoạt động của Indonesia còn công nhận những chuyển nhượng uỷ thác tài sản hữu hình (như là thiết bị hoặc máy móc) hoặc giao uỷ thác những tài sản vô hình (như là quyền hợp đồng, tài khoản hoặc là những vật có thể được nhận) là quyền lợi có bảo đảm. Một Toà án Indonesia sẽ coi việc giao uỷ thác hoặc chuyển nhượng uỷ thác là một thế chấp, mặc dù không có tài liệu nào kể trên được đưa vào Luật Dân sự Indonesia.

Một chuyển giao uỷ thác hoặc chuyển nhượng uỷ thác trao cho bên được bảo đảm sự chiếm hữu đầy đủ đối với quyền tài sản. Tuy nhiên, bên được bảo đảm phải đồng ý tại văn kiện bảo đảm là tài sản sẽ được bên đưa ra bảo đảm giữ và sử dụng cho đến khi việc không thanh toán xảy ra. Bên đưa ra bảo đảm giữ và sử dụng tài sản này theo một nghĩa vụ uỷ thác nhân danh bên được bảo đảm.

Chuyển giao uỷ thác hoặc chuyển nhượng uỷ thác thường được sử dụng để đưa ra một bảo đảm bằng một tài sản quan trọng đối với công việc kinh doanh của con nợ. Thoả thuận của bên được bảo đảm là bên kia có thể giữ tài sản này theo nghĩa vụ uỷ thác cho phép tài sản được sử dụng để phục vụ việc kinh doanh của con nợ và bảo đảm cho việc thanh toán lại những món nợ.

Ngoài ra, dù không phải là một quyền lợi bảo đảm chính thức, quyền không thể bị huỷ ngang của Luật sư để bán một tài sản nhất định là một công cụ khác thường được sử dụng tại Indonesia để đem lại cho chủ nợ quyền đối với tài sản của con nợ. Quyền không thể huỷ ngang của Luật sư cho phép chủ nợ bán một tài sản xác định của con nợ khi xảy ra sự kiện không trả nợ đúng hạn. Khi mà chủ nợ hành động như là Luật sư thực tế của con nợ, chủ nợ không cần đến sự giúp đỡ của con nợ trong việc bán tài sản trên.

---

<sup>5</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi trên thực tế về luật của Indonesia và sự ộp dụng luật phỏp trong những tỡnh huống nhất định. Coudert Brother khụng cú giầy phỏp và đủ tiờu chuẩn để hoạt động tại Indonesia và khụng đưa ra ý kiến luật phỏp nào về luật Indonesia.

Luật Indonesia cũng quy định về đối trừ những món nợ bằng tiền đến hạn. Khi một con nợ tuyên bố phá sản, có thể thực hiện đối trừ mặc dù món nợ chưa đến hạn, quy định rằng cả khiếu nại và món nợ tồn tại trước khi phá sản hoặc phát sinh từ những thương vụ có trước khi phá sản.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Các nhà đầu tư nước ngoài đã giả thiết (có thể đúng hoặc sai) là việc thi hành những quyền hợp đồng tại Indonesia là rất khó khăn đối với các bên nước ngoài. Có rất ít những vụ án trong đó người cho vay nước ngoài cố gắng thi hành quyền của mình tại các Tòa án của Indonesia. Mặt khác, việc thi hành thông qua những hình thức kém chính thức hơn, không cần thiết phải có sự tham gia của Tòa án, như là dùng quyền của Luật sư hoặc đối trừ, thường được sử dụng nhiều hơn.

Sau nhiều năm, có rất nhiều báo cáo của các ngân hàng thương mại nước ngoài về những cố gắng không thành công trong việc thực hiện quyền của họ đối với những cầm cố tại Indonesia. Trong rất nhiều trường hợp, trong bối cảnh kinh tế hiện thời, việc bán bắt buộc đất đai và nhà cửa theo một văn bản cầm cố có thể làm cho việc bán tài sản này diễn ra trong một thị trường đang đi xuống, và do vậy làm giới hạn những thủ tục có thể để được thanh toán các khoản nợ.

Indonesia mới thành lập các Tòa án thương mại mà nhiều nhà bình luận tin tưởng rằng chúng sẽ đem lại những phương thức thi hành quyền lợi bảo đảm và thu hồi nợ được cải tiến. Thẩm quyền của Tòa án thương mại hiện đang được giới hạn trong phạm vi phá sản, mặc dù luật quy định rằng thẩm quyền của các Tòa án này được mở rộng đến những lĩnh vực có thể bao gồm thu hồi nợ và thi hành những quyền lợi bảo đảm bởi các chủ nợ nước ngoài. Dự định, tòa sẽ có những Thẩm phán được đào tạo chuyên ngành về phá sản.

Thậm chí nếu các tòa thương mại chứng tỏ họ là công bằng và hiệu quả, dự tính rằng hiện tại chỉ có một số lượng Thẩm phán rất giới hạn sẽ được đào tạo để xét xử. Những thông tin truyền thông cho biết hiện tại, khoảng hơn 90% công ty đăng ký tại Thị trường Chứng khoán Jarkarta là vỡ nợ về kỹ thuật. Điều này nói rằng có thể số lượng những vụ án phá sản tiềm năng sẽ vượt quá khả năng của các tòa thương mại mới này.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Luật phá sản quy định rằng một con nợ có hai hoặc nhiều chủ nợ và không trả ít nhất là một món nợ khi nó đến hạn và phải thanh toán sẽ bị tuyên phá sản bởi một quyết định của Toà án có thẩm quyền, theo yêu cầu của chính con nợ hoặc của một hoặc các chủ nợ. Không có yêu cầu nào về việc công ty đang “vỡ nợ” theo quan điểm của phương Tây về vỡ nợ, như là khái niệm luật định hoặc theo luật thông pháp về không có khả năng thanh toán nợ khi chúng đến hạn.

Quá trình phá sản được quản lý bởi một người quản thủ do Toà án chỉ định với sự giúp đỡ của một Thẩm phán giám sát của Toà án có liên quan. Người quản thủ có thể là các nhà chuyên môn tư nhân hoặc các cộng sự sống tại Indonesia, những người (a) có kiến thức đặc biệt cần thiết cho việc quản lý và giải quyết tài sản phá sản và (b) được đăng ký tại Bộ Tư pháp. Các chủ nợ có quyền chỉ định người quản thủ tư nhân mà họ thích cho Toà án.

Người quản thủ tài sản phá sản được trao các quyền lực rộng để quản lý tài sản mà không cần đến sự đồng ý của người bị phá sản. Đặc biệt, người quản thủ có quyền vay những món nợ mới từ người thứ ba, trong khuôn khổ nhằm làm tăng giá trị khối tài sản phá sản. Người quản thủ chỉ có quyền trao quyền lợi có bảo đảm cho những khoản vay này bằng những tài sản chưa được sử dụng như là tài sản bảo đảm cho các món nợ khác.

Quyền của người quản thủ bao gồm quyền tuyên bố từ chối những hợp đồng hiện tại của bên phá sản chưa được thực hiện đầy đủ, để mặc bên đối tác hợp đồng với một khiếu nại không được bảo đảm về thiệt hại đối với bên phá sản. Trong những bối cảnh nhất định, người quản thủ cũng có quyền tuyên bố vô hiệu hồi tố một số chuyển nhượng nhất định mà bên phá sản đã hoàn thành trước khi bắt đầu phá sản. Những chuyển nhượng này bao gồm những chuyển nhượng trong vòng 12 tháng trước đó, như là chuyển nhượng với những bên liên quan và những hợp đồng trong đó nghĩa vụ của bên phá sản vượt quá đáng kể nghĩa vụ của bên đối tác hợp đồng.

Để chấm dứt việc phá sản, bên phá sản có cơ hội trình bày một kế hoạch thoả hiệp trong phiên họp chủ nợ. Đề xuất thoả hiệp cần được phê chuẩn bởi đa số đặc biệt là hơn một nửa (trước đây là ít nhất hai phần ba) về tổng số và ít nhất là hai phần ba (trước đây là ba phần tư) về giá trị của các chủ nợ không có bảo đảm được công nhận, cũng như sự phê chuẩn của Toà án, và trong trường hợp đó đề xuất có tính ràng buộc tất cả các chủ nợ.



Nếu đề xuất được phê chuẩn, việc phá sản kết thúc, mặc dù bên phá sản buộc phải thực hiện kế hoạch trước khi được giải phóng. Tuy nhiên, nếu không có đề xuất hoặc đề xuất không được phê chuẩn, người quản thủ sẽ thanh toán tài sản con nợ và phân phối cho các chủ nợ. Việc phá sản kết thúc bởi việc người quản thủ phân phối tài sản cho các chủ nợ, trừ khi việc phân phối này bị khiếu nại. Trong những trường hợp đó, vụ kiện phá sản kết thúc khi có quyết định giải quyết khiếu nại và có quá trình phân phối sau đó.

Việc kết thúc quá trình phá sản không giải phóng con nợ khỏi nghĩa vụ đối với chủ nợ đối với những món nợ chưa được đáp ứng đầy đủ trong quá trình phân phối tài sản do người quản thủ thực hiện. Các chủ nợ này có thể kiện chống lại con nợ một lần nữa nếu sau đó con nợ có tài sản hoặc bất động sản.

## **Nhật Bản<sup>6</sup>**

### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Hệ thống thiết lập nên quyền lợi bảo đảm ở Nhật Bản dựa vào quyền được bảo đảm bằng một số tài sản xác định của công ty hoặc cá nhân. Thêm vào đó, quyền lợi bảo đảm cũng có thể bao gồm: (a) nghĩa vụ của công ty được bảo đảm bằng tất cả các tài sản của công ty con nợ vào bất kỳ lúc nào (tương tự như bảo chứng không cố định) - một quyền có thể được trao cho người có trái phiếu của công ty đối với các công ty cổ phần; và (b) những khoản nợ luật định được bảo đảm bằng toàn bộ tài sản của một con nợ (dù là một cá nhân hay thể nhân), phát sinh từ hoạt động của luật để bảo vệ một số các chủ nợ nhất định về một số điều khoản như chi phí và lương nhằm phục vụ lợi ích chung của tất cả các chủ nợ.

Hơn nữa, Bộ luật Dân sự quy định về những quyền lợi bảo đảm luật định sau đây bằng một số tài sản xác định: (a) món nợ sở hữu, món nợ cho phép chủ nợ có khiếu nại chiếm hữu hàng hoá của người khác cho đến khi khiếu nại được thanh toán, và (b) các món nợ luật định, cho phép các chủ nợ, những người có thể đưa ra một số loại khiếu nại luật định, được thanh toán các khiếu nại của mình trước các loại chủ nợ khác; (c) thế chấp, cho phép một chủ nợ có quyền chiếm giữ hàng hoá, nhận một vật cầm cố bảo đảm cho khiếu nại với quyền được trả đầy đủ khi bán các hàng hoá này trước các chủ nợ khác; và (d) cầm cố,

---

<sup>6</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi từ thực tế về luật của Nhật Bản và sự ộp dụng luật phỏp trong những tỡnh huống nhất định. Coudert Brother khụng cú giấỷ phỏp và đủ tỡu chuẩn để hoạt động tại Nhật Bản và khụng đưa ra ý kiến luật phỏp nào về luật Nhật Bản.

cho phép chủ nợ được thanh toán trước các chủ nợ khác, từ tiền thu được từ việc bán bất động sản mà con nợ dùng như vật thế chấp mà không phải chuyển sở hữu cho chủ nợ. Cầm cố và thế chấp được thiết lập thông qua thoả thuận giữa các bên và thường xuyên được sử dụng, trong khi món nợ sở hữu và món nợ luật định do luật quy định ra và phải dựa trên sự tồn tại của một số yếu tố thực tế nhất định.

Thêm vào đó, những loại bảo đảm khác bằng một số loại tài sản xác định đã được phát triển trong thực tiễn. Một trong những bảo đảm quan trọng nhất này là chuyển giao nhằm mục đích bảo đảm các quy định duy trì quyền tài sản. Theo một thoả thuận chuyển giao nhằm mục đích bảo đảm, một con nợ chuyển giao quyền (thường là quyền sở hữu) đối với một tài sản nhất định (có thể là bất kỳ tài sản nào bao gồm cả động sản) cho chủ nợ nhưng không chuyển giao sự chiếm hữu, và nếu khoản nợ được thanh toán, thì quyền tài sản sẽ được chuyển giao lại cho con nợ. Thoả thuận loại này là rất phổ biến vì tính linh hoạt mà con nợ và chủ nợ có thể có (ví dụ, thoả thuận có thể được lập đối với một tài sản không cố định hoặc những loại tài sản khác mới được phát triển gần đây mà Luật Dân sự chưa quy định như là phần mềm máy tính; nó cho phép chủ nợ thi hành khiếu nại của mình đối với bất kỳ loại tài sản nào mà không cần đến thủ tục tố tụng tư pháp).

Thêm vào đó, còn nhiều loại quyền lợi bảo đảm khác được đưa vào một số bộ luật nhất định như là chứng khoán đăng ký tạm thời theo Luật Chứng khoán Đăng ký Tạm thời và cầm cố nhà máy theo Luật Cầm cố Nhà máy.

Cách thức chứng minh một quyền lợi bảo đảm là khác nhau tùy thuộc vào loại bảo đảm. Ví dụ, quyền lợi đối với bất động sản (thế chấp, cầm cố và chuyển giao nhằm để bảo đảm, trừ món vay sở hữu) phải được đăng ký thông qua hệ thống đăng ký và nếu được đăng ký, thì quyền lợi bảo đảm đó là cao hơn so với quyền của bên thứ ba. Đối với quyền lợi bảo đảm đối với hàng hóa vô hình hoặc động sản, thì chủ nợ phải (a) chiếm hữu tài sản thế chấp (trong trường hợp thế chấp vật hữu hình), (b) thông báo về tài khoản của con nợ hoặc có được sự đồng ý của con nợ về việc sẽ thông báo tài khoản, những thông báo và đồng ý này phải được đóng dấu xác nhận với ngày xác nhận bởi công chứng (trong trường hợp thế chấp hoặc một việc chuyển giao tài sản nhằm mục đích bảo đảm), hoặc (c) đưa ra một trong các dạng thông báo cần thiết tùy thuộc vào bản chất của vật thế chấp. Để chứng minh sự tồn tại của một quyền lợi bảo đảm, chủ nợ phải đưa ra bằng chứng của thoả thuận bảo đảm và về sự thông báo thích hợp.

## ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Khi quyền lợi bảo đảm được thi hành thông qua một thủ tục tố tụng tại Toà án, viên chức Toà án (do Toà án chỉ định) sẽ tiến hành quá trình thi hành này (không chỉ định người quản lý hoặc người quản thủ). Trong những trường hợp tự thi hành, một người quản thủ hoặc một người quản lý thường không do chủ nợ chỉ định.

Việc thi hành một chuyển nhượng cầm cố hay thế chấp yêu cầu chủ nợ phải trình lên Toà án một đơn yêu cầu thi hành theo một mẫu quy định và (a) một bản sao chính thức của Sổ đăng ký chỉ ra việc đăng ký quyền lợi bảo đảm; (b) một bản sao chính thức của bản án để chứng minh sự tồn tại của khiếu nại có bảo đảm; hoặc (c) một tài liệu được xác nhận do cơ quan công chứng ban hành để chứng minh sự tồn tại của khiếu nại có bảo đảm.

Hơn nữa, việc thi hành thế chấp bất động sản xảy ra khi: (a) một chủ nợ có bảo đảm trao vật thế chấp cho một nhân viên của Toà án; hoặc (b) một chủ nợ có bảo đảm đệ trình lên Toà án một tài liệu cho thấy rằng người thừa kế tài sản thế chấp đồng ý với việc thu giữ. Việc thi hành một thế chấp liên quan đến khiếu nại xảy ra sau khi có sự đệ trình lên Toà án những tài liệu (công hoặc tư) đầy đủ để chứng minh sự tồn tại của khiếu nại có bảo đảm.

Điều khoản chọn luật. Thông thường, các Toà án Nhật Bản thường thi hành những điều khoản thông qua đó các bên thoả thuận chỉ định luật điều chỉnh, quy định rằng những vấn đề này không thuộc thẩm quyền dành riêng của Nhật bản hoặc Toà án nước ngoài không có thẩm quyền này theo quy định của luật nước đó.

Bản án nước ngoài. Nói chung, Toà án Nhật Bản sẽ công nhận bản án nước ngoài nếu các bên đồng ý với thẩm quyền của Toà án nước ngoài. Tuy nhiên, nếu tài sản của người vay ở Nhật Bản, để có thể thu giữ tài sản đó, người cho vay phải khởi kiện tại một Toà án Nhật Bản để thi hành bản án nước ngoài. Bất kể bất kỳ thoả thuận nào về thẩm quyền, Toà án Nhật Bản có thẩm quyền về việc thu giữ tài sản tại Nhật Bản.

Cuối cùng, không có một cảm đoán nào từ chính phủ về việc một công ty nước ngoài có quyền sở hữu đất đai tại Nhật Bản. Tuy nhiên, một người không cư trú (một công ty không có trụ sở chính tại Nhật Bản), có thể bị yêu cầu nộp

một báo cáo với chính phủ theo Luật Thương mại với nước ngoài và Trao đổi với Nước ngoài sau khi có được quyền sở hữu đất đai tại Nhật Bản.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Luật vỡ nợ của Nhật Bản có phạm vi toàn quốc. Thủ tục tố tụng dẫn đến việc thanh toán của một thực thể vỡ nợ được điều chỉnh bởi Luật phá sản, áp dụng cho cả cá nhân và công ty, và phần của Luật Thanh toán đặc biệt trong Luật Thương mại sẽ chỉ áp dụng cho các công ty cổ phần.

Theo Luật phá sản, một con nợ được coi là vỡ nợ nếu (a) nghĩa vụ của con nợ vượt quá tài sản của nó (phép kiểm tra bảng cân đối tài sản) trong trường hợp công ty, hoặc (b) con nợ không thể thanh toán các món nợ của mình khi chúng đến hạn. Một con nợ cũng được giả thiết là phá sản nếu ngừng thanh toán các món nợ của mình. (Sự ngừng thanh toán các món nợ sẽ được xem là xảy ra khi con nợ có hai giấy đòi nợ bị từ chối bởi hệ thống kiểm tra giấy nợ trong bất kỳ khoảng thời gian sáu tháng nào dẫn đến việc ngừng những chuyển nhượng ngân hàng của con nợ). Nếu Toà án tuyên bố là con nợ phá sản, một quản trị viên sẽ được chỉ định để thanh toán con nợ và giải quyết các món nợ của con nợ. Chủ nợ có bảo đảm có thể thi hành quyền lợi bảo đảm của mình chống lại con nợ mà không dùng đến thủ tục tố tụng này. Ngược lại, theo Bộ luật Thương mại, thủ tục thanh toán đặc biệt có thể được bắt đầu nếu công ty (a) đang trong thủ tục giải thể và (b) các món nợ của con nợ dường như lớn hơn tài sản của con nợ, hoặc việc giải thể công ty dường như rất khó khăn.

Tổ chức lại. Luật Tổ chức lại Công ty quy định rằng công ty cổ phần có thể yêu cầu tổ chức lại nếu (a) nó không thể trả những món nợ của mình mà không trở ngại đáng kể đến công việc kinh doanh của mình; hoặc (b) có thể một trong những cơ sở phá sản đã xảy ra. Công ty hoặc các chủ nợ của nó (nếu khiếu nại của họ bằng hoặc lớn hơn 10% vốn của công ty; chỉ trong trường hợp (b)), hoặc các cổ đông (nếu cổ phần của họ là bằng hoặc lớn hơn 10% cổ phần hiện có; chỉ trong trường hợp (b)) có thể làm yêu cầu này. Sau khi nhận được yêu cầu, Toà án sẽ quyết định bắt đầu thủ tục tổ chức lại nếu Toà án cho rằng có đủ cơ sở và đồng thời chỉ định một hoặc nhiều quản trị viên quản lý tài sản và việc kinh doanh của công ty.

Khi quá trình tổ chức lại đã bắt đầu, công ty mất quyền điều hành và quản lý công việc kinh doanh của mình, và các quản trị viên sẽ giữ những quyền này. Các chủ nợ có bảo đảm cũng phải tham gia vào quá trình tổ chức lại công ty và

không thể thi hành quyền của mình ngoài thủ tục tố tụng này. Sau khi bắt đầu thủ tục, các nhà quản lý chuẩn bị một kế hoạch tổ chức lại để xin phê chuẩn tại cuộc họp các chủ nợ và bởi Toà án. Việc tổ chức lại công ty thường mất một khoảng thời gian đáng kể và thường là tốn kém, nên thường chỉ có các công ty lớn sử dụng thủ tục này.

Một công ty cổ phần cũng có thể tổ chức lại theo thủ tục được quy định tại Bộ luật Thương mại nếu có thể thấy trước rằng công ty có thể bị vỡ nợ hoặc nếu thấy món nợ của công ty vượt quá tài sản của nó. Thủ tục này có thể được bắt đầu bởi các giám đốc công ty, các kiểm toán viên, một số chủ nợ hoặc cổ đông nhất định. Mặc dù Toà án có thể chỉ định một quản trị viên, các giám đốc công ty cũng vẫn có thể tiếp tục quản lý công việc kinh doanh của công ty trong quá trình tổ chức lại. Một chương trình hoặc kế hoạch sắp xếp lại được chuẩn bị và trình cho các cổ đông phê chuẩn. Kế hoạch đó không ràng buộc những chủ nợ không phê chuẩn nó. Nếu kế hoạch này không được phê chuẩn bởi tất cả các chủ nợ, có thể bắt đầu thủ tục cam kết, hoặc Toà án có thể tuyên công ty phá sản.

Thêm vào đó, thủ tục cam kết có thể áp dụng cho bất kỳ công ty nào theo Luật Cam kết. Cơ sở bắt đầu thủ tục cam kết là tương tự như những cơ sở dành cho phá sản. Khi thủ tục này được bắt đầu, Toà án chỉ định một quản trị viên cho công ty. Con nợ không mất quyền quản lý và giám sát tài sản của mình, và có thể tiếp tục công việc kinh doanh. Con nợ chuẩn bị một kế hoạch cam kết để đệ trình lên các chủ nợ, kế hoạch này sẽ có hiệu lực sau khi được phê chuẩn bởi một đa số xác định các chủ nợ và bởi tòa án. Nếu kế hoạch không được phê chuẩn, Toà án sẽ tuyên bố phá sản công ty.

Cuối cùng, thủ tục cam kết bắt buộc cũng có thể áp dụng theo Luật phá sản. Thủ tục này chỉ sử dụng cho công ty cổ phần đã bị tuyên bố phá sản theo Luật phá sản. Một công ty phá sản có thể yêu cầu Toà án tuyên bố công ty phá sản áp dụng thủ tục cam kết bắt buộc. Vì công ty là đã là đối tượng của thủ tục tố tụng phá sản, nó không thể được quản lý công việc kinh doanh của mình. Thủ tục tố tụng này thường không được sử dụng rộng rãi.

Nói chung, khi đã là đối tượng của thủ tục tố tụng phá sản, tài sản của con nợ thường được phân chia theo thủ tục ưu tiên như sau:(a) quyền lợi bảo đảm đối với một số tài sản xác định như là cầm cố, thế chấp, món nợ luật định đặc biệt, giữ quyền sở hữu hoặc những quyền lợi bảo đảm khác; (b) thuế và chi phí phát sinh vì quyền lợi chung của các chủ nợ, (c) những món nợ luật định chung

như là lương phát sinh trong vòng 6 tháng từ ngày tuyên bố phá sản; (d) khiếu nại chung và (e) các khiếu nại phụ như là lãi xuất hoặc tiền phạt do vi phạm hợp đồng sau khi Toà án tuyên bố phá sản.

Mặt khác, theo thủ tục tổ chức lại, trật tự sau đây sẽ được áp dụng: (a) những khiếu nại về quyền lợi chung (ví dụ: phí tổn kinh doanh, lương [trong vòng 6 tháng] và phí quản lý), (b) lương và thuế; và (c) những khiếu nại khác (bao gồm cả khiếu nại có bảo đảm).

Theo thủ tục vỡ nợ của Nhật Bản, chủ nợ thường có quyền đối trừ. Tuy nhiên, có thể từ chối quyền này nếu các khoản nợ được yêu cầu đối trừ phát sinh sau khi tuyên bố phá sản hoặc sau khi bắt đầu thủ tục tổ chức lại.

Tóm lại, một khung thanh toán và phục hồi con nợ vỡ nợ luật định đang tồn tại tại Nhật Bản. Tuy nhiên, có rất ít các tiền lệ pháp liên quan đến việc áp dụng các luật này cho việc vỡ nợ của các công ty lớn và rất nhiều việc vỡ nợ đang được giải quyết bởi những thoả thuận hoặc đàm phán không chính thức giữa các chủ nợ.

## **Malaysia<sup>7</sup>**

Coudert Brother xin cảm ơn sự giúp đỡ của hãng luật Rashid&Lee, Tingkat, No.56, Jalan Tuanku Abdul Rahman, 50100 Kuala Lumpur, trong việc chuẩn bị phần dưới đây của báo cáo này.

### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Malaysia có một hệ thống rất phức tạp điều chỉnh việc thiết lập và thi hành các quyền lợi bảo đảm. Malaysia có những luật tốt điều chỉnh các lĩnh vực này. Trong bối cảnh Malaysia thừa hưởng nhiều hệ thống luật thông pháp của Anh, Toà án Malaysia coi những án lệ tại những nước như Anh và Úc là có sức thuyết phục.

Luật Malaysia công nhận cả quyền lợi bảo đảm bằng những tài sản xác định và những bảo chứng không cố định của công ty. Có những chế định đăng ký riêng rẽ cho những quyền lợi bảo đảm nhất định. Ví dụ, quyền lợi bảo đảm

---

<sup>7</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi trên thực tế về luật của Malaysia và sự ỏp dụng luật phỏp trong những tỏnh hướng nhất định. Coudert Brother khụng cú giấỷ phỏp và đủ tờiờ chuẩn để hoặđ đợng tại Malaysia và khụng đờa ra ý kiếđ luật phỏp nào về luật Malaysia.

đối với đất đai phải được đăng ký theo Luật Đất đai Quốc gia. Một số quyền lợi bảo đảm có thể được thiết lập bằng cách chuyển giao vật, đối tượng của quyền tái chuyển giao khi nghĩa vụ tương ứng được thực hiện. Một số các quyền lợi bảo đảm này là có thể đăng ký.

Thêm vào đó, Luật Malaysia công nhận việc thế chấp và cho vay quyền sở hữu. Trong trường hợp bán hàng hoá tại Malaysia, luật cho phép sử dụng chế định duy trì quyền sở hữu tài sản, quy định rằng những quyền này phải được soạn thảo sao cho có thể được thi hành.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Trong bối cảnh Malaysia có hệ thống đăng ký riêng biệt, đặc biệt là dành cho những nghĩa vụ, thông cáo về đất đai và nghĩa vụ đối với các tài sản khác của công ty, những quyền lợi bảo đảm hoàn thành sẽ là có thể thi hành cao hơn so với những quyền lợi được thiết lập hoặc đăng ký sau đó. Tuy nhiên, trong nhiều trường hợp, có thể có những quyền lợi ưu tiên mà theo luật, có mức ưu tiên cao hơn quyền lợi bảo đảm.

Tuy nhiên, luật Malaysia cho phép thi hành những quyền lợi bảo đảm bằng cách chỉ định người quản thủ, hoặc người quản thủ và người quản lý theo giấy nhận nợ. Thêm vào đó, có những điều khoản luật định tổng hợp điều chỉnh việc vỡ nợ của công ty và cá nhân. Những đạo luật này nhằm đạt được sự cân bằng trong việc đối xử với các chủ nợ, trong khi công nhận quyền của chủ nợ có bảo đảm cũng như lợi ích tài sản cầm cố của nó.

Có những quy định riêng biệt điều chỉnh việc tiến hành tố tụng tại Malaysia. Các bên thường tự do lựa chọn luật điều chỉnh thoả thuận của họ, trừ khi sự lựa chọn này trái với luật, chính sách chung và các công ước quốc tế của Malaysia. Mặc dù Toà án có thể ra lệnh nộp những tài liệu hoặc tiến hành thủ tục tố tụng tại Anh, những thủ tục tố tụng thường được tiến hành tại Bahasa Malay. Thực hiện thủ tục tố tụng đến khi có quyết định cuối cùng có thể là một quá trình rất dài. Thời gian tố tụng phụ thuộc vào việc yêu cầu có mang bản chất rút gọn hay không và nó có bị phản đối hay không. Có luật cho phép việc đăng ký các bản án nước ngoài tại Malaysia. Sau khi đăng ký, bản án nước ngoài có thể được thi hành, và là đối tượng của yêu cầu quyền vô hiệu đăng ký của con nợ.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Malaysia có luật riêng điều chỉnh việc vỡ nợ công ty và phá sản tư nhân, mặc dù trong nhiều trường hợp (như là việc thu hồi lại những thanh toán ưu tiên), những quy định về phá sản sẽ áp dụng cho những pháp nhân công ty với những chỉnh lý thích hợp. Trong trường hợp vỡ nợ công ty, việc tổ chức lại chính thức là được phép, nhưng cần phải có Toà án phê chuẩn.

Thông thường, Quản trị viên chính thức sẽ hành động như là người được ủy thác trong những vụ phá sản tư nhân. Tư nhân phá sản có thể giữ lại một số vật dụng thiết yếu như quần áo, công cụ làm việc với một mức giá trị miễn trừ luật định.

Trong trường hợp công ty, luật tạo điều kiện cho cả quá trình thanh toán bắt buộc và tự nguyện. Được phép tiến hành quá trình tổ chức lại chính thức theo một chương trình sắp xếp cùng với các chủ nợ công ty khi mà sắp xếp này đã được Toà án phê chuẩn. Không ngăn cấm việc đưa ra những thu xếp không chính thức giữa công ty và các chủ nợ của mình. Tuy nhiên, Toà án có thể quyết định xem thoả thuận không chính thức đó có thể được coi là chương trình thoả thuận không. Trong trường hợp này, cần phải có sự đồng ý của các loại cổ đông yêu cầu và lệnh của Toà án.

Trong quá trình thanh toán một công ty, thanh toán viên sẽ giám sát tài sản của công ty. Khi được chỉ định, người quản thủ hoặc người quản thủ kiêm người quản lý sẽ có những quyền hạn được quy định trong lệnh chỉ định họ. Trong trường hợp có một chương trình thoả thuận, quyền quản lý công ty và tài sản của công ty có thể do ban lãnh đạo công ty tiếp tục nắm giữ theo lệnh của Toà án và với sự đồng ý của đa số cần thiết các chủ nợ. Chương trình này còn có thể phụ thuộc vào chính những điều khoản của nó.

Như đã nói ở trên, luật cho phép thu hồi những khoản thanh toán ưu tiên được thực hiện bởi người phá sản hoặc công ty vỡ nợ trong một khoảng thời gian xác định trước ngày phá sản hoặc vỡ nợ. Nói chung, luật điều chỉnh vấn đề luật pháp này du nhập những quy định phá sản tương đương và áp dụng chúng cho các công ty. Tuy nhiên, có những phần bổ sung giải quyết những chuyển nhượng của công ty với các bên liên quan.

Thêm vào đó, được phép đối trừ trong cả thủ tục phá sản cá nhân và thủ tục vỡ nợ của công ty. Đây là một quyền luật định tại Malaysia và không thể bị



các bên từ bỏ, phủ nhận<sup>8</sup> và bị từ chối theo các thoả thuận hợp đồng. Để có thể thực hiện việc đối trừ, cần phải chứng minh tính đa phương (có nghĩa là có những khoản nợ liên quan giữa cùng các bên và họ có các khoản nợ này theo cùng một quyền và tư cách), sự tồn tại của quyền và nghĩa vụ tại thời điểm liên quan, khả năng định lượng những khoản nợ hoặc khiếu nại liên quan theo các đơn vị tiền tệ. Không có quyền về tự động đền bù giữa chủ nợ của bên phá sản và người bảo đảm cho bên phá sản.

Luật vỡ nợ của Malaysia chỉ quy định những khả năng giới hạn cho thoả thuận giữa con nợ liên quan và các chủ nợ rơi vào tình trạng phá sản hoặc vỡ nợ. Đối với công ty, việc này có thể được thực hiện bởi chương trình thoả thuận. Tuy nhiên, chế định về chương trình thoả thuận yêu cầu cần phải có sự cho phép chính thức của Toà án. Trong trường hợp phá sản hoặc vỡ nợ, thì trật tự ưu tiên được luật quy định. Nếu không có chương trình thoả thuận, thường các chủ nợ không bảo đảm thường không thể thay đổi trật tự ưu tiên giữa chính bản thân họ.

Tóm lại, luật và hệ thống Toà án Malaysia dựa trên và theo mẫu rất gần với hệ thống của Anh. Malaysia có một khung lập pháp được xây dựng tốt để thiết lập và đăng ký quyền lợi bảo đảm và thi hành các quyền lợi này. Trong phần lớn các vụ án, hệ thống luật pháp là rất hiệu quả trong việc bảo vệ quyền của chủ nợ có bảo đảm đối với những người có quyền lợi bảo đảm được thiết lập sau.

Malaysia có luật riêng về vỡ nợ công ty và vỡ nợ tư nhân điều chỉnh quyền của các chủ nợ có bảo đảm và không có bảo đảm và trật tự ưu tiên thanh toán. Luật vỡ nợ của Malaysia là toàn diện, từ chế định về đơn yêu cầu lệnh thanh toán hoặc phá sản con nợ, chỉ định nhà quản trị thứ ba, đến thu hồi tài sản và trật tự ưu tiên của chủ nợ. Tuy nhiên, điều này chưa hẳn là đúng nếu so với luật của một số nước khác như là của Úc, trong việc điều chỉnh những thoả thuận giữa người bị phá sản rơi vào tình trạng phá sản hoặc thanh toán chính thức và các chủ nợ của họ.

## **Cộng hoà nhân dân Trung Hoa<sup>9</sup>**

---

<sup>8</sup> Quy tắc của luật tuyên bố khủng chấp nhận một lời khai trở lại hay sự phủ nhận các sự kiện đó được xác định từ trước, gỡ thời độ như vậy gây ra thiệt hại cho nhiều người đó tin vào hay đó lưu tâm đến việc khai trồn.

*Nhà Xuất bản khoa học xã hội, Từ điển pháp luật Anh Việt, 1992.*

<sup>9</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chýng tui trồn thực tế về luật của Cộng hoà nhõn đồn Trung Hoa và sự ỏp dụng luật phỏp trong nhýng tỡnh huớng nhất đđnh. Coudert Brother khụng cú giấý phỏp và đủ tờiu chuẩn để hoạt đợng tại Cộng hoà nhõn đồn Trung Hoa và khụng đờa ra ý kiến luật phỏp nào về luật Cộng hoà nhõn đồn Trung Hoa.

### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Luật Bảo đảm (“Luật Bảo đảm”) của nước Cộng hoà Nhân dân Trung Hoa (PRC), luật chính điều chỉnh các quyền lợi bảo đảm của Trung Quốc, công nhận năm hình thức bảo đảm: bảo lãnh, cầm cố, thế chấp, cho vay và đặt cọc.

Nói chung, việc thiết lập nên một quyền lợi bảo đảm yêu cầu việc hai bên thực hiện một thoả thuận bảo đảm viết. Cần phải có những điều khoản xác định trong thoả thuận để thiết lập nên việc cầm cố, bảo đảm và thế chấp. Trong trường hợp cầm cố đối với hầu hết các loại tài sản, việc cầm cố chỉ có hiệu lực khi văn bản cầm cố được đăng ký tại cơ quan đăng ký thích hợp. Nếu không có cơ quan đăng ký thích hợp, thì việc cầm cố có hiệu lực khi thoả thuận cầm cố được thực hiện. Trong trường hợp thế chấp, quyền lợi bảo đảm được thiết lập qua việc trao tài sản đối tượng vào tay của bên nhận cầm cố. Nếu liên quan đến quyền sở hữu tài sản, thì phải trao cả quyền sở hữu tài sản đó. Trong nhiều trường hợp, thế chấp cũng cần phải được đăng ký.

Đối với một món vay, giống như thế chấp, bao gồm việc chiếm hữu một tài sản lưu động, chỉ phát sinh món vay khi bên vay không hoàn thành nghĩa vụ của mình theo hợp đồng có liên quan. Một đặt cọc bảo đảm sẽ có hiệu lực kể từ ngày tiền đặt cọc được nộp. Thoả thuận về những loại bảo đảm nhất định cần phải được đăng ký tại cơ quan chính phủ liên quan để việc bảo đảm có hiệu lực (nếu tài sản bảo đảm là tài sản phải đăng ký). Ví dụ, cầm cố đất đai cần phải được đăng ký tại phòng quản lý đất đai địa phương, và thế chấp cổ phiếu cần phải được đăng ký tại cơ quan đăng ký cổ phiếu. Một bảo đảm cho một thể nhân nước ngoài cần phải được đăng ký và phê chuẩn bởi Cơ quan kiểm soát trao đổi với nước ngoài quốc gia hoặc chi nhánh của nó. Thêm vào đó, thế chấp những quyền lợi của những hãng đầu tư nước ngoài phải được phê chuẩn bởi nhà đầu tư tại hãng và cơ quan phê chuẩn chính và phải được đăng ký với Cơ quan quản lý nhà nước về Công nghiệp và Thương mại thì mới có giá trị. Cũng có nhiều yêu cầu đặc biệt hoặc hạn chế khác được quy định trong Luật Bảo đảm và các luật khác có liên quan.

### ***B. Khả năng thi hành và tính hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Để thi hành một cầm cố, bên nhận cầm cố, nếu có thoả thuận của bên cầm cố, có thể tiến hành việc bán hoặc đấu giá vật cầm cố để thoả mãn khoản nợ

hoặc sở hữu vật cầm cố theo một giá trị thoả thuận. Nếu không thể thoả thuận được với bên cầm cố, bên nhận cầm cố có thể yêu cầu Toà án có thẩm quyền ra lệnh. Người cho vay không thể chi đơn thuần thực hiện việc sở hữu tài sản cầm cố để thoả mãn cho một nghĩa vụ của người vay.

Trong trường hợp thế chấp hoặc khoản vay, bên cho vay có thể thoả thuận với bên vay hoặc sở hữu tài sản thế chấp theo một giá trị thoả thuận, hoặc có thể bán tài sản và sử dụng tiền thu được để thoả mãn nghĩa vụ của bên vay. Tất cả những khiếu nại có bảo đảm và không có bảo đảm chống lại một người vay không trả nợ được sẽ được phân loại theo cơ sở cấu trúc ưu tiên trong Luật Bảo đảm (nếu người vay vỡ nợ) hoặc Luật phá sản (nếu người vay phá sản). Không có sự phân biệt giữa quyền lợi bảo đảm hoàn thành và được thi hành theo Luật phá sản của PRC.

Nói chung, luật Trung Quốc cho phép các bên của một hợp đồng chọn luật điều chỉnh hợp đồng và cơ quan giải quyết tranh chấp, từ những vấn đề liên quan đến quyền sở hữu, định đoạt, cầm cố và sử dụng bất động sản phải được xem xét theo luật của nơi có tài sản. Trong bất kỳ trường hợp nào, Toà án Trung Quốc, nơi có bất động sản, sẽ là nơi tốt nhất để khởi kiện và thi hành bản án. Một vụ án, nếu đã được Toà án Trung Quốc chấp thuận, sẽ phải kết thúc trong vòng từ 3 đến 6 tháng. Tuy nhiên, trên thực tiễn, kinh nghiệm thi hành các khiếu nại bảo đảm của Toà án tại PRC là rất giới hạn. Nếu thoả thuận bảo đảm quy định rằng trọng tài sẽ là biện pháp giải quyết tranh chấp, và nếu tranh chấp phát sinh từ thoả thuận bảo đảm, thì Hội đồng Trọng tài Kinh tế và Thương mại Quốc tế Trung Quốc tại Bắc Kinh sẽ là nơi tốt nhất để khiếu nại và thi hành quyết định liên quan đến tài sản cầm cố đặt tại Trung Quốc.

Một khiếu nại bảo đảm hoàn thành có hiệu lực chống lại bên thứ ba. Nếu có hai hoặc nhiều quyền lợi bảo đảm được thiết lập bằng một tài sản, thì quyền lợi ưu tiên dựa theo thứ tự thời gian các quyền lợi bảo đảm được hoàn thành hoặc có hiệu lực. Nếu hai hoặc nhiều quyền lợi ưu tiên cùng được hoàn thành và có hiệu lực vào cùng một thời điểm, thì cần phân phối tài sản theo tỷ lệ. Trong tất cả các trường hợp, khi mà một bảo đảm là có thể đăng ký, thì quyền lợi bảo đảm có đăng ký sẽ được ưu tiên hơn quyền lợi bảo đảm không được đăng ký. Nói chung, quyền lợi bảo đảm hoặc cầm cố sẽ được công nhận trong phá sản và các chủ nợ được quyền thi hành quyền bảo đảm của mình trong phạm vi món nợ của mình. Những quyền lợi bảo đảm này cần phải được chứng minh tại Toà án và Toà án sẽ giám sát việc bán vật tài sản bảo đảm. Những dạng bảo đảm khác như là thế chấp, đặt cọc và vay, về bản chất, là có thể được tự thực hiện.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Luật pháp phá sản của PRC bao gồm Luật phá sản Doanh nghiệp, Luật Dân sự, Luật Tố tụng Dân sự và những luật khác có liên quan. Những luật này áp dụng cho doanh nghiệp, không áp dụng cho cá nhân. Việc không có khả năng thanh toán khoản nợ đến hạn là dấu hiệu để xác định một doanh nghiệp có phải là rơi vào tình trạng vỡ nợ hay không. Khi mà một doanh nghiệp không có khả năng thanh toán các khoản nợ đến hạn, hoặc chủ nợ, hoặc chính doanh nghiệp đó có thể nộp yêu cầu phá sản. Một doanh nghiệp đầu tư nước ngoài có thể xin tự nguyện thanh toán theo các quy định áp dụng cho các doanh nghiệp đầu tư nước ngoài. Tuy nhiên, doanh nghiệp sẽ bị buộc phải phá sản nếu trong quá trình thanh toán, hội đồng thanh toán thấy rằng công ty không có khả năng thanh toán tất cả các món nợ của mình từ những nguồn hiện có.

Ngày phá sản có hiệu lực là ngày Toà án nhân dân tuyên bố doanh nghiệp phá sản. Tuy nhiên, những thủ tục tố tụng liên quan đến tài sản của con nợ và những vụ kiện khác sẽ bị đình chỉ hoặc chấm dứt kể từ ngày Toà án nhân dân chấp nhận vụ án. Các chủ nợ cần phải đăng ký khiếu nại của họ với Toà án trong vòng một tháng kể từ ngày nhận được thông báo về vụ án hoặc trong vòng ba tháng sau khi Toà án công bố việc chấp nhận vụ án của mình. Các tài sản không bảo đảm của doanh nghiệp vỡ nợ, thậm chí nằm trong tay của người khác, là có thể được phân phối cho các chủ nợ chung trong thủ tục tố tụng phá sản. Nếu con nợ chỉ huy những thực thể pháp lý khác, thì những quyền lợi của doanh nghiệp tại những thể nhân này có thể được phân phối giữa các chủ nợ. Tài sản liên quan đến các vụ kiện nhất định, ví dụ, những chuyển nhượng gian dối hoặc quyền ưu tiên được ban hành trong vòng 6 tháng trước khi Toà án chấp nhận vụ kiện phá sản, có thể được thu hồi trong thời gian được mở rộng đến 1 năm sau khi kết thúc vụ án phá sản.

Trước khi Toà án tuyên bố phá sản, công việc của con nợ được quản lý bởi con nợ dưới sự giám sát của tòa án. Khi doanh nghiệp bị tuyên bố phá sản, một tổ thanh toán phải được thành lập trong vòng mười lăm ngày từ ngày tuyên bố phá sản và các thành viên của nó (viên chức của các cơ quan quản lý và kho bạc, và những nhà chuyên môn khác) phải do Toà án chỉ định. Tổ thanh toán có quyền giữ gìn, thanh toán, định đoạt và phân phối tài sản của bên phá sản theo kế hoạch phân phối do tổ thanh toán đề xuất, được các chủ nợ chấp nhận và Toà án phê chuẩn. Tổ phá sản cũng có những quyền lực liên quan và có thể hành động nhân danh doanh nghiệp phá sản.

Các chủ nợ bảo đảm của doanh nghiệp phá sản trước hết phải được thanh toán từ nguồn là các tài sản bảo đảm hoặc từ việc bán các tài sản này. Các tài sản không dùng để bảo đảm và bất kỳ phần tài sản nào là đối tượng của một quyền lợi bảo đảm, nhưng là phần vượt quá của giá trị khiếu nại, sẽ được phân phối cho các chủ nợ không có bảo đảm. Những khiếu nại cùng hàng ưu tiên sẽ được thanh toán theo tỷ lệ nếu tài sản là không đủ để đáp ứng tất cả các khiếu nại cùng hàng. Tài sản phá sản sẽ được phân phối theo trật tự (a) chi phí thanh toán, (b) lương và chi phí bảo hiểm cho người lao động, (c) thuế và (d) khiếu nại của các chủ nợ chung. Trong quá trình tổ tụng phá sản của một doanh nghiệp nhà nước tại một số thành phố nhất định, việc chuyển nhượng quyền sử dụng đất hoặc những tài sản khác sẽ được sử dụng đầu tiên để giúp đỡ việc sắp xếp công việc cho công nhân mất việc trước khi tính đến việc phân phối các tài sản khác cho chủ nợ. Người có cổ phần thuộc hàng ưu tiên cuối cùng. Các chủ nợ có thể đối trừ bất kỳ món nợ nào họ nợ doanh nghiệp phá sản trước khi bắt đầu việc thanh toán. Luật phá sản Trung Quốc không có điều luật nào đặc biệt qua định về quyền đối trừ của các chủ nợ đối với người bảo đảm cho doanh nghiệp phá sản.

Thay vì phá sản, có thể thực hiện quá trình tổ chức lại doanh nghiệp con nợ. Một quá trình tổ chức lại theo Luật phá sản của PRC được thực hiện việc bởi con nợ và các chủ nợ tham gia vào một thoả thuận tổ chức lại, cần phải được phê chuẩn bởi ít nhất là một nửa số lượng các chủ nợ không có bảo đảm có mặt trong phiên họp các chủ nợ. Thoả thuận này sẽ có hiệu lực từ thời điểm có thông báo công khai của Toà án. Một công ty trong quá trình phá sản có thể tiếp tục hoạt động trong quá trình tổ chức lại. Tuy nhiên, một kế hoạch tổ chức lại không thể kéo dài quá hai năm. Khoảng thời gian này có thể bị rút ngắn và doanh nghiệp có thể bị tuyên bố phá sản nếu thấy rằng con nợ không tuân thủ kế hoạch tổ chức lại của mình, hoặc những điều kiện tài chính của con nợ tiếp tục xấu đi, hoặc con nợ thực hiện một hành vi bị cấm như là chuyển nhượng gian dối hoặc ưu tiên gian dối. Nếu khi hết hạn tổ chức lại, doanh nghiệp bị phá sản, thì tất cả những khiếu nại chưa được thoả mãn có thể được nộp đối với các tài sản của công ty trong quá trình thanh toán.

Một kế hoạch tổ chức lại, với điều kiện được Toà án phê chuẩn và giám sát thực hiện, phải chứa đựng những điều khoản về điều chỉnh hoặc thiết lập nên một nhóm quản lý và những hoạt động của con nợ. Luật phá sản Doanh nghiệp không đưa ra những mẫu cho kế hoạch tổ chức lại dẫn đến việc người cho vay sẽ quản lý doanh nghiệp phá sản. Hơn nữa, điều không rõ ràng là liệu người cho

vay có thể khẳng định đòi giữ quyền quản lý, và trở thành người nhận cầm cố chiếm giữ, đối với công việc kinh doanh của doanh nghiệp vỡ nợ và tài sản của nó hay không vì người cho vay không thể chiếm các tài sản cầm cố để thoả mãn cho các món nợ của mình. Tuy nhiên, nhiều thoả thuận bảo đảm quy định về khái niệm người quản thủ, mặc dù trọng tâm của những quyền có thể của người quản thủ và nghĩa vụ của họ theo luật của Trung Quốc là không rõ ràng.

Do vậy, mặc dù Luật Bảo đảm và các luật khác liên quan được xem là tiên bộ hơn luật trước đây, nó vẫn chưa đồng bộ và nó đã không giải quyết được một số hình thức bảo đảm khác có ở các nước khác. Những thiếu sót này dẫn đến một số khó khăn phát sinh khi chủ nợ tìm kiếm và thi hành quyền lợi bảo đảm. Điều này là rất phức tạp bởi vì sự đang dạng trong thực hiện và đăng ký quyền lợi bảo đảm trong toàn đất nước. Tại PRC, mặc dù số lượng vụ phá sản, đặc biệt là doanh nghiệp nhà nước, đang tăng lên, những vụ án nộp đơn theo luật pháp sản vẫn còn rất giới hạn. Những nỗ lực để công bố một Luật phá sản tổng hợp mới chưa được thành công. Trên thực tiễn, nhiều công ty con nợ, thay vì thực hiện thủ tục tố tụng phá sản hoặc tổ chức lại, lại thương lượng trực tiếp với các chủ nợ riêng rẽ bởi vì những khó khăn trong các thủ tục tố tụng này.

## **Philippines<sup>10</sup>**

Coudert Brother xin gửi lời cảm ơn đến sự giúp đỡ của Luật sư Solomon M. Hermossura, Trợ lý Giám đốc, Giám đốc, luật pháp và lưu trữ, Công ty Ayla và hãng luật SyCip Salazar Hernandez & Gatmaitan, SyCip Law- All Asian Center, 105 Paseo De Roxas, 1200 Makati, Metro Manila, Philippines, trong việc chuẩn bị phần dưới đây của báo cáo này.

### ***A. Những cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Nói chung tại Philippines, quyền lợi bảo đảm có thể được thực hiện với tất cả các loại tài sản, cả động sản và bất động sản. Những hình thức thoả thuận bảo đảm được công nhận tại Philippines là cầm cố bất động sản, thế chấp, cầm cố động sản, và cầm cố hoặc thế chấp lợi nhuận từ tài sản - một hình thức rất hiếm khi được sử dụng.

---

<sup>10</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi từ thực tế về luật của Philippines và sự ộp dụng luật phỏp trong những tỡnh huống nhất đỡnh. Coudert Brother khụng cú giấp phỏp và đủ tỡu chuẩn để hoạt động tại Phillippines và khụng đờa ra ý kiển luật phỏp nào về luật Phillippines.

Theo những điều khoản tương ứng trong Luật Dân sự của Philippines và Luật Cầm cố Động sản, chỉ có động sản có thể dùng để thế chấp hoặc cho một cầm cố động sản. Mặt khác, Luật Dân sự quy định rằng nói chung, chỉ có những bất động sản và quyền thực tế chuyển nhượng bất động sản mới có thể là đối tượng của cầm cố tài sản cố định.

Để thiết lập nên một bảo đảm có hiệu lực và có thể thi hành, các bên của thoả thuận bảo đảm cần phải bảo đảm rằng những điều kiện tiên quyết nhất định được đáp ứng. Cả cầm cố và thế chấp cần phải đáp ứng những điều kiện tiên quyết sau:

1. Chúng được xây dựng để bảo đảm việc hoàn thành những nghĩa vụ gốc;
2. Người thế chấp và người cầm cố phải có quyền sở hữu rõ ràng đối với vật thế chấp và cầm cố;
3. người nhận thế chấp và cầm cố có quyền tự do định đoạt tài sản của mình, và nếu không thực hiện điều này, thì họ cũng có quyền làm như vậy theo luật định; và
4. tài sản, đối tượng bảo đảm, có thể bị bán nếu nghĩa vụ gốc đến hạn đối với chủ nợ.

Những yêu cầu về hình thức cần thiết để hoàn thành quyền lợi bảo đảm đối với tài sản cầm cố phụ thuộc vào loại tài sản và hình thức bảo đảm mà các bên chấp thuận. Đó là những yếu tố sau:

Cầm cố bất động sản - để có hiệu lực chống lại bên thứ ba, một cầm cố bất động sản phải có dạng một tài liệu công, phải được đăng ký tại Cơ quan đăng ký giấy tờ tại nơi có tài sản, phải được ghi nhận trong phần quyền sở hữu là bất động sản bảo đảm. Tuy nhiên, nếu cầm cố không được đăng ký, nó vẫn có hiệu lực giữa các bên.

Cầm cố động sản - Để thiết lập nên một cầm cố động sản có hiệu lực, một tài liệu cầm cố động sản phải được làm bởi người cầm cố và hai nhân chứng theo mẫu quy định tại Luật số 1058. Sau khi được làm, tài liệu này phải được bên cầm cố công nhận trước một nhân viên công chứng tại nơi làm ra tài liệu, và bên cầm cố cùng với bên nhận cầm cố phải làm một lời tuyên thệ, được đính kèm theo tài liệu này. Một lời tuyên thệ về sự trung thực tuyên bố rằng cầm cố

động sản đó được làm để bảo đảm một nghĩa vụ có hiệu lực, chứ không nhằm mục đích lừa dối. Tài liệu cầm cố động sản cần phải được vào sổ tại Văn phòng Đăng ký văn bản của tỉnh nơi cư trú của người cầm cố cũng như tại Văn phòng Đăng ký văn bản nơi có tài sản. Thêm vào đó, một số tài sản cá nhân nhất định, ví dụ, xe hơi, nếu là đối tượng của một thoả thuận bảo đảm, được luật đặc biệt quy định phải được đăng ký với những cơ quan chính phủ thích hợp.

Thế chấp - Tài sản cá nhân được dùng để thế chấp phải được trao cho người nhận thế chấp chiếm giữ hoặc cho người thứ ba được chỉ định theo một thoả thuận chung, như là người nhận đặt cọc. Thêm vào đó, để ràng buộc bên thứ ba, hợp đồng thế chấp phải được biểu hiện dưới dạng một văn bản công khai, mô tả nhận dạng của vật thế chấp và ngày thế chấp. Hơn nữa, đối với cổ phần của các công ty Philippines, sẽ là cần thận nếu thoả thuận bảo đảm được chú giải tại sổ chuyên nhượng và cổ phần của công ty Philippines liên quan.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của Quyền lợi bảo đảm.***

Tại Philippines, chủ nợ có thể thi hành quyền lợi bảo đảm của mình như sau:

Cầm cố bất động sản - Khi người vay một món nợ bảo đảm bởi một cầm cố bất động sản không thanh toán món nợ, chủ nợ có thể thu giữ theo biện pháp tư pháp hoặc biện pháp ngoài Toà án đối với tài sản dựa trên bảo đảm. Việc tịch thu được thực hiện bằng việc nộp một đơn kiện tại Toà án thích hợp nơi có tài sản hoặc một phần của tài sản. Nếu Toà án thấy rằng khiếu nại là có căn cứ, Toà án sẽ ra lệnh cho bên cầm cố thanh toán món nợ đến hạn theo món nợ cầm cố hoặc nghĩa vụ cùng với lãi xuất và chi phí trong một khoảng thời gian không quá 90 ngày. Nếu bên cầm cố không thanh toán trong khoảng thời gian mà lệnh của Toà án chỉ ra, Toà án sẽ ra lệnh bán tài sản cho người đặt giá cao nhất trong một phiên bán đấu giá công cộng. Chủ nợ cũng có thể tham gia đấu thầu tại phiên đấu giá công cộng đó. Việc bán tài sản, khi được phê chuẩn bởi một lệnh của Toà án, sẽ tước bỏ quyền của tất cả các bên liên quan đến vụ việc và trao các quyền của họ vào tay người bán trừ những quyền ngoại lệ nhất định có thể có do luật định.

Mặt khác, việc thu giữ ngoài Toà án chỉ có thể thực hiện khi hợp đồng cho phép. Việc bán hàng theo chế độ tịch thu ngoài Toà án cần phải được thực hiện tại tỉnh nơi có tài sản và thông qua việc bán đấu giá công cộng. Thông báo về phiên đấu giá công cộng này cần phải được công bố bằng cách công bố những thông báo về việc bán đấu giá tại ba nơi công cộng trong hạt hoặc trong thành



phổ nơi có tài sản hoặc bằng cách đăng tải thông báo này trên các báo hàng ngày tại hạt hoặc tại thành phố. Cũng tương tự như tịch thu tư pháp, chủ nợ có thể tham gia đấu thầu tại phiên đấu giá công cộng.

**Cầm cố động sản** - Trong trường hợp cầm cố động sản, người nhận cầm cố, sau ba mươi ngày kể từ ngày bên cầm cố vi phạm nghĩa vụ, có thể bán tài sản cầm cố tại một phiên đấu giá công cộng thông qua một viên chức công. Quá trình 30 ngày là thời gian ân huệ mà bên cầm cố có thể thực hiện nghĩa vụ cầm cố của mình. Bên cầm cố phải được thông báo về việc bán, và thông báo bán cần phải được công khai hoá. Chủ nợ có bảo đảm có thể tham gia vào đấu thầu. Một cầm cố động sản cũng có thể bị tịch thu theo trình tự tư pháp như trong trường hợp cầm cố bất động sản.

**Thế chấp** - Trong trường hợp thế chấp, chủ nợ có thể tiến hành bán vật thế chấp trước một công chứng viên. Việc bán này sẽ được thực hiện tại một phiên đấu giá công cộng với thông báo cho con nợ, và nếu có thể, cho chủ của đồ bị thế chấp, tuyên bố rõ giá trị cần có mà việc bán công khai cần phải đạt được. Nếu tại phiên bán đấu giá đầu tiên không bán được vật đó, thì phiên bán đấu giá thứ hai với cùng thể thức đó sẽ phải được tiến hành; và nếu tại phiên đấu giá thứ hai, vật cũng không bán được, thì chủ nợ có thể bán vật thế chấp, và thu lại khiếu nại của mình. Chủ nợ có thể tham gia đấu thầu tại phiên đấu giá công khai nhưng đề nghị của chủ nợ sẽ không có giá trị chủ nợ là người tham dự thầu duy nhất. Nếu yêu cầu dự thầu giữa người thế chấp và người nhận thế chấp có những điều khoản ngang nhau, thì yêu cầu dự thầu của người thế chấp sẽ được ưu tiên.

Sự khác nhau cơ bản giữa cầm cố và thế chấp là việc tịch thu vật thế chấp sẽ giải phóng hoàn toàn nghĩa vụ. Bằng cách tịch thu và bán tài sản thế chấp, thay vì theo đuổi nghĩa vụ gốc, chủ nợ từ bỏ bất kỳ biện pháp đền bù nào khác, và phải tuân thủ kết quả của việc bán. Mặt khác, nếu chủ nợ theo đuổi nghĩa vụ gốc thay cho việc bán tài sản thế chấp, chủ nợ có thể thu hồi lại phần thiếu từ con nợ.

**Cầm cố/thế chấp lợi nhuận từ tài sản** - Khi con nợ không thanh toán, chủ nợ có thể nộp một đơn yêu cầu bán bất động sản là đối tượng bảo đảm. Những quy định tịch thu tài sản cầm cố sẽ áp dụng cho trường hợp này. Các bên có thể thoả thuận về thủ tục tịch thu ngoài Toà án theo cùng cách thức nếu hợp đồng cầm cố hoặc thế chấp cho phép.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Những luật cơ bản của Philippines liên quan đến thủ tục vỡ nợ là Bộ luật Dân sự, Luật Vỡ nợ (1909) và Nghị định của Tổng thống số 902-A (“PD 902-A”).(Tổ chức Hội đồng chứng khoán và cổ phiếu(“SEC”) về những Quyền lực bổ sung và đặt Cơ quan này dưới sự Giám sát hành chính của Văn phòng Tổng thống) (1976).

Luật Vỡ nợ nhằm bao trùm toàn bộ các vấn đề về vỡ nợ. Tuy nhiên, vỡ nợ chỉ được điều chỉnh bởi Luật Vỡ nợ trong giới hạn là nó không mâu thuẫn với Bộ luật Dân sự. (Điều 2237, Bộ luật Dân sự). Ngoài các vấn đề khác, sự phân chia tín dụng và ưu tiên tín dụng được điều chỉnh bởi Bộ luật Dân sự.

Đối với những tài sản đặc biệt, chỉ có thuế, phí và những món nợ thiết lập nên những món nợ đối với tài sản đó có quyền ưu tiên hơn tất cả các món nợ khác trên cùng tài sản đó. Tất cả những món nợ trên một tài sản, ngoài thuế, phí và những nghĩa vụ đối với Nhà nước, được thoả mãn theo tỷ lệ (Điều 2247 và 2249, Bộ luật Dân sự). Mặt khác, điều 2244 của Bộ luật Dân sự thiết lập nên một trật tự ưu tiên tín dụng sẽ được thoả mãn bằng những tài sản của con nợ không phải là đối tượng của một khoản nợ. Trật tự ưu tiên trong Điều 2244 được thay đổi bằng sửa đổi Luật Lao động, cho phép những khiếu nại của người lao động trong đơn vị phá sản về lương và những lợi nhuận khác chưa thanh toán hưởng quyền ưu tiên cao nhất trong tổ tụng tư pháp (Điều 110 Luật Lao động).

Theo Luật Vỡ nợ, thẩm quyền đối với những thủ tục tố tụng về ngừng thanh toán nợ, vỡ nợ tự nguyện và không tự nguyện được dành riêng cho các Tòa án thông thường. Mặt khác, điều 5 PD No. 902-A qđ định rằng SEC có thẩm quyền chính và chuyên biệt xem xét và quyết định những vụ việc liên quan đến công ty, đối tác và hiệp hội bị tuyên bố là trong tình trạng ngừng thanh toán trong những vụ việc công ty, đối tác và hiệp hội sở hữu tài sản đầy đủ để thanh toán tất cả những món nợ hiện đến hạn nhưng có thể thấy trước rằng có khả năng nó sẽ không đáp ứng được một số hoặc toàn bộ những khoản nợ sẽ đến hạn trong tương lai, hoặc trong trường hợp công ty, đối tác hoặc hiệp hội không có đủ tài sản để trang trải những nghĩa vụ của mình, nhưng đang chịu sự quản lý của Hội đồng Quản lý và Quản thủ Phục hồi được thiết lập theo PD No 902-A.

Người được ủy thác trong vỡ nợ có thể có quyền sử hữu tài sản vỡ nợ bằng cách chuyển nhượng tài sản vỡ nợ thông qua một thư ký Tòa án, và người được ủy thác đại diện cho bên vỡ nợ và các chủ nợ trong thủ tục tố tụng vỡ nợ tự

nguyên và không tự nguyện. Mặt khác, trong thủ tục tố tụng ngừng thanh toán, hội đồng quản lý hoặc người quản thủ phục hồi có quyền giữ và kiểm soát toàn bộ tài sản hiện tại và các tài sản khác của công ty đang đi xuống.

Luật Vỡ nợ không quy định quyền đối trừ nhưng công nhận sự tồn tại của nó, quy định biện pháp qua đó quyền đối trừ có thể được thi hành và xác định những trường hợp không được phép đối trừ những món nợ của bên phá sản. Bộ luật Dân sự quy định những trường hợp bồi thường luật định có hiệu lực.

## **Singapore<sup>11</sup>**

Singapore có một hệ thống luật pháp được xây dựng tốt và có hiệu quả cao, cho phép Singapore không bị ảnh hưởng bởi cuộc khủng hoảng tài chính tại các nước láng giềng và Singapore vẫn tiếp tục được xem là “thiên đường an toàn” trong khu vực tài chính và đầu tư, xét từ một số khía cạnh. Luật Singapore, dựa trên sự kết hợp giữa luật thông pháp kiểu Anh và những quy định của địa phương, quy định về một mức độ bảo vệ công bằng cho các nhà đầu tư và chủ nợ trong nước và nước ngoài. Tại Singapore, Coudert Brother đại diện cho các khách hàng địa phương và nước ngoài trong nhiều lĩnh vực tài chính và đầu tư là đối tượng của luật pháp Mỹ, Anh và các nước khác. Theo yêu cầu của những quy định về đoàn Luật sư địa phương, chúng tôi chuyển những vấn đề liên quan đến tố tụng tại Toà án Singapore và những vấn đề khác về luật pháp Singapore đến một hãng luật địa phương mà chúng tôi tin nhiệm và hiện tại, chúng tôi vẫn duy trì mối quan hệ chặt chẽ với họ. Phần tổng thuật này được chuẩn bị dựa trên cơ sở những cố vấn về luật Singapore của các Luật sư địa phương.

### ***A. Biện pháp có được quyền lợi bảo đảm***

Quyền lợi bảo đảm phát sinh từ các thoả thuận hoặc thông qua sự hoạt động của các luật tại Singapore. Cầm cố và những nghĩa vụ do một công ty ban hành thường phải được đăng ký tại Cơ quan quản lý Công ty, và cầm cố bất động sản phải được đăng ký tại Cơ quan Đăng ký Đất đai.

---

<sup>11</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi trên thực tế về luật của Singapore và sự ỏp dụng luật phỏp trong những tõnh hướng nhất định. Coudert Brother khụng cú giấỷ phỏp và đủ tầu chuẩn để hoạt động tại Singapore và khụng đứờa ra ý kiến luật phỏp nào về luật Singapore.

Nghĩa vụ có thể là cố định (bảo đảm bằng một tài sản nhất định) hoặc không cố định (bằng một loại tài sản thu nhập). Một nghĩa vụ không cố định thường được “quy đổi” thành một nghĩa vụ cố định đối với một tài sản được thực hiện bởi sự kiện không thực hiện nghĩa vụ.

Quyền lợi bảo đảm có thể có được theo một số thoả thuận không đăng ký nhất định, bao gồm thế chấp, thuê-mua, bán -cho thuê lại, duy trì quyền và đối trừ.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Thông thường, quyền lợi bảo đảm phải được biểu hiện dưới hình thức một thoả thuận có hiệu lực. Những quyền lợi bảo đảm có thể đăng ký phải được đăng ký theo những yêu cầu đăng ký đang được áp dụng. Những nghĩa vụ không được đăng ký có thể không có hiệu lực thi hành đối với các chủ nợ khác, với người quản thủ hoặc thanh toán viên.

Trật tự ưu tiên của những quyền lợi bảo đảm cạnh tranh nhau đối với cùng một tài sản cầm cố được quyết định trên bản chất của quyền lợi bảo đảm. Trật tự ưu tiên của các quyền lợi bảo đảm thường được quyết định căn cứ vào thứ tự đăng ký. Đối với những quyền lợi bảo đảm khác, những cầm cố luật định được thực hiện trung thực về giá trị mà không có những thông báo về các quyền lợi công bình có trước đó chiến thắng những quyền lợi công bình này. Trật tự ưu tiên đối với các quyền lợi công bình thường được quyết định theo trật tự thiết lập các quyền này, trừ khi người có quyền lợi công bình được thiết lập trước đã không thực hiện tất cả những bước hợp lý và cần thiết để thông báo về quyền lợi của mình.

Có thể thi hành một cách cá nhân các quyền lợi bảo đảm của mình. Chủ nợ có bảo đảm có thể thực hiện việc chiếm hữu, hoặc chỉ định người quản thủ, đối với tài sản bảo đảm. Những tài liệu bảo đảm khác thường chứa đựng những điều khoản tổng hợp về quyền của người nhận cầm cố và của người quản thủ trong những trường hợp này.

Cũng có thể thi hành quyền lợi bảo đảm với sự giúp đỡ của Toà án. Một chủ nợ có thể có được một bản án, lệnh thi hành và lệnh giữ và bán tài sản bảo đảm. Chủ nợ cũng có thể nộp đơn yêu cầu chỉ định người quản thủ để bán tài sản bảo đảm.

Người cho vay cũng có thể phải chịu trách nhiệm về những thiệt hại về quyền lợi công bình của người vay trong quá trình người vay thi hành quyền lợi bảo đảm của mình. Điều vẫn chưa rõ ràng là liệu Singapore có chấp nhận yêu cầu khiếu Anh là người cho vay phải cẩn thận đúng mức nhằm đạt được giá trị thị trường của tài sản hay không, hay chỉ có những tiêu chuẩn của luật thông pháp nhẹ nhàng hơn về tính trung thực.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Singapore có bốn phần trong một bộ luật liên quan đến vỡ nợ công ty. Một công ty không thể trả những món nợ của mình có thể tự nguyện hoặc không tự nguyện (thông qua hành động của chủ nợ) trở thành đối tượng của (i) một thoả thuận riêng về nợ có thể do Toà án ra lệnh, (ii) một người quản thủ được chỉ định bán những tài sản bảo đảm nhất định của công ty để thoả mãn những món nợ mà chúng được dùng để bảo đảm, (iii) một lệnh thực hiện thủ tục quản lý tư pháp theo đó Toà án chỉ định nhà quản lý chuyên nghiệp, người sẽ quản lý công việc của công ty để tổ chức lại, để tìm ra một thoả thuận với các chủ nợ và thực hiện việc thanh toán tài sản theo cách thức có lợi hơn trong quá trình thanh toán, hoặc (iv) lệnh giải thể theo đó một thanh toán viên sẽ được chỉ định và tài sản của con nợ sẽ được bán để đáp ứng yêu cầu của chủ nợ. Singapore cũng có một chế định luật pháp riêng về phá sản cá nhân.

Theo Luật Công ty Singapore, nhà quản lý và quản trị viên tư pháp do Toà án chỉ định sẽ quản lý tài sản và công việc kinh doanh của con nợ vỡ nợ. Các chủ nợ có bảo đảm không được phép thi hành các quyền bảo đảm của mình trong quá trình quản lý tư pháp; nhưng không có sự cấm đoán tương tự nếu thanh toán viên được chỉ định.

Trong thủ tục thanh toán, chủ nợ có bảo đảm nói chung có thể giữ và bán tài sản theo quyền bảo đảm của mình mà không cần quan tâm đến quá trình thanh toán. Việc phân phối tài sản bởi thanh toán viên cho các chủ nợ không có bảo đảm thường là theo tỷ lệ, sau khi thanh toán chi phí cho việc quản lý chuyên môn và thanh toán và những khiếu nại của người lao động, thuế nợ các cơ quan. Một quá trình phá sản không bị phản đối có thể được hoàn thành trong thời gian tương đối ngắn, khoảng 6 tháng.

Toà Phá án có thẩm quyền đối với tất cả các thủ tục vỡ nợ. Quá trình này là có hiệu quả và có thể tiếp cận được Toà án. Chủ nợ có thể được thông báo khẩn cấp về công việc của con nợ, và nhận được một kế hoạch tổ chức lại hoặc

thanh toán trong vòng 2 tháng kể từ ngày có lệnh quản lý tư pháp hoặc giải thể. Luật quy định về phiên họp của chủ nợ, sự phê chuẩn của chủ nợ về các thoả thuận và tổ chức lại và về hội đồng chủ nợ quan sát quá trình quản lý tư pháp và có quyền can thiệp ở bất kỳ giai đoạn nào. Công ty con nợ thường đưa ra những kế hoạch có khả năng thi hành và thường được giải tán trong vòng một năm kể từ ngày bắt đầu thủ tục tổ tụng.

#### ***D. Kết luận***

Luật của Singapore lên quan đến việc thi hành quyền lợi bảo đảm và thủ tục vỡ nợ giống với những luật này tại các nước theo luật thông pháp. Việc đăng ký hoặc các hình thức thông báo khác là rất quan trọng để hoàn thành phần lớn các quyền lợi bảo đảm.

Việc thi hành những luật này bởi các Toà án Singapore được xem là có hiệu quả và thống nhất, và có sự đối xử công bằng trước luật pháp với các chủ nợ trong nước và nước ngoài.

#### **Hàn Quốc<sup>12</sup>**

Coudert Brother xin cảm ơn sự giúp đỡ của hãng luật Aram International, tầng 6, Toà nhà Deajung, 51-7, Banpo-Dong, Seocho-Ku, Seoul, 137-040, Hàn Quốc, trong việc chuẩn bị phần dưới đây của báo cáo này.

#### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Nói chung, Bộ luật Dân sự Hàn Quốc (“KCC”) thiết lập nên ba loại quyền lợi bảo đảm đối với một số loại tài sản xác định: (a) món nợ quyền sở hữu - khi mà chủ nợ chiếm hữu hàng hoá hoặc cổ phần của con nợ liên quan đến khiếu nại của mình, và chủ nợ sẽ duy trì quyền chiếm hữu này cho đến khi khiếu nại của mình được thanh toán; (b) thế chấp - khi mà chủ nợ giữ động sản hoặc cổ phiếu tín dụng của con nợ hoặc của bên thứ ba, có thể được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ khác từ tài sản thế chấp; và (c) cầm cố - khi mà chủ nợ, không giữ bất động sản cầm cố của con nợ hoặc của bên thứ ba, có thể được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ khác từ tài sản cầm cố.

---

<sup>12</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi trên thực tế về luật của Hàn Quốc và sự ộp dụng luật phỏp trong những tỡnh huống nhất định. Coudert Brother khụng cú giấỷ phỏp và đủ tỡu chuẩn để hoặc động tại Hàn Quốc và khụng đứờa ra ý kiến luật phỏp nào về luật Hàn Quốc .

Hơn nữa, hai dạng quyền lợi bảo đảm khác tồn tại theo những luật nhất định. Thứ nhất, bảo đảm bằng đăng ký luật định - một quyền theo Luật Bảo đảm bằng Đăng ký Luật định, khi mà chủ nợ chiếm hữu những quyền luật định của một bất động sản của con nợ hoặc của bên thứ ba và chủ nợ này có thể có được quyền sở hữu nếu con nợ không thanh toán được. Trong những trường hợp này, chủ nợ phải thanh toán lại phần chênh lệch giữa món nợ và giá trị của tài sản bảo đảm. Thứ hai, cầm cố nhà máy - một quyền theo Luật Cầm cố Nhà máy khi mà chủ nợ có thể có được cầm cố một phần của nhà máy của con nợ hoặc của bên thứ ba như là một tài sản bảo đảm, có thể được ưu tiên thanh toán so với các chủ nợ khác từ phần tĩa sản của nhà máy đó.

Những tiền lệ pháp của Toà án tối cao cho phép chuyển giao nhằm mục đích bảo đảm. Những chuyển giao này thường được sử dụng bởi công chúng vì chúng rất tiện lợi.

### ***B. Khả năng thi hành và Hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Nói chung, để quyền lợi bảo đảm có hiệu lực, cần phải có một thoả thuận giữa các bên và đăng ký tại cơ quan đăng ký công. Trong trường hợp cầm cố, bao gồm bảo đảm bằng đăng ký luật định và cầm cố nhà máy, cần phải có đăng ký tại cơ quan đăng ký công. Ngược lại, một món nợ hứa hẹn không cần phải được đăng ký, nhưng chủ nợ phải chiếm hữu hàng hoá hoặc cổ phần để có được món nợ đó. Tương tự, một thẻ chấp không cần phải đăng ký, nhưng chủ nợ phải chiếm hữu động sản hoặc cổ phiếu tín dụng để có được một món vay có hiệu lực. Thêm vào đó, chuyển giao nhằm mục đích bảo đảm được thiết lập bởi một thoả thuận về chuyển giao quyền sở hữu.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Phá sản, Cam kết và Tổ chức lại. Khi một con nợ cá nhân hoặc công ty lâm vào tình trạng vỡ nợ, có ba luật riêng biệt để giải quyết vấn đề này. Luật phá sản nhằm để định đoạt, hoặc phân chia công bằng, tài sản của con nợ cho các chủ nợ của nó nhằm mục đích thanh toán. Luật Cam kết nhằm xây dựng lại con nợ bằng cách sửa đổi các điều khoản và thời hạn thanh toán, và làm giảm các nghĩa vụ thanh toán thông qua việc thoả thuận giữa các chủ nợ và con nợ. Luật Tổ chức lại Công ty nhằm và việc phục hồi và tổ chức lại một công ty con nợ bằng kế hoạch tổ chức lại cho phép con nợ trả nợ trên cơ sở dài hạn và giảm

những món nợ của mình dưới sự giám sát của Toà Phá sản và người được uỷ thác.

Trong thủ tục tổ tụng phá sản, một người được uỷ thác được chỉ định bởi Toà phá sản sau khi tuyên bố phá sản sẽ quản lý con nợ và tài sản của nó. Trong thủ tục tổ tụng cam kết, các nhân viên hiện tại của công ty con nợ duy trì quyền quản lý công ty vỡ nợ và công ty tiếp tục duy trì quyền tự chủ. Tuy nhiên, một quản lý viên tạm thời hoặc một người được uỷ thác có thể được chỉ định bởi Toà án để giám sát hoạt động của con nợ. Trong thủ tục tổ chức lại, các nhân viên của công ty con nợ cơ bản mất quyền quản lý công ty. Trong thủ tục tổ tụng này, một quản lý viên tạm thời sẽ được chỉ định bởi Toà án sau khi có lệnh bảo quản tài sản của con nợ. Sau khi bắt đầu thủ tục tổ chức lại, một người được uỷ thác được Toà án chỉ định sẽ quản lý con nợ dưới sự giám sát của Toà án.

Trong thủ tục tổ tụng phá sản hoặc cam kết, chủ nợ có bảo đảm có thể tự do bán bất kỳ tài sản bảo đảm nào bất kể thủ tục có bị hoãn hay không. Trong thủ tục tổ chức lại, không có sự khác biệt đáng kể giữa chủ nợ không có bảo đảm, chủ nợ có bảo đảm và người có quyền lợi về vốn - người có thể được coi là chủ của tín dụng tổ chức lại. Trong trường hợp có sự vô trách nhiệm đáng kể của người có quyền lợi công bình của con nợ phá sản, thì Toà án có thể làm giảm đáng kể quyền lợi công bình đó. Nếu có “Tín dụng Đặc quyền”, thường được thiết lập sau khi bắt đầu thủ tục tổ tụng tổ chức lại hoặc bằng cách người được uỷ thác cho phép một hợp đồng có hiệu lực song phương, nó có thể được trả ngay lập tức trên cơ sở ưu tiên bất kể bất kỳ kế hoạch tổ chức lại nào.

Trong bất kỳ thủ tục tổ tụng nào, một chủ nợ có thể tự do đối trừ những nghĩa vụ đa phương giữa mình và con nợ phát sinh trước khi tuyên bố phá sản.

Tóm lại, Luật phá sản của Hàn Quốc được sửa đổi quan trọng ngày 14 tháng 2 năm 1998. Những sửa đổi này chủ yếu tập trung vào việc rút ngắn những thời hạn trong thủ tục tổ tụng, thiết lập nên những tiêu chuẩn quản lý công ty phá sản để nó có thể tổ chức lại nhanh chóng và kịp thời, và tăng cường quyền và địa vị của chủ nợ. Những sửa đổi này sẽ làm cho hệ thống Luật phá sản Hàn Quốc hiệu quả hơn. Như là hậu quả của cuộc khủng hoảng tài chính hiện tại, nhiều công ty đang được tổ chức lại. Hy vọng rằng hệ thống phá sản sẽ đóng một vai trò chủ yếu ở lĩnh vực này trong tương lai.

Cuối cùng, nhiều giới hạn đã có từ lâu về quyền sở hữu nước ngoài đang được xoá bỏ dần dần như là kết quả của việc ký kết với OECD và của tình trạng



kinh tế hiện tại. Như là một kết quả của việc thi hành Luật sở hữu đất của người nước ngoài sửa đổi, ngày 1 tháng 7 năm 1998, việc người nước ngoài có được bất động sản ở Hàn Quốc, bất kể có vì mục đích kinh doanh hay không, trở nên dễ dàng hơn. Theo luật này, thủ tục mua đất thay đổi từ việc phải xin phép sang chỉ đơn thuần báo cáo việc mua cho cơ quan có thẩm quyền. Các thể nhân nước ngoài chỉ cần báo cáo về chuyển nhượng với thị trường vùng có tài sản sau khi hoàn tất hợp đồng.

Trong trường hợp sở hữu chứng khoán, thể nhân nước ngoài được tự do mua chứng khoán không có bất kỳ giới hạn nào từ sau ngày 25 tháng 5, 1998 theo Luật Chứng khoán mới. Đối với những công ty công như là POSCO, giới hạn đầu tư nước ngoài giảm từ 25 xuống 30 % tổng số cổ phiếu, và từ 1-3% trên đầu người.

## **Thái Lan**

### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Để có quyền lợi bảo đảm đối với bất động sản, thoả thuận cầm cố phải được đăng ký tại Cơ quan Đất đai thuộc thẩm quyền của Cục đất đai, Bộ Công việc nội vụ.

Một quyền lợi bảo đảm đối với động sản được thực hiện dưới hình thức thế chấp. Cần phải có một thoả thuận thế chấp theo yêu cầu của luật. Thoả thuận thế chấp sẽ có hiệu lực khi mà bên nhận thế chấp tiếp tục chiếm hữu tài sản thế chấp. Có những yêu cầu luật định bổ sung trong việc thế chấp quyền được biểu hiện bằng văn bản viết, như là vận đơn, hoá đơn đòi tiền, chứng nhận cổ phiếu và trái phiếu, những thế chấp cần phải có sự thông báo viết về thế chấp cho các con nợ của tài liệu đó. Đối với những tài liệu được ban hành theo lệnh cho người phải thanh toán, phải có sự xác nhận cầm cố trên tài liệu; nếu không, thế chấp này có thể không được thi hành chống lại bên thứ ba. Đối với người không giữ văn kiện không được chuyển giao thông qua quá trình xác nhận, cần phải có số liệu của thế chấp trong văn kiện và thông báo về thế chấp cho các con nợ theo văn kiện và như vậy thế chấp có thể được thi hành chống lại bên thứ ba. Đối với cầm cố trái phiếu hoặc đối với người không giữ chứng chỉ cổ phiếu, cần phải có số liệu về cầm cố trong sổ đăng ký cổ phiếu của công ty có liên quan.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Trước khi thi hành một cầm cố, người nhận cầm cố phải thông báo cho con nợ trả tiền trong một thời hạn thích hợp. Nếu con nợ không thanh toán trong thời hạn hợp lý đó, bên nhận cầm cố có thể khởi kiện tại Toà án để thu giữ tài sản cầm cố để đấu giá công khai. Nếu con nợ không trả lãi xuất trong năm năm, và Toà án thấy rằng giá trị tài sản thế chấp lớn hơn số tiền nợ và có những người nhận cầm cố khác hoặc có những quyền ưu tiên khác gắn liền với tài sản cầm cố, bên nhận cầm cố có thể yêu cầu Toà án ra lệnh chuyển quyền sở hữu của tài sản cầm cố sang người nhận cầm cố. Nói chung, bên nhận cầm cố có khiếu nại cao nhất đối với tài sản cầm cố và có thể thu lại được số tiền nợ của mình từ số tiền thu được do bán đấu giá tài sản, nếu được phép làm như vậy trong thoả thuận cầm cố.

Trước khi thi hành một thế chấp, bên nhận thế chấp phải thông báo cho con nợ thanh toán tiền trong một khoảng thời gian hợp lý. Nếu con nợ không thanh toán trong khoảng thời gian quy định đó, bên nhận cầm cố có thể thực hiện việc đấu giá tài sản thế chấp mà không cần khởi kiện tại Toà án. Người thế chấp và người nhận thế chấp không được thoả thuận, trước khi món nợ đến hạn, rằng nếu không thanh toán nợ, người thế chấp sẽ trở thành chủ sở hữu của tài sản thế chấp. Nói chung, bên nhận thế chấp có khiếu nại cao nhất đối với tài sản thế chấp và có thể thu lại được món nợ của mình từ tiền thu được do bán tài sản thế chấp, nếu được phép làm như vậy trong thoả thuận thế chấp.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Luật tổ chức lại của Thái Lan nhằm giúp các công ty con nợ, hiện đang tạm thời phải đối mặt với việc thiếu tính thanh khoản, có được trợ giúp tài chính và xây dựng một kế hoạch tổ chức lại. Theo Luật phá sản cũ, chủ nợ cung cấp trợ giúp tài chính cho các con nợ vỡ nợ không thể được chia tài sản của con nợ nếu con nợ phá sản. Hậu quả là các tổ chức tài chính từ chối cung cấp trợ giúp tài chính cho các con nợ tạm thời đối mặt với việc thiếu tính thanh khoản, và rõ ràng con nợ sẽ bị phá sản mặc dù họ có thể được tổ chức lại một cách thành công. Sửa đổi luật cho phép các tổ chức tài chính giúp đỡ những con nợ thiếu tính thanh khoản được chia phần trong thanh toán nợ nếu con nợ bị phá sản.

Hơn nữa, Toà án và người quản thủ chính thức duy trì quyền quản lý con nợ trong quá trình tổ tụng, và chủ nợ phải được thanh toán đầy đủ trước khi phân phối tài sản cho cổ đông trừ khi kế hoạch tổ chức lại quy định khác. Thêm vào đó, được quyền đối trừ khi khiếu nại của chủ nợ đối với bên phá sản phát sinh sau khi tài sản của con nợ được đặt dưới quyền quản lý của người quản thủ.

Tóm lại, luật tổ chức lại mới sẽ được tăng cường nếu kế hoạch phục hồi do con nợ và chủ nợ cùng nhau đưa ra không thể bị Toà án từ chối. Điều này sẽ tạo điều kiện thuận lợi cho quá trình tổ chức lại kinh doanh và là cần thiết thúc đẩy nền kinh tế. Hơn nữa, có nhu cầu cần có nhiều động lực hơn nữa để thu hút đầu tư nước ngoài mới để phục hồi kinh tế.

### **Việt Nam<sup>13</sup>**

Coudert Brother xin cảm ơn sự giúp đỡ của hãng luật Vietbid, Trung Tâm Tư vấn Đầu tư và Công nghệ, 138A Giảng Võ, Hà Nội, Việt Nam trong việc chuẩn bị phần dưới đây của báo cáo.

#### ***A. Cách thức có được quyền lợi bảo đảm***

Hệ thống thiết lập và thi hành quyền lợi bảo đảm của Việt Nam là chưa hoàn chỉnh, và có thể được giải thích theo nhiều cách khác nhau. Cần phải nhấn mạnh rằng người cho vay ngoại quốc chỉ có được hình thức quyền lợi bảo đảm rất giới hạn dành cho họ theo luật Việt Nam. Những hình thức quyền lợi bảo đảm sau đây là được phép ở Việt Nam: (a) cầm cố hoặc thế chấp tài sản, (b) đặt cọc bảo đảm thực hiện, (c) đặt cọc bảo đảm, (d) đặt cọc với người thứ ba và (e) bảo lãnh.

Tại Việt Nam, quyền sở hữu đất tư nhân không được công nhận. Theo Hiến pháp Việt Nam, đất đai thuộc quyền sở hữu của “nhân dân” và cá nhân và thể nhân chỉ có thể có quyền sử dụng đất dưới dạng được chia hoặc thuê. Người nước ngoài được quyền thuê đất, với thời hạn lưu cư của họ bằng thời hạn của giấy phép đầu tư. Quyền sử dụng đất, tuy nhiên, không sử dụng được làm bảo đảm đối với các ngân hàng nước ngoài và có sự hoài nghi thậm chí dưới dạng liệu có thể thực hiện một quyền lợi bảo đảm đối với nhà cửa trên một mảnh đất nhất định hay không.

Đối với các ngân hàng nước ngoài, nếu không có mặt tại Việt Nam, biện pháp có được quyền lợi bảo đảm rõ ràng nhất chỉ là một tài khoản đặt ở nước ngoài, và một tài khoản do người thứ ba trong nước giữ, hoặc có bảo đảm từ một ngân hàng của Việt Nam. Những dạng bảo đảm khác, như là chuyển giao có điều kiện quyền lợi của chủ sở hữu, dường như có vấn đề. Một ngân hàng liên doanh, hoặc một chi nhánh ngân hàng nước ngoài có khả năng có được mỗi loại

---

<sup>13</sup> Phần tóm tắt dưới đây dựa vào những hiểu biết của chúng tôi từ thực tế về luật của Việt Nam và sự ỏ dụng luật pháp trong những tôn hướng nhất định. Coudert Brother khụng cú giấy phép và đủ tờiu chuẩn để hoạt động tại Việt Nam và khụng đưa ra ý kiến luật pháp nào về luật Việt Nam .

trong các loại quyền lợi bảo đảm này và có thể, mặc dù vẫn còn chưa rõ ràng, thực hiện quyền lợi bảo đảm bằng nhà cửa.

### ***B. Khả năng thi hành và hiệu lực của quyền lợi bảo đảm***

Tất cả các hợp đồng cầm cố tại Việt Nam phải được công chứng. Cần phải đăng ký cầm cố đối với một số loại tài sản nhất định (như là quyền sử dụng đất, nhà cửa, phương tiện giao thông). Việc đăng ký được thực hiện tại cơ quan của chính phủ nơi mà quyền sở hữu tài sản cầm cố được đăng ký (ví dụ, cầm cố nhà cửa được đăng ký tại Sở Địa chính địa phương).

Khi việc không thanh toán một món vay có bảo đảm xảy ra, việc bán đấu giá tài sản cầm cố là giải pháp luật Việt Nam cho phép để thi hành quyền lợi có bảo đảm. Tuy nhiên, lưu ý rằng sự đồng ý của người cầm cố về nguyên tắc là cần thiết cho việc bán đấu giá (một trở ngại rõ ràng đối với việc thi hành bất kỳ quyền lợi bảo đảm nào mặc dù Toà án hiện nay đang biểu hiện mong muốn can thiệp).

Tại Việt Nam, tranh chấp hợp đồng có thể được giải quyết hoặc bởi Toà án “dân sự” hoặc “kinh tế”, phụ thuộc vào bản chất của hợp đồng liên quan và các bên của hợp đồng. Hợp đồng kinh tế có thể được giao kết bởi hai “pháp nhân”, hoặc giữa pháp nhân với cá nhân có đăng ký kinh doanh. Trên thực tiễn, những chuyển nhượng thương mại như là thoả thuận vay được xem là hợp đồng kinh tế. Thủ tục tố tụng tại toà kinh tế thường là nhanh hơn đáng kể so với tại toà dân sự.

Về bản án nước ngoài, một lệnh của Toà án Anh hoặc Mỹ có thể được thi hành tại Việt Nam nếu nó được Toà án Việt Nam công nhận. Tuy nhiên, hiện tại việc công nhận này rất hiếm hoi. Toà án Việt Nam sẽ chỉ công nhận bản án nước ngoài từ: (a) Toà án của những nước mà Việt Nam đã ký những hiệp ước song phương về công nhận và thi hành bản án đa phương (những nước này cho đến nay có rất ít) hoặc của nước là thành viên của một công ước quốc tế mà Việt Nam đã ký kết liên quan đến công nhận và thi hành quyết định của Toà án nước ngoài (Việt Nam chưa ký kết những công ước này với cả Anh và Mỹ); và (b) những quyết định cần phải được công nhận bởi luật Việt Nam (ý nghĩa của điều này vẫn chưa rõ ràng).

Do vậy, có lẽ tốt hơn nếu có được lệnh thi hành sơ thẩm tại một toà Việt Nam chứ không phải là có được lệnh này tại Toà án Anh, Mỹ hoặc Hồng Kông. Cần lưu ý rằng Việt Nam là thành viên của Công ước New York về Công nhận và Thi hành Quyết định Trọng tài Nước ngoài.

Theo luật Việt Nam, việc lựa chọn luật nước ngoài cho hợp đồng là có thể chấp nhận trừ khi: (a) hợp đồng được ký và thực hiện toàn bộ tại Việt Nam, và (b) hợp đồng liên quan đến bất động sản tại Việt Nam. Thêm vào đó, khuynh hướng chung của Thẩm phán Việt Nam là áp dụng luật và thủ tục tố tụng Việt Nam đối với tất cả mọi vấn đề, bất kể điều khoản chọn luật nước ngoài, cần phải được tính đến.

### ***C. Luật phá sản/vỡ nợ***

Quốc hội Việt Nam thông qua Luật phá sản doanh nghiệp năm 1993 và thông qua nghị định hướng dẫn năm 1994, cũng như giải quyết vấn đề này trong nội dung của luật đầu tư nước ngoài của mình. Luật phá sản Việt Nam có hiệu lực toàn quốc và chỉ áp dụng cho pháp nhân (nghĩa là tư nhân không được tuyên bố phá sản).

Những tình trạng vỡ nợ sau đây được xem xét là phá sản: khi một doanh nghiệp chịu lỗ trong kinh doanh trong hai năm liên tiếp, hoặc trong toàn bộ thời gian hoạt động của mình nếu nó hoạt động dưới hai năm, trong phạm vi là nó không thể thanh toán (a) các món nợ đến hạn và (b) trả đủ lương cho người lao động trong ba tháng liên tiếp. Thêm vào đó, doanh nghiệp phải trải qua một số bước nhất định nhằm xác định địa vị mất khả năng thanh toán nợ đến hạn của mình trước đây trước khi nó được xem là rơi vào tình trạng phá sản.

Khi đã có quyết định thụ lý đơn yêu cầu tuyên bố phá sản (tỉnh/thành phố, nghĩa là Toà án kinh tế địa phương có thẩm quyền giải quyết việc này), đại diện theo luật được yêu cầu chuẩn bị một kế hoạch tổ chức lại kinh doanh. Nếu được phê chuẩn bởi hơn một nửa chủ nợ đại diện cho ít nhất hai phần ba giá trị của các chủ nợ không có bảo đảm, thì thủ tục tố tụng phá sản sẽ được tạm đình chỉ. Thời hạn cho công ty tổ chức lại hoạt động của mình sẽ được quyết định trong phiên họp chủ nợ, nhưng không được quá 2 năm kể từ ngày họp mà tại đó đề xuất được phê chuẩn.

Khi bắt đầu quá trình xét xử phá sản, một hội đồng người được uỷ thác [Tổ quản lý tài sản] sẽ được chỉ định với quyền hạn giám sát và điều tra việc quản lý tài sản của doanh nghiệp. Khi cần thiết, hội đồng người được uỷ thác có thể yêu cầu Thẩm phán áp dụng các biện pháp khẩn cấp tạm thời để bảo vệ tài sản của doanh nghiệp.

Theo quyết định tuyên bố phá sản của Thẩm phán, hội đồng thanh toán tài sản [Tổ thanh toán tài sản] sẽ được thành lập. Hội đồng này có quyền quản lý tất cả tài sản của doanh nghiệp và bán đấu giá tài sản đó để thoả mãn các khoản nợ của doanh nghiệp.

Trật tự phân phối khoản thanh toán của một con nợ tại Việt Nam yêu cầu rằng món nợ của tất cả các chủ nợ của bên phá sản phải được thoả mãn trước khi người chủ hoặc người có tài sản trong doanh nghiệp được nhận phần. Vấn đề ưu tiên giữa các món nợ không có bảo đảm không được giải quyết tại Việt Nam; tuy nhiên, như một Thẩm phán Việt Nam giải thích, các món nợ không bảo đảm xếp cùng hạng (chia theo tỉ lệ).

Luật Việt Nam không đưa ra vấn đề đối trừ.

Tóm lại, những luật này vẫn còn đang phát triển tại Việt Nam và chúng vẫn chưa được thử thách nhiều. Luật và các quy định được ban hành cho đến nay thì không phức tạp và ít rắc rối hơn luật của nhiều nước khác. Ví dụ, việc không có luật với những điều khoản đặc biệt liên quan đến những chuyển nhượng có thể bị từ chối có thể gây ra những khó khăn đáng kể cho các chủ nợ. Kinh nghiệm của chúng tôi cho thấy những vấn đề xảy ra trong quá trình thanh toán/tổ chức lại tại Việt Nam mang tính thực tiễn nhiều hơn là về bản chất luật pháp.

## **KẾT LUẬN**

Như vậy, mặc dù mỗi nước được nói trong Bản sơ lược này có luật hoặc những nguyên tắc luật pháp chung liên quan đến việc thiết lập và thi hành quyền lợi bảo đảm và Luật phá sản/vỡ nợ, nhiều luật cho đến nay vẫn chưa được thử thách và đang được sửa đổi để bù đắp lại rất nhiều thiếu sót chưa được biết đến cho đến tận thời điểm hoàng kim của châu Á.

Luật của Úc, Hongkong và Malaysia có một nền tảng luật thông pháp kiểu Anh mạnh mẽ, và do vậy không đáng ngạc nhiên là chế định vỡ nợ và tổ chức lại của những nước này có cùng cách thức tiếp cận. Trọng tâm của những nước này là đặt ra những nguyên tắc chung điều chỉnh việc thực hiện, thi hành và thanh toán quyền lợi bảo đảm, bảo vệ tài sản và bảo đảm sự đối xử công bằng giữa các chủ nợ. Những nguyên tắc chung này được phát triển và giải thích thông qua các quyết định của Toà án. Những nguyên tắc chung và những quyết

định của Toà án tại những nước này cùng với nhau đem lại một cách thức tiếp cận tổng hợp nhưng mềm dẻo đối với vỡ nợ và tổ chức lại.

Ngược lại, Indonesia, Nhật Bản, Hàn Quốc, Trung Quốc, Thái Lan và Việt Nam có một truyền thống luật dân sự cơ bản khi mà cách thức tiếp cận chung thường là một bộ luật chung được giúp đỡ bởi tất cả những văn bản dưới luật kèm theo quy định rất chi tiết những quy định phải tuân thủ và để lại những lĩnh vực rất nhỏ để Toà án giải thích và phát triển luật. Tuy nhiên, một lần nữa, trọng tâm vẫn là bảo đảm sự đối xử công bằng với các chủ nợ. Hơn nữa, có những tương đồng lớn trong cấu trúc vỡ nợ và tổ chức lại của Nhật Bản và Hàn Quốc vì luật Hàn Quốc theo hình mẫu rất giống với luật của Nhật Bản.

Thêm vào đó, kinh nghiệm xã hội chủ nghĩa của Trung Quốc và Việt Nam cũng có thể thấy được trong chế định vỡ nợ và tổ chức lại của những nước này, khi mà quyền và lợi ích của Quốc gia và của người lao động có lẽ nhận được sự ưu tiên cao trong các tình huống vỡ nợ và tổ chức lại. Cuối cùng, kinh nghiệm về thời kỳ thuộc địa của Úc, Hongkong, Indonesia, Malaysia và Việt Nam là tương đối rõ ràng trong sự tương đồng giữa cách thức tiếp cận giải quyết vỡ nợ và tổ chức lại tồn tại trong luật của chính phủ nước đô hộ trước đây.

Tóm lại, với viễn cảnh của sự phát triển kinh tế mạnh mẽ trong tương lai của vùng Châu Á-Thái Bình Dương, những cải tổ phát sinh từ cuộc khủng hoảng tài chính hiện tại, và cơ hội của khu vực học tập từ kinh nghiệm của các nước khác và tránh được những sai lầm của các nền kinh tế phát triển khác, thì khu vực sẽ có thể có được một thời kỳ thịnh vượng tiếp theo. Với những người có kế hoạch cẩn thận và có thể có được lời khuyên từ bên trong, như ngôn ngữ của Trung Quốc - nguy hiểm và cơ hội [trong cái rủi có cái may]- có thể đem lại những cơ hội lợi nhuận.

*(Trích Coudert Brother, Sơ lược về chế định vỡ nợ và tổ chức lại tại châu Á - Thái Bình Dương, 1998)*

*Người dịch: Hải Phong*

## KHÁI QUÁT VỀ THỦ TỤC TỔ TỤNG PHÁ SẢN TẠI NHẬT BẢN

*Trong quá trình chuẩn bị dự án Luật phá sản (sửa đổi), Tòa án nhân dân tối cao đã tiến hành một số cuộc hội thảo, trao đổi kinh nghiệm với các chuyên gia nước ngoài về thực tiễn giải quyết phá sản trên thế giới cũng như những quy định về thủ tục tổ tụng phá sản của một số nước ngoài. Một số tham luận trong quá trình hội thảo đã được chúng tôi biên tập và giới thiệu trong tờ thông tin Khoa học xét xử số 4/2002. Để tiếp tục thông tin đến bạn đọc về những kinh nghiệm giải quyết phá sản trên thế giới, chúng tôi xin trân trọng giới thiệu một số tham luận của các chuyên gia Nhật Bản trình bày tại cuộc hội thảo do Tòa án nhân dân tối cao phối hợp với Văn phòng JICA tại Việt Nam tổ chức từ ngày 9-10-2001 đến ngày 12-10-2001.*

## **Ban biên tập Thông tin khoa học xét xử**

### **A. CÁC HỆ THỐNG PHÁ SẢN [VỠ NỢ] NHẬT BẢN - TỔNG THUẬT**

**Giáo sư Yasuhei Taniguchi  
Cố vấn Matsuo & Kosugi**

**1. Trọng tâm chủ đề:** Trong bài này, phá sản có nghĩa là tất cả các thủ tục tổ tụng tư pháp được thiết kế để giải quyết tình trạng khó khăn tài chính của một thực thể kinh doanh, hoặc bằng cách thanh toán tài sản của nó, hoặc bằng cách tổ chức lại công việc kinh doanh, hoặc cấu trúc lại tài chính của nó. Bài viết này không đề cập đến phá sản của cá nhân.

**2. Những dạng và biện pháp cơ bản:** Có hai dạng thủ tục tổ tụng phá sản cơ bản, đó là dạng thủ tục thanh toán và dạng thủ tục phục hồi. Trong dạng thanh toán, việc kinh doanh bị chấm dứt và toàn bộ tài sản kinh doanh bị bán và tiền thu được được phân phối cho các chủ nợ. Trong dạng phục hồi, công việc kinh doanh được tiếp tục dưới hình thức này hoặc hình thức khác, và doanh nghiệp được tổ chức lại về mặt tài chính, thường là bằng cách đạt được sự nhượng bộ từ các chủ nợ. Chắc chắn rằng quy mô hoạt động của doanh nghiệp được phục hồi sẽ nhỏ hơn trước đây.

Cách thức đạt được việc thanh toán hoặc phục hồi cũng khác nhau. Cách thức thông thường của phục hồi là một dạng thoả thuận giữa con nợ và các chủ nợ. Có thể đạt được thoả thuận này giữa con nợ và từng chủ nợ, nhưng thông thường, theo luật áp dụng, một thoả thuận ràng buộc có thể đạt được tập thể thông qua đa số phiếu của chủ nợ. Tuy nhiên, trong những trường hợp đặc biệt, biện pháp này cũng được sử dụng cho việc thanh toán. Trong quá trình thanh



toán và quá trình phục hồi, không chỉ định hoặc có thể chỉ định quản trị viên quản lý tài sản phá sản và/hoặc công việc kinh doanh. Có thể là con nợ được phép tiếp tục kinh doanh trong khi cố gắng phục hồi doanh nghiệp dưới sự giám sát của Toà án (còn gọi là DIP - con nợ có quyền chiếm hữu).

**3. Khung thời gian và những bước cần thiết:** Quá trình càng được bắt đầu muộn thì chúng càng ít cơ hội thành công, cho dù đó là thanh toán hay phục hồi. Trong thanh toán, chủ nợ sẽ được chia ít hơn hoặc không được chia gì cả. Việc phục hồi chỉ có thể thành công khi thủ tục này được bắt đầu đủ sớm như vậy, một số lượng tài sản đầy đủ vẫn còn lại tại đơn vị doanh nghiệp phá sản.

Những bước cơ bản chung trong cả hai thủ tục thanh toán và phục hồi bao gồm:

- (1) *Tuyên bố bắt đầu thủ tục tố tụng;*
- (2) *Những biện pháp [khẩn cấp] tạm thời được tiến hành trước khi có tuyên bố nếu thấy cần thiết;*
- (3) *Đánh giá các chủ nợ và khiếu nại của họ;*
- (4) *Xác định phạm vi tài sản hiện có;*

*Những bước tiếp theo trong thủ tục thanh toán là:*

- (5) *Bán tài sản (hoặc thu hồi nợ,...) và*
- (6) *Phân phối phần được chia cho các chủ nợ theo trật tự ưu tiên.*

Đối với thủ tục phục hồi, thay vì những bước trên đây, các bước tiếp theo là:

- (7) *Lập kế hoạch phục hồi;*
- (8) *Các bên liên quan phê chuẩn kế hoạch (chủ nợ...) và;*
- (9) *Thi hành kế hoạch được phê chuẩn, thường là với khả năng;*
- (10) *Kết thúc bởi kế hoạch thanh toán do thất bại trong việc phục hồi.*

Những bước này biểu hiện cho cấu trúc cơ bản trong việc thụ lý việc vỡ nợ của một thực thể kinh doanh. Việc xây dựng một hệ thống bao gồm nhiều biện pháp khác nhau hoặc có sự kết hợp các biện pháp này hoàn toàn phụ thuộc vào các nhà lập pháp. Trong phần dưới đây, tôi sẽ giới thiệu về sự lựa chọn của Nhật Bản để các bạn tham khảo.

**4. Luật cơ bản nhất trong lĩnh vực này của Nhật Bản là Luật phá sản năm 1922 quy định về quá trình thanh toán trực tiếp. Nhưng Luật này cũng quy định về một biện pháp phục hồi gọi là thủ tục cam kết được coi là một phần của thủ**

tục tố tụng phá sản. Đồng thời, Luật cam kết cũng được công bố riêng rẽ để xây dựng lên một cơ cấu phục hồi gọi là thủ tục cam kết. Luật pháp sau đó bổ sung thêm vào những thủ tục này thủ tục sắp xếp công ty và thanh toán đặc biệt - cả hai thủ tục này chỉ áp dụng cho công ty cổ phần, bằng cách sửa đổi Luật thương mại năm 1938. Năm 1952, Luật tổ chức lại Công ty được ban hành để giải quyết sự thất bại của những công ty cổ phần lớn. Gần đây nhất, Luật phục hồi dân sự năm 1999 được ban hành và được thi hành từ tháng 4 năm 2000. Đồng thời, Luật cam kết lỗi thời bị huỷ bỏ. Hiện nay, những luật được sử dụng thường xuyên nhất là Luật phá sản dành cho thủ tục thanh toán và Luật phục hồi dân sự mới đây dành cho thủ tục phục hồi.

Trong năm 2000, 145.848 đơn yêu cầu phá sản đã được nộp, trong đó có 139.280 đơn là do cá nhân nộp. Cũng trong năm này, 148.266 vụ phá sản đã được giải quyết dưới hình thức này hoặc hình thức khác, trong đó có 3.845 vụ liên quan đến công ty cổ phần và 3.489 vụ do chính công ty nộp đơn (phá sản tự nguyện), con số còn lại là do chủ nợ...nộp đơn. Về phía thủ tục phục hồi, trong vòng một năm áp dụng Luật phục hồi dân sự, đã có khoảng 800 đơn. Nếu số lượng đơn được nộp là một dấu hiệu, thì điều này dường như chứng tỏ sự thành công của Luật mới này bởi vì con số này cao hơn khoảng 4 lần so với số lượng đơn được nộp theo Luật cam kết đã bị huỷ bỏ trong những năm trước đó.

5. Như vậy, hệ thống luật vỡ nợ (hoặc phá sản theo nghĩa rộng) của Nhật Bản bao gồm nhiều hệ thống nhỏ khác nhau được quy định trong nhiều luật khác nhau được ban hành tại nhiều thời điểm khác nhau. Tại một số nước khác, như là Mỹ hoặc Đức, chỉ có một Bộ luật bao gồm rất nhiều thủ tục tố tụng khác nhau. Dường như Việt Nam muốn đi theo hình mẫu này và tôi cho rằng điều này là hoàn toàn đúng đắn. Tình trạng của Nhật Bản hiện nay chỉ là hậu quả của lịch sử. Mặc dù Nhật Bản có một vài luật, nhưng Luật phá sản quy định các hình mẫu cho tất cả các luật khác. Có thể nói rằng Luật phục hồi dân sự gần đây nhất là sự sửa đổi và mô phỏng Luật phá sản. Do vậy, trong phần dưới đây, tôi sẽ giải thích cấu trúc cơ bản của Luật phá sản và sau đó, Luật này được sửa đổi như thế nào trong những luật về sau này. Trật tự giải thích tương ứng với dấu hiệu từ (1) đến (10) được liệt kê trong phần 3 trên đây.

## **6. Giai đoạn bắt đầu - Cơ sở và thời gian (3-(1))**

Cơ sở để bắt đầu một thủ tục phá sản cơ bản là việc mất khả năng thanh toán. Đối với công ty trách nhiệm hữu hạn, cơ sở bắt đầu là các món nợ vượt quá (nghĩa là tổng nợ lớn hơn tổng giá trị tài sản). Trên thực tiễn, phần lớn các vụ phá sản được bắt đầu trên cơ sở ngừng thanh toán nợ mà luật coi là mất khả năng thanh toán. Dạng thông thường nhất của việc ngừng thanh toán là giấy

nhận trả nợ bị từ chối thanh toán- một kết quả của hoạt động thương mại thực tiễn chung của Nhật là sử dụng giấy nhận trả nợ như là một phương tiện thanh toán. Thậm chí đối với công ty cổ phần, việc ngừng thanh toán nợ được viện dẫn tới nhiều hơn so với tiêu chí tổng nợ vượt quá tổng giá trị tài sản bởi vì dấu hiệu các món nợ vượt quá không nhất thiết dẫn đến không có khả năng thanh toán.

Đây là một điều kiện tài chính rất tồi tệ dưới bất kỳ tiêu chuẩn nào. Dường như ở giai đoạn này, chủ nợ không thể thu được một phần đáng kể món nợ của mình được thanh toán lại dưới dạng phần được chia. Nghiêm trọng hơn, thời điểm này là quá muộn để thực hiện những nỗ lực có hiệu quả nhằm phục hồi doanh nghiệp. Do vậy, cần phải quy định cơ sở bắt chặt chẽ hơn nếu quá trình phục hồi được xây dựng một cách nghiêm túc. Vì thế luật sau này không yêu cầu dấu hiệu mất khả năng thanh toán mà có thể bắt đầu thủ tục tổ tụng phục hồi khi dấu hiệu mất khả năng thanh toán sắp xảy ra hoặc dường như không thể tránh khỏi. Ví dụ, Luật tổ chức lại Công ty cho phép bắt đầu quá trình khi mà công ty vẫn có thể thanh toán nợ, nhưng nếu thanh toán, thì doanh nghiệp sẽ phải gánh chịu những khó khăn nghiêm trọng. Tuy nhiên, trên thực tế, việc hạ thấp cơ sở bắt đầu này không nhất thiết dẫn đến việc yêu cầu bắt đầu thủ tục tổ tụng sớm. Thủ tục tổ tụng phục hồi thường được bắt đầu bằng đơn yêu cầu tự nguyện của con nợ. Do vậy, cần phải dành cho con nợ sự khích lệ để bắt đầu thủ tục tổ tụng phục hồi. Về khía cạnh này, thực tiễn hoạt động tổ chức lại công ty Nhật Bản đem lại rất ít sự khích lệ bởi vì ban quản lý hiện tại bị tước đoạt quyền quản lý ngay lập tức trong quá trình tổ tụng và mãi mãi đối với công ty được phục hồi. Tính phổ biến của thủ tục tổ tụng phục hồi dân sự mới có thể giải thích bằng một thực tế là cơ cấu này không buộc phải chỉ định một quản trị viên và bộ phận quản lý hiện tại có thể tiếp tục hoạt động, thậm chí cả công ty đã được phục hồi.

Chúng ta phải nhận thức được mối quan hệ nội tại giữa một bên là cơ sở để bắt đầu thủ tục tổ tụng và việc ấn định thời gian bắt đầu và bên kia là tính hiệu quả của toàn bộ hệ thống. Điều này đặc biệt đúng khi thiết kế một cơ cấu có thể hoạt động hiệu quả cho thủ tục tổ tụng phục hồi.

Việc thông báo công khai việc bắt đầu thủ tục tổ tụng là quan trọng bởi vì nó ảnh hưởng đến quyền lợi của nhiều người. Việc bắt đầu thủ tục được đăng ký trong sổ đăng ký công ty nếu con nợ là công ty trong sổ đăng ký tài sản cố định trong tổ tụng phá sản và tổ chức lại công ty.

## **7. Những biện pháp tạm thời (3-(2))**

Thông thường một số biện pháp tạm thời là cần thiết nhằm bảo toàn tình trạng tài sản và công việc kinh doanh. Biện pháp mạnh mẽ nhất là chỉ định một quản trị viên tạm thời thay thế ban quản lý dưới sự giám sát của Toà án. Những biện pháp nhẹ nhàng hơn bao gồm thu giữ tạm thời một tài sản đặc biệt, một lệnh của Toà án cấm con nợ trả nợ,... như sẽ nói dưới đây, có thể chấm dứt việc thi hành những quyền bảo đảm bằng cách thức này. Luật Nhật Bản và những quyết định tư pháp luôn mở rộng phạm vi các biện pháp tạm thời có thể áp dụng và đồng thời, cố gắng kiểm soát việc lạm dụng chúng. Trong bất kỳ hoàn cảnh nào, cần phải thiết lập nên một hệ thống đăng ký đúng đắn để bảo vệ công chúng.

### **8. Đánh giá các chủ nợ và khiếu nại (3-(3))**

Xử lý các khiếu nại không có bảo đảm: Tất cả các khiếu nại không có bảo đảm phát sinh trước khi bắt đầu thủ tục tố tụng là đối tượng của thủ tục tố tụng này. Điều này nghĩa là không thể thu hồi các khiếu nại hoặc thi hành các khiếu nại bên ngoài thủ tục tố tụng. Tất cả khiếu nại này phải được nộp và trải qua một quá trình đánh giá. Biện pháp cổ điển mà Luật phá sản là như sau: Một danh sách các chủ nợ được lập và tất cả các chủ nợ, quản trị viên cũng như chính con nợ được quyền nộp phản đối, nếu có. Nếu không có phản đối chống lại một khiếu nại nào đó, thì khiếu nại đó được chấp nhận như khi được nộp và không thể tranh chấp sau này. Việc đánh giá khiếu nại có giá trị như là một bản án cuối cùng của Toà án (Lesjudicata- một vấn đề đã được quyết định). Nếu có một phản đối và không đạt được một thoả hiệp, thì vụ việc phải được Toà án xem xét thông qua một vụ kiện thông thường. Nếu điều này xảy ra, nó có thể làm chậm chễ toàn bộ quá trình. Do vậy, Luật phục hồi dân sự gần đây đã chấp nhận một thủ tục tố tụng rút gọn đặc biệt để đẩy nhanh việc xem xét khiếu nại có tranh chấp.

Xử lý các khiếu nại có bảo đảm: Việc xử lý khiếu nại bảo đảm khác nhau tùy thuộc vào đặc điểm của từng thủ tục tố tụng. Trong thủ tục phá sản trực tiếp, chủ nợ có bảo đảm không bị ảnh hưởng bởi tuyên bố phá sản. Điều này nghĩa là chủ nợ có bảo đảm không cần phải nộp khiếu nại của mình khi mà họ tin chắc rằng khiếu nại của họ sẽ được thanh toán từ tài sản bảo đảm (vật thế chấp). Nhưng nếu giá trị của vật bảo đảm thấp hơn giá trị khiếu nại, cần phải nộp khiếu nại để có phần được chia cho phần chênh lệch có thể có (nghĩa là phần thiếu chưa được thanh toán). Thủ tục sắp xếp lại công ty và thủ tục thanh toán đặc biệt xử lý các khiếu nại có bảo đảm theo từng một cách thức nhưng không có một quá trình chính thức nào về nộp và xem xét khiếu nại như trong thủ tục thanh toán. Một đặc điểm thú vị của thủ tục sắp xếp công ty là Toà án có thể ban hành

một lệnh đình chỉ tạm thời việc thi hành quyền bảo đảm nhằm giúp đỡ quá trình thương lượng giữa con nợ và các chủ nợ được tiến hành thuận lợi.

Tổ chức lại công ty chấp nhận một giải pháp cơ bản. Khi mà thủ tục được bắt đầu, tất cả các khiếu nại, cả có bảo đảm và không có bảo đảm, đều là đối tượng của thủ tục tổ tụng. Điều này nghĩa là ngay cả các chủ nợ có bảo đảm cũng không còn được tự do thi hành quyền bảo đảm của mình. Thay vào đó, họ phải nộp khiếu nại báo đảm của mình và khiếu nại của họ sẽ được sửa đổi phù hợp với một kế hoạch tổ chức lại đã được chấp nhận. Cách thức xử lý đối với khiếu nại bảo đảm này được biện minh bởi một nhu cầu tổng thể phục hồi doanh nghiệp đối với công ty cổ phần lớn.

Về vấn đề này, Luật phục hồi dân sự gần đây không chấp nhận giải pháp đó bởi vì thủ tục tổ tụng này có thể áp dụng cho tất cả các loại con nợ, cá nhân, công ty lớn, nhỏ, thương mại và phi thương mại. Do vậy, cách thức xử lý là gần như giống với Luật phá sản trừ việc luật mới cho phép Toà án ra lệnh huỷ bỏ quyền bảo đảm đối với tài sản rõ ràng là cần thiết cho hoạt động của doanh nghiệp, hay bằng việc đền bù thích hợp.

### **9. Phạm vi và quản lý tài sản hiện có (3-(4))**

Đây là một chủ đề lớn bao gồm nhiều vấn đề quan trọng và khó trong luật nội dung như là việc từ chối, đền bù, phủ nhận những hợp đồng có thể thực hiện cũng như các thủ tục như là quản lý tài sản, cơ cấu giám sát...

Trong phá sản và tổ chức lại công ty, thời điểm tuyên bố bắt đầu thủ tục là quan trọng bởi vì quản trị viên sẽ quản lý tài sản của con nợ từ thời điểm này. Con nợ mất quyền lực đối với tài sản của mình từ thời điểm đó. Thời điểm này được xác định trong chính tuyên bố, ví dụ như là tính từ 10 giờ sáng của ngày ra tuyên bố. Do vậy, cần có một số điều khoản cụ thể để bảo vệ bên thứ ba ngay thẳng - người đã trả tiền cho một con nợ mất quyền lực mà không biết gì về tuyên bố đó.

Luật phục hồi dân sự không yêu cầu phải chỉ định quản trị viên và bản thân con nợ tiếp tục quản lý tài sản của mình như trước đây (DIP). Tuy nhiên, nay con nợ thực hiện việc này cũng vì lợi ích của các chủ nợ. Do vậy, luật có nhiều quy định tương tự như những quy định tương ứng trong Luật phá sản. Hơn nữa, nếu Toà án thấy cần thiết, Toà án có thể chỉ định quản trị viên. Thay vào đó, Toà án cũng có thể chỉ định một “giám sát viên” người có chức năng chủ yếu mang tính giám sát. Nhưng Toà án cũng có thể trao cho giám sát viên quyền từ chối. Vái trò của chủ nợ trong việc quản lý tài sản và/hoặc công việc

kinh doanh là một vấn đề khó. Trong phần lớn các trường hợp, chủ nợ có rất ít lợi ích trong việc chủ động tham gia vào công việc quản lý. Ví ví, họ không tham gia vào phiên họp chủ nợ.

Từ chối: khả năng từ chối là yếu tố cơ bản trong những trường hợp vỡ nợ lớn khi mà những tài sản quan trọng đã mất trước khi bắt đầu thủ tục tổ tụng. Luật Nhật Bản khá chặt chẽ về trọng tâm của quyền từ chối và Luật của Mỹ thì tự do hơn. Điều này cũng đúng với quy định cấm đối trừ. Trong bất kỳ trường hợp nào, quyền từ chối cũng là một yếu tố quan trọng của luật vỡ nợ.

Xử lý những hợp đồng có thể thực hiện (phủ nhận hoặc công nhận)

### **10. Biện pháp thanh toán (thông thường là bán) tài sản (3-(5))**

Điều quan trọng là bán tài sản ở một mức giá công bằng để có thể đáp ứng các chủ nợ ở mức cao nhất. Việc có được một quản trị viên có khả năng biết cách làm thế nào để đạt được một mức giá cao hơn cũng là quan trọng. Nhưng đôi khi bán toàn bộ doanh nghiệp hoặc bán các phần riêng biệt có thể đem lại một lượng tiền mặt lớn hơn.

Việc bán tài sản thế chấp liên quan đến quyền bảo đảm có thể gây ra những vấn đề đặc biệt.

### **11. Thanh toán phần được chia - phân chia tài sản bị thanh toán (tiền mặt) giữa các chủ nợ (3-(6))**

Đây là một quá trình phức tạp bởi quá trình này phải tuân theo thứ tự ưu tiên mà luật nội dung ưu tiên cho một số khiếu nại nhất định, như là lương, và trì hoãn đối với một số khiếu nại khác. Quản trị viên phải chuẩn bị kế hoạch phân phối. Nếu một vụ kiện liên quan đến một khiếu nại vẫn tiếp tục đang được giải quyết, thì khoản tiền tương ứng với giá trị tranh chấp phải được nộp vào một tài khoản công. Nếu bất kỳ chủ nợ nào từ chối kế hoạch, thì vấn đề này phải được giải quyết thông qua một vụ kiện. Khi việc phân phối được hoàn thành và không còn lại tài sản nào, thì thủ tục tổ tụng kết thúc.

### **12. Kế hoạch phục hồi (3-(7))**

Biện pháp phục hồi khác nhau tùy thuộc vào quy mô và bản chất của doanh nghiệp, số lượng chủ nợ, điều kiện thị trường hiện tại, quan hệ chung giữa con nợ và các chủ nợ (thân thiện hay thù địch),...

Trong một hệ thống cơ bản, chính con nợ sẽ chuẩn bị kế hoạch phục hồi và trình bày kế hoạch với các chủ nợ. Thủ tục cam kết trong tổ tụng phá sản chính là hệ thống này. Trong tổ chức lại công ty, quản trị viên chuẩn bị kế hoạch tổ chức lại dưới sự giám sát của Toà án. Trong thủ tục tổ tụng phục hồi dân sự, hoặc là chính con nợ (DIP), hoặc là quản trị viên nếu quản trị viên đã được chỉ định, chuẩn bị kế hoạch. Nội dung của kế hoạch rất khác nhau tùy theo từng trường hợp. Trong một vụ đơn giản, kế hoạch chỉ đơn thuần quy định về giảm và hoãn nợ. Theo cách thức này, chỉ có chủ nợ phải nhượng bộ trong khi chỉ có con nợ được lợi. Trong những vụ lớn và phức tạp hơn, kế hoạch có thể bao gồm những quy định về tổ chức lại toàn bộ công việc kinh doanh và tổ chức lại công ty cùng với những vấn đề liên quan đến khiếu nại. Thường là cần phải thu nhỏ quy mô công việc kinh doanh bằng cách cắt giảm những bộ phận không sinh lợi của một doanh nghiệp và sa thải một số lượng đáng kể người lao động. Điều này có thể làm phát sinh vấn đề quản lý lao động. Việc cung cấp nguồn tiền mới và trợ giúp kỹ thuật từ một bên thứ ba thông qua việc trao quyền kiểm soát cho bên thứ ba đó cũng thường xảy ra.

Trong thực tiễn tổ chức lại công ty của Nhật Bản, các cổ đông và giám đốc cũ bị loại bỏ và nguồn vốn mới được đưa vào công ty. Các giám đốc công ty không thích điều này và họ thích sử dụng thủ tục phục hồi dân sự để bảo toàn địa vị của mình. Tuy nhiên, nếu một quản trị viên được chỉ định trong quá trình phục hồi dân sự, kết quả cuối cùng có thể tương tự với kết quả của việc tổ chức lại công ty.

### **13. Phê chuẩn và thi hành kế hoạch (3-(8)(9))**

Cần phải có đa số phiếu của chủ nợ hoặc của các bên liên quan khác để phê chuẩn kế hoạch. Trong thủ tục sắp xếp lại công ty để phục hồi những công ty nhỏ, thì kế hoạch phục hồi phải được từng chủ nợ phê chuẩn. Điều làm cho thủ tục rất khó có thể thành công. Đa số cần thiết khác nhau tùy theo từng thủ tục. Trong thủ tục cam kết trong phá sản và trong thanh toán đặc biệt dành cho công ty, đa số cần thiết là hơn một nửa chủ nợ có mặt nắm giữ hơn ba phần tư tổng khiếu nại là đối tượng của thủ tục phá sản. Trong thủ tục tổ tụng phục hồi

dân sự, yêu cầu này được giảm xuống. Đa số cần thiết là hơn một nửa chủ nợ có mặt nắm giữ hơn một nửa tổng giá trị khiếu nại. Không có yêu cầu nào về số đại biểu tối thiểu cần thiết.

Trong thủ tục tổ chức lại công ty, việc bỏ phiếu được các loại [chủ nợ] tiến hành riêng rẽ. Đối với loại chủ nợ không có bảo đảm thông thường, số lượng này là hai phần ba tổng số khiếu nại của các chủ nợ không có bảo đảm thông thường. Đối với loại chủ nợ có bảo đảm, số lượng này là ba phần tư nếu chỉ quy định về hoãn nợ. Nếu quy định về giảm nợ, thì con số này là bốn phần năm. Đối với loại chủ nợ là cổ đông nếu họ có quyền bỏ phiếu, thì số lượng đa số cần thiết là một nửa tổng số phiếu. Cổ đông không có quyền bỏ phiếu nếu công ty trong tình trạng nợ vượt quá. Trong bất kỳ trường hợp nào, không có yêu cầu gì về số lượng đại biểu tối thiểu, bất kể số lượng chủ nợ và cổ đông là bao nhiêu.

Nếu yêu cầu về bỏ phiếu là quá chặt chẽ, thì nội dung của kế hoạch sẽ theo hướng quá rộng rãi đối với chủ nợ và quá nặng nề đối với con nợ. Kiểu kế hoạch này thường thất bại ngay từ giai đoạn đầu thực hiện. Đó là lý do tại sao Luật phục hồi dân sự mới chấp nhận những yêu cầu thực tế hơn.

Thực hiện kế hoạch là một quá trình lâu dài và khó khăn mà để thành công được, quá trình này phải được quản lý và giám sát cẩn thận. Thủ tục cam kết trong phá sản và thủ tục sắp xếp lại công ty không có cơ cấu này. Trong tổ chức lại công ty, quản trị viên phải thực hiện kế hoạch dưới sự giám sát của Toà án. Trong phục hồi dân sự, con nợ (DIP) thường được giao thực hiện kế hoạch dưới sự giám sát của một giám sát viên do Toà án chỉ định. Cũng có thể chỉ định một quản trị viên. Khi đó, thủ tục tổ tụng trở thành tương tự với tổ chức lại công ty.

#### **14. Từ phục hồi thất bại chuyển sang thanh toán (3-(10))**

Khi không thể chuẩn bị được kế hoạch phục hồi, khi kế hoạch phục hồi không được phê chuẩn hoặc kế hoạch đã được phê chuẩn thất bại, quá trình thanh toán trong phá sản phải được sử dụng khi mà vẫn còn một số tài sản để phân chia.

### **B. LUẬT PHÁ SẢN TẠI NHẬT BẢN**



## **1. Phân loại**

Phá sản là tình trạng con nợ không có khả năng thanh toán nợ đến hạn. Nếu con nợ bị phá sản, con nợ không thể tiếp tục các hoạt động kinh tế. Nếu con nợ lâm vào tình trạng phá sản, luật quy định về các thủ tục giải quyết quyền của con nợ và của chủ nợ. Những thủ tục này được gọi chung là thủ tục tố tụng phá sản. Thủ tục tố tụng phá sản được luật quy định bao gồm 5 loại: (i) phá sản, (ii) phục hồi dân sự, (iii) sắp xếp lại công ty, (iv) tổ chức lại công ty và (v) thanh toán đặc biệt. Toà án sẽ cân nhắc việc có nên bắt đầu một trong những thủ tục tố tụng này hay không và Toà án giám sát thủ tục tố tụng.

Những thủ tục tố tụng này có thể được chia thành hai loại chính là thanh toán và tổ chức lại. Phá sản và thanh toán đặc biệt thuộc loại thanh toán. Phục hồi dân sự, tổ chức lại công ty và sắp xếp lại công ty thuộc loại tổ chức lại.

Trong thanh toán, toàn bộ tài sản của bên phá sản được chuyển đổi sang tiền mặt và trả cho các chủ nợ. Điều này nghĩa là hoạt động kinh doanh của bên phá sản chấm dứt qua quá trình thanh toán và hoạt động đó không còn tồn tại. Hậu quả là sản phẩm hoặc dịch vụ mà bên phá sản cung cấp cho xã hội không còn nữa, và bất kỳ ai làm thuê cho bên phá sản bị mất việc làm.

Trong tổ chức lại, hoạt động kinh doanh của bên phá sản được quản lý và giám sát, quyền của con nợ và chủ nợ được đánh giá và điều chỉnh, và hoạt động kinh doanh được phép tiếp tục.

## **2. Thủ tục tố tụng phá sản (xem bảng A)**

### **(1) Đơn yêu cầu phá sản, nguyên nhân phá sản**

Một bên cho rằng những nguyên nhân của phá sản đang tồn tại đối với một con nợ có thể nộp một đơn yêu cầu phá sản đến Toà án quận. Khái niệm “nguyên nhân phá sản” nói về tình trạng tài sản xấu đủ để bảo đảm cho tuyên bố phá sản. Trong trường hợp một cá nhân, nguyên nhân phá sản là không thể thanh toán, và trong trường hợp một công ty, nguyên nhân này là không thể thanh toán và vỡ nợ. Không thể thanh toán, về mặt khách quan, nói đến tình trạng con nợ không thể thanh toán nợ bởi vì không đủ phương tiện thanh toán một cách thông

thường và liên tục. Món nợ phải là món nợ đến hạn. Trên thực tiễn, được coi là không thể thanh toán nếu ngừng thanh toán, ví dụ: không chi trả một giấy hẹn trả tiền. Trong trường hợp một Công ty, nghĩa vụ vượt quá tài sản nghĩa là giá trị của các món nợ nhiều hơn giá trị tài sản. Tuy nhiên, điều này chỉ tạo thành một nguyên nhân phá sản đối với các công ty hữu hình, như là Công ty cổ phần hoặc công ty trách nhiệm hữu hạn.

## (2) Tuyên bố phá sản

Nếu Toà phá sản quyết định rằng có nguyên nhân phá sản và có những yêu cầu khác, Toà sẽ ban hành tuyên bố phá sản. Khi tuyên bố phá sản được ban hành, Toà án cũng chỉ định một quản trị viên phá sản. Trong trường hợp yêu cầu về nguyên nhân phá sản đã được đáp ứng nhưng tổng tài sản còn quá nhỏ để trang trải các chi phí thủ tục tố tụng phá sản, Toà án ra lệnh chấm dứt thủ tục tố tụng phá sản đồng thời với việc ban hành tuyên bố phá sản.

## (3) Quản lý và bán (chuyển đổi sang tiền mặt) tài sản phá sản

Toàn bộ tài sản của con nợ là đối tượng của thủ tục tố tụng phá sản được gọi là khối tài sản phá sản. Nói chung, khối tài sản phá sản bao gồm tài sản của con nợ tại Nhật Bản vào thời điểm tuyên bố phá sản.

Quản trị viên phá sản phải bắt đầu quản lý khối tài sản phá sản và điều tra tình trạng khối tài sản ngay khi được chỉ định. Nhiệm vụ quan trọng nhất của quản trị viên phá sản là định đoạt bằng cách bán khối tài sản phá sản nhằm chuyển đổi sang tiền mặt và phân chia công bằng cho các chủ nợ. Có thể nói rằng công việc của quản trị viên phá sản có hai khía cạnh. Thứ nhất là chiếm lĩnh vị trí của bên phá sản. Khi bên phá sản mất quyền quản lý và định đoạt tài sản của mình và khi tuyên bố phá sản được ban hành, quản trị viên phá sản phải thay thế bên phá sản trong bất kỳ vụ kiện nào liên quan đến tài sản của con nợ có trước khi có tuyên bố phá sản. Khía cạnh thứ hai là quản trị viên phá sản phải làm việc nhân danh tất cả các chủ nợ, độc lập với bên phá sản. Quản trị viên phá sản có thể thực thi một quyền lực đặc biệt gọi là quyền từ chối. Quyền từ chối cho phép quản trị viên huỷ bỏ hiệu lực của một hành vi do con nợ thực hiện nhằm ngăn chặn việc phân phối công bằng và hợp lý cho các chủ nợ. Theo nghĩa này, quản trị viên thu hồi tài sản đã được bên phá sản định đoạt.

Quản trị viên phá sản sắp xếp lại các công việc pháp lý hiện tại của bên phá sản, và thực hiện quyền từ chối nếu cần thiết. Quản trị viên phải bán tài sản, bao gồm khối tài sản phá sản, chuyển đổi chúng sang tiền mặt và giữ chúng để sau này phân phối cho các chủ nợ. Quản trị viên thực hiện những nhiệm vụ này dưới sự giám sát của Toà án phá sản, và phải được sự đồng ý của Toà án trước khi thực hiện những nghĩa vụ thiết yếu.

#### (4) Đơn yêu cầu phá sản, điều tra và định nghĩa khiếu nại phá sản

Những khiếu nại chống lại bên phá sản phát sinh trước khi tuyên bố phá sản được gọi là khiếu nại phá sản. Chủ nợ phá sản có khiếu nại trong vụ phá sản phải thực hiện quyền của mình thông qua thủ tục tố tụng phá sản. Luật phá sản thống nhất hoá phương pháp các chủ nợ thực hiện quyền của mình. Theo Luật phá sản, toàn bộ tài sản của bên phá sản phải được đặt dưới quyền quản lý của quản trị viên để bán lấy tiền mặt để bảo đảm thanh toán công bằng cho các chủ nợ phá sản. Mỗi chủ nợ phá sản phải nộp khiếu nại của mình cho Toà án trong một khoảng thời gian xác định. Sau khi thời hạn nộp khiếu nại trôi qua, Toà án xác định một ngày điều tra các khiếu nại cụ thể. Trong ngày này, nếu quản trị viên hoặc các chủ nợ khác không từ chối, thì các khiếu nại của chủ nợ được xác định là khiếu nại phá sản. Nếu có từ chối, thì những khiếu nại đó phải được kiểm tra và quyết định thông qua khiếu kiện.

#### (5) Kết thúc thủ tục tố tụng phá sản

Sau khi khối tài sản phá sản được chuyển đổi sang tiền mặt và việc điều tra khiếu nại phá sản đã hoàn thành, thì sẽ xem xét đến nguồn quỹ để trả cho các phần được chia của chủ nợ và xem xét những khiếu nại mà dựa vào đó để tính phần được chia. Dựa trên cơ sở này, quản trị viên sẽ đưa ra một danh sách phần được chia, và thực hiện việc thanh toán phần được chia cho các chủ nợ.

### **3. Thủ tục tố tụng phục hồi dân sự (xem bảng B)**

Đối với thủ tục cam kết, có rất nhiều vấn đề đã được nêu ra và Luật phục hồi dân sự mới đã được ban hành để giải quyết các vấn đề đó. Một số vấn đề của thủ tục cam kết và giải pháp dành cho chúng được quy định trong Luật phục hồi dân sự được mô tả dưới đây.

(1) Khi mà những nguyên nhân bắt đầu một thủ tục cam kết giống hệt như những nguyên nhân của phá sản, một số nhà bình luận cho rằng trong những trường hợp này, đã quá muộn để tổ chức lại. Luật phục hồi dân sự sửa chữa thiếu sót này bằng cách cho phép bắt đầu thủ tục phục hồi ngay khi có khả năng là những nguyên nhân của việc phá sản đang phát triển, chứ không yêu cầu rằng phải có sẵn những nguyên nhân của phá sản. Điều này cho phép làm đơn yêu cầu phục hồi vào một thời điểm sớm hơn so với thời điểm này trong thủ tục cam kết.

(2) Thủ tục cam kết hiện tại yêu cầu con nợ đệ trình những điều kiện cam kết đồng thời với nộp đơn yêu cầu tiến hành thủ tục cam kết. Điều được chỉ ra là rất khó cho con nợ đưa ra những điều kiện cam kết. Luật phục hồi dân sự sửa đổi yêu cầu này và nay, chỉ cần nộp kế hoạch phục hồi trong khung thời gian mà Toà án xác định.

(3) Khi mà những hướng dẫn về các điều kiện phục hồi không dựa trên nguyên tắc công bằng cơ bản, thì có lẽ không thể, ví dụ: giải quyết những khiếu nại có số lượng nhỏ. Luật phục hồi dân sự dựa trên cơ sở công bằng cơ bản và yêu cầu rằng các khiếu nại có cùng bản chất phải được xem xét công bằng, và cho phép các khiếu nại có bản chất khác nhau có thể được xử lý khác nhau.

(4) Trước đây, đã có trường hợp con nợ lợi dụng quyền nộp đơn yêu cầu tiến hành thủ tục cam kết bằng cách xin được một lệnh khẩn cấp cấm giải quyết các khiếu nại với các chủ nợ. Những con nợ nhằm tránh việc từ chối thanh toán những giấy hẹn trả tiền bằng cách sử dụng lệnh khẩn cấp này. Theo Luật phục hồi dân sự, con nợ không thể rút đơn yêu cầu phục hồi nếu không có sự đồng ý của Toà án.

(5) Thủ tục cam kết không áp đặt giới hạn đối với quyền của chủ nợ có bảo đảm trong việc thi hành quyền bảo đảm của mình. Luật phục hồi dân sự cho phép Toà án ra lệnh dừng việc thi hành quyền bảo đảm, nếu tài sản bảo đảm được coi là thiết yếu cho việc tổ chức lại.

#### **4. Thủ tục tổ chức lại công ty**

Tổ chức lại công ty là một thủ tục dành cho công ty cổ phần đang gặp khó khăn, nhưng có khả năng phục hồi, có thể cố gắng duy trì doanh nghiệp và tổ

chức lại, trong đó quyền lợi của các bên liên quan được đánh giá và điều chỉnh.

Mục đích đầu tiên của tổ chức lại công ty là duy trì và tổ chức lại doanh nghiệp. Khi mà chủ nghĩa tư bản trở nên phức tạp hơn, giá trị kinh tế của một doanh nghiệp có thể cao hơn giá trị tổng số tài sản của nó. Thêm vào đó, công ty cổ phần liên quan đến một số lượng người lớn và mang lại nhiều lợi ích kinh tế cho xã hội thông qua các hoạt động kinh doanh của mình. Do vậy, nếu hoạt động kinh doanh của công ty thất bại, việc giải thể doanh nghiệp thông qua thủ tục tổ tụng phá sản sẽ dẫn đến việc mất đi các lợi nhuận kinh tế và xã hội. Mục tiêu của thủ tục tổ chức lại công ty là nhằm ngăn chặn các mất mát này.

Mục tiêu thứ hai của tổ chức lại công ty là đánh giá và điều chỉnh lợi ích của các bên liên quan. Đối với công ty cổ phần, có thể có rất nhiều loại người liên quan khác nhau, bao gồm chủ nợ có bảo đảm, chủ nợ không có bảo đảm, người làm công, cổ đông... Trừ khi có những nỗ lực được thực hiện để đánh giá và điều chỉnh lợi ích của các nhóm người này, có lẽ là không thể hoặc rất khó tổ chức lại công ty một cách thành công.

## **5. Thủ tục sắp xếp lại công ty**

Thủ tục sắp xếp lại công ty là một thủ tục tổ chức lại công ty cổ phần. Nó đơn giản hơn thủ tục tổ chức lại. Nó cho phép Toà án ra lệnh ngừng thi hành các quyền lợi bảo đảm. Nó có những biện pháp mạnh mẽ hơn thủ tục cam kết. Tuy nhiên, để quyết định một kế hoạch sắp xếp, cần một điều kiện là tất cả các chủ nợ phải đồng ý hoàn toàn với đề xuất, chứ không phải là bỏ phiếu theo đa số. Điều này có nghĩa là sự phản đối của chỉ một chủ nợ có thể làm bế tắc việc phê chuẩn kế hoạch tổ chức lại. Do vậy, trên thực tiễn, chỉ nên sử dụng thủ tục sắp xếp lại công ty trong trường hợp tất cả các chủ nợ mong muốn điều này. Từ khi Luật phục hồi dân sự được ban hành, các công ty cổ phần có thể tránh được những quy định không thích hợp của thủ tục sắp xếp lại công ty bằng cách sử dụng thủ tục phục hồi dân sự.

## **6. Thủ tục thanh toán đặc biệt**

Nếu tổng số tài sản của một công ty cổ phần bị giải thể là đủ, việc thanh toán có thể được tiến hành theo cách thức bình thường theo quy định của Luật

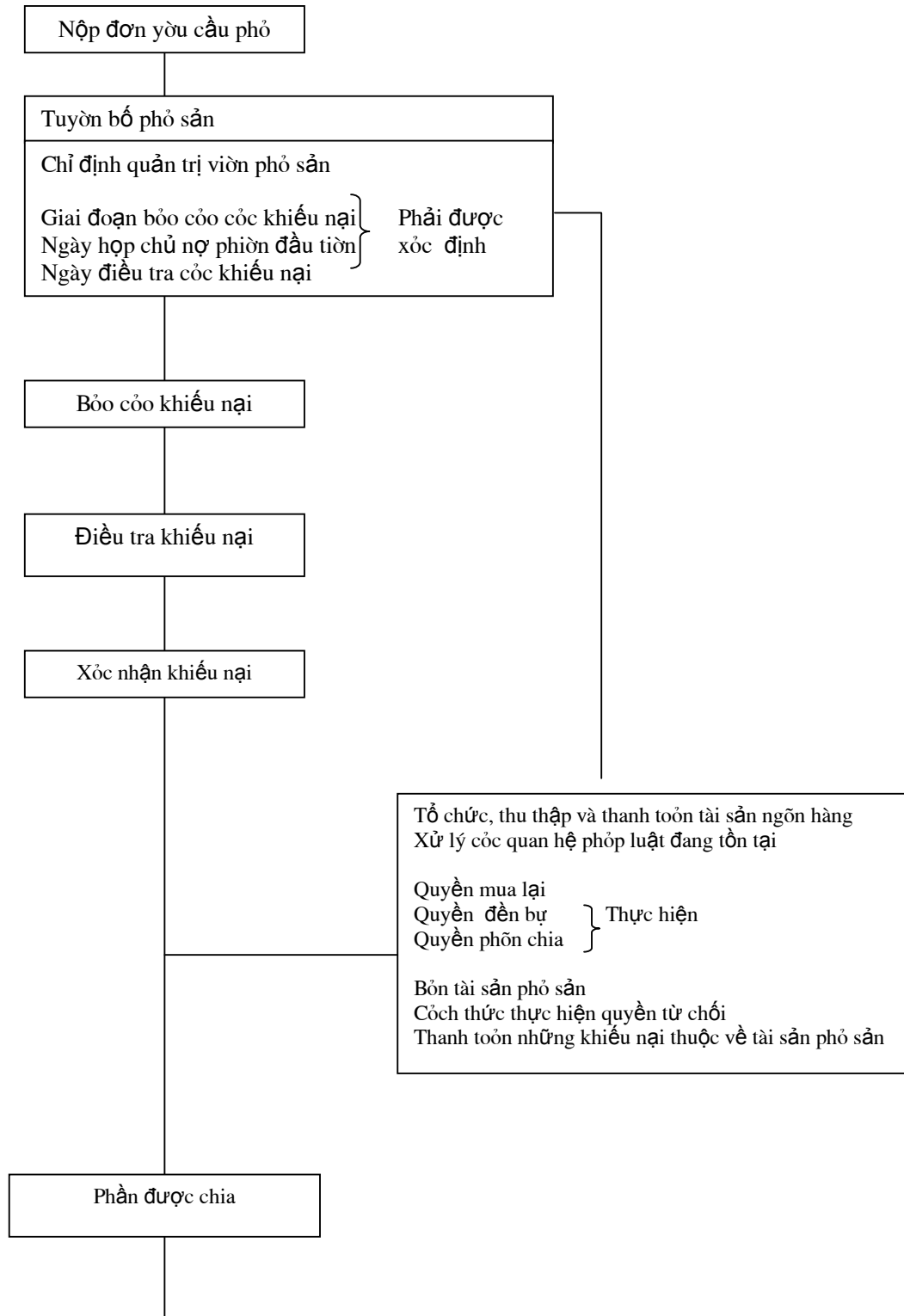
Thương mại. Tuy nhiên, nếu nghi ngờ rằng nghĩa vụ vượt quá tài sản, thì cần phải có sự giám sát của Toà án. Quá trình được sử dụng trong trường hợp này là thủ tục thanh toán đặc biệt. Một đặc điểm của thủ tục thanh toán đặc biệt là công ty cổ phần có thể đưa ra một kế hoạch thanh toán và thực hiện chúng, ngay cả nếu tổng số nghĩa vụ vượt quá tài sản. Yêu cầu là phải có được sự loại trừ nghĩa vụ với thoả thuận của cá chủ nợ.

### 7. Thực trạng hiện tại của các thủ tục phá sản

Năm	Phá sản	Cam kết	Tổ chức lại công ty	Sắp xếp công ty	Thanh toán đặc biệt
1996	60,291	244	18	20	178
1997	76,032	279	31	18	172
1998	111,067	361	88	24	294
1999	128,488	231	37	12	343
2000	145,858	Phục hồi dân sự	25	6	352

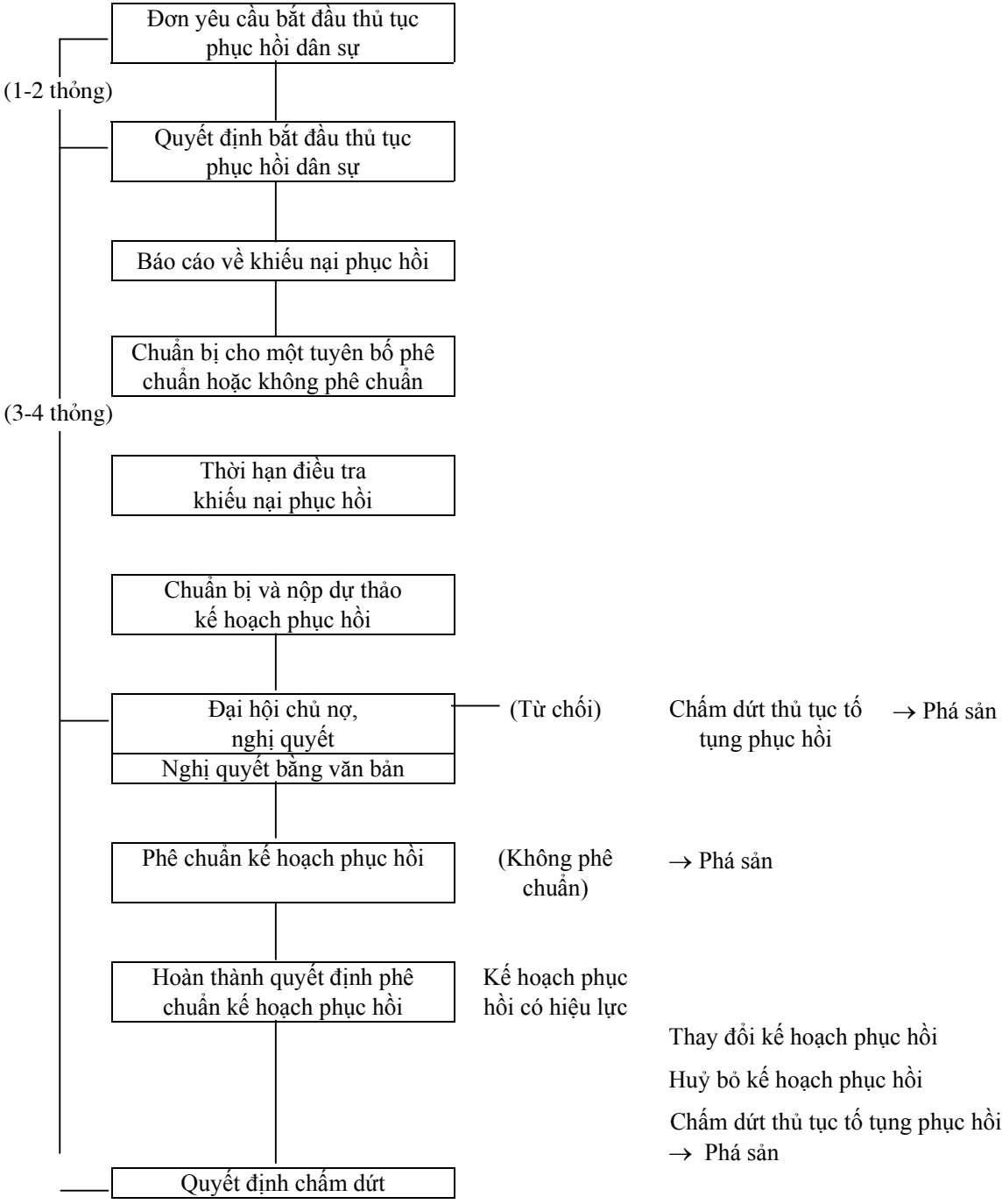
Bảng trên chỉ ra số lượng những đơn yêu cầu áp dụng các thủ tục phá sản đã được nộp trong những năm gần đây. Số liệu chỉ ra rằng số lượng đơn yêu cầu phá sản tăng do tình trạng khó khăn hiện nay. Chúng ta cũng có thể thấy rằng số lượng phá sản của các chủ nợ cá nhân tăng lên một cách đáng kể. Hy vọng rằng cải tổ Luật phá sản của Nhật Bản sẽ tiếp tục trong những năm tới và xây dựng được những thủ tục tổ tụng phá sản phù hợp hơn với tình hình hiện nay.

**Phụ lục A**  
**Thủ tục tổ tụng phá sản**



Quyết định chấm dứt thủ tục  
tổ tụng phổ biến

**Phụ lục B**  
**Thủ tục phục hồi dân sự**





thủ tục tổ tụng

## C. VAI TRÒ CỦA LUẬT SƯ TRONG TỔ TỤNG PHÁ SẢN

Luật sư Takeo Kosugi

### 1. Tầm quan trọng của việc con người tham gia vào thủ tục tổ tụng phá sản

Bất kể Luật phá sản được xây dựng tốt như thế nào, thủ tục phá sản sẽ không hoạt động đúng đắn nếu không có những con người thực sự tham gia vào quá trình này. Ngoài Thẩm phán và Thư ký Tòa án, các chuyên gia chuyên ngành tư nhân là yếu tố thiết yếu đối với thủ tục tổ tụng phá sản.

Vấn đề ai là người được coi là chuyên gia chuyên ngành tùy thuộc vào từng nước (ví dụ: kế toán viên công được công nhận đóng vai trò quan trọng trong thủ tục tổ tụng tại Anh và ở Pháp, ngoài các Luật sư (avocat), có những tổ chức chuyên môn về phục hồi công ty hoặc thanh toán). Tại Nhật Bản, Luật sư là những chuyên gia đóng vai trò quan trọng trong thủ tục tổ tụng phá sản.

Tôi muốn giải thích các Luật sư Nhật Bản đóng vai trò như thế nào trong ba thủ tục tổ tụng phá sản cơ bản: phá sản (một dạng của thanh toán), tổ chức lại công ty (một dạng của phục hồi), và phục hồi dân sự (một dạng của phục hồi).

### 2. Vai trò của Luật sư con nợ

#### (1) Phá sản

Trong trường hợp một Luật sư được chỉ định là Luật sư cho con nợ, Luật sư cần phải soạn thảo đơn yêu cầu phá sản, chuẩn bị những tài liệu thiết lập nên một vụ việc sơ khởi và nộp đơn yêu cầu phá sản và như vậy, Tòa án sẽ chấp nhận vụ việc ngay lập tức.

Nếu Luật sư biết trước rằng con nợ thiếu ngân quỹ để trả các phiếu nợ và séc vào ngày chúng đến hạn và dường như những phiếu nợ và séc này sẽ bị từ chối thanh toán, Luật sư cần phải nộp đơn yêu cầu phá sản và xin được lệnh bảo toàn từ Tòa án trước ngày đến hạn phải thanh toán phiếu nợ và séc, nhằm để tránh việc con nợ phung phí tài sản và tránh sự náo động của các chủ nợ.

Khi Toà án chấp nhận đơn yêu cầu phá sản, phần lớn các công việc mà Luật sư phải làm đã được hoàn thành. Phần còn lại của thủ tục tố tụng sẽ được thực hiện bởi quản trị viên phá sản (Điều 157 Luật phá sản).

## (2) Tổ chức lại công ty

### a. Nộp đơn

Công việc ban đầu của Luật sư của con nợ liên quan đến tổ chức lại công ty là chuẩn bị đơn yêu cầu tổ chức lại công ty và đề nghị Toà án chấp nhận vụ việc. Tuy nhiên, điều này liên quan đến một khối lượng công việc lớn hơn so với việc nộp đơn yêu cầu phá sản. Đó là vì thủ tục tổ chức lại công ty được xây dựng nhằm mục đích xây dựng lại công ty, và do đó, quá trình điều tra do Toà án (Thẩm phán hoặc Thư ký) trước khi chấp nhận đơn yêu cầu tổ chức lại công ty sẽ chi tiết hơn nhiều về những vấn đề như liệu công ty có dự trữ đủ quỹ hoạt động để trang trải cho một khoảng thời gian bảo toàn tài sản (từ ba đến sáu tháng) hoặc liệu có khả năng phục hồi công ty không sau khi nộp đơn yêu cầu.

### b. Phiên họp giải thích cho các chủ nợ tổ chức lại

Khi Toà án chấp nhận đơn yêu cầu tổ chức lại công ty và quản trị viên bảo vệ được chỉ định, thông thường, Luật sư của con nợ tổ chức một phiên họp giải thích cho các chủ nợ tổ chức lại. Luật sư của con nợ sẽ chủ tọa cuộc họp, giải thích cho các chủ nợ biết tại sao công ty đi đến chỗ phá sản và giới thiệu tóm tắt về thủ tục sẽ được thực hiện và yêu cầu con nợ xin lỗi các chủ nợ tổ chức lại. Nói chung, Luật sư của con nợ sẽ yêu cầu quản trị viên bảo vệ tham gia vào phiên họp giải thích như là một quan sát viên và sẽ giới thiệu quản trị viên bảo vệ với các chủ nợ tổ chức lại.

Sau khi thực hiện những công việc đã nói trên đây, công việc ban đầu dành cho Luật sư với tư cách là Luật sư của con nợ đã hầu như được hoàn thành và quản trị viên bảo vệ và người quản thủ sẽ thực hiện nốt phần còn lại của thủ tục tố tụng.

## (3) Phục hồi dân sự

Một vụ việc phục hồi dân sự thuộc vào dạng thủ tục phục hồi và hơn nữa, nó rơi vào dạng “con nợ có quyền chiếm hữu” (DIP). Trong dạng DIP, người quản lý trước đó tiếp tục giữ quyền và tiếp tục công việc kinh doanh. Do vậy, việc Luật sư nộp đơn yêu cầu phục hồi dân sự và yêu cầu Toà án chấp nhận vụ việc là chưa đủ. Phạm vi công việc của Luật sư của con nợ sẽ là lâu dài: từ việc

điều tra khiếu nại và chuẩn bị dự thảo kế hoạch phục hồi cho đến việc thu xếp để phê chuẩn dự thảo kế hoạch phục hồi và thực hiện kế hoạch thanh toán lại.

Như vậy, công việc và nghĩa vụ trong phục hồi dân sự mà Luật sư của con nợ phải làm nặng nề hơn công việc cần thiết trong phá sản hoặc tổ chức lại công ty.

### **3. Vai trò của Luật sư của chủ nợ**

#### **(1) Phá sản**

##### **a. Thu thập các khiếu nại**

Trong trường hợp Luật sư của con nợ được chỉ định trước khi tuyên bố phá sản, Luật sư của con nợ phải làm thế nào để giảm thiểu thiệt hại bằng cách lấy lại hàng hoá từ các cửa hàng, chấm dứt các hợp đồng hoặc thu thập các khiếu nại.

##### **b. Thương lượng với quản trị viên phá sản**

Sau khi tuyên bố phá sản, hoạt động của Luật sư của chủ nợ sẽ bị giới hạn. Với sự phê chuẩn của Tòa án, Luật sư của chủ nợ thường giải quyết với con nợ bằng cách cho con nợ một số quyền lợi (Luật sư cần phải so sánh xem việc gì có lợi hơn: đợi kết quả của thủ tục tố tụng phá sản hay cố gắng giải quyết ngay trong giai đoạn đó).

##### **c. Tham dự phiên họp chủ nợ**

Luật sư của chủ nợ thường được yêu cầu tham gia phiên họp chủ nợ để tìm kiếm các manh mối hoặc thu thập các khiếu nại.

##### **d. Báo cáo khiếu nại, khởi kiện để được công nhận khiếu nại**

Nếu quản trị viên phá sản phản đối khiếu nại được báo cáo, thì vụ việc này sẽ được giải quyết thông qua một vụ kiện yêu cầu công nhận khiếu nại (Điều 244 Luật phá sản).

#### **(2) Tổ chức lại công ty**

##### **a. Thu thập khiếu nại**

Những giải thích liên quan đến phá sản, nghĩa là từ phần 3(1)a đến d, hầu hết được áp dụng cho các Luật sư của chủ nợ tổ chức lại.

#### b. Chuẩn bị dự thảo kế hoạch tổ chức lại

Người quản thủ sẽ chịu trách nhiệm đầu tiên về chuẩn bị dự thảo kế hoạch tổ chức lại. Tuy nhiên, nếu Luật sư của chủ nợ cho rằng dự thảo kế hoạch do người quản thủ chuẩn bị là không thích hợp, thì Luật sư của chủ nợ sẽ chuẩn bị một dự thảo kế hoạch tổ chức lại và đệ trình dự thảo này lên Toà án (Điều 190 Luật tổ chức lại công ty).

#### c. Tham dự phiên họp của các bên liên quan

Luật tổ chức lại công ty quy định về từ một đến ba phiên họp của những bên liên quan (Điều 187, 192 và 200 Luật tổ chức lại công ty). Trong một số trường hợp, Luật sư của chủ nợ sẽ tham dự những cuộc họp này và phát biểu nhân danh chủ nợ.

#### (3) Phục hồi dân sự

Vai trò của Luật sư của chủ nợ trong thủ tục tố tụng phục hồi dân sự khác rất ít so với vai trò của Luật sư của chủ nợ trong Luật tổ chức lại công ty.

### **4. Vai trò của quản trị viên như là một người trợ lý cho Toà án**

Ngoài những công việc của Luật sư dựa trên yêu cầu (trao quyền) của khách hàng - chủ nợ hoặc con nợ, như được đề cập trong phần 2 và 3 trên đây, Luật sư có thể tham gia vào vụ việc phá sản và đóng vai trò chung bằng cách giúp đỡ Toà án thông qua sự chỉ định của Toà án.

#### (1) Phá sản

##### a. Làm tăng khối tài sản phá sản

Trong một vụ phá sản, quản trị viên phá sản được Toà án chỉ định (Điều 157 Luật phá sản). Công việc của quản trị viên phá sản là bảo đảm hoặc thu hồi càng nhiều tài sản của con nợ càng tốt nhằm tăng khối tài sản và phân chia được nhiều hơn cho các chủ nợ nhân danh con nợ.

##### b. Điều tra khiếu nại và tham gia tố tụng

Mặt khác, quản trị viên phá sản phải kiểm tra các khiếu nại do các chủ nợ nộp và nếu có sự phản đối, thì phải thông qua tố tụng để xác nhận các khiếu nại này (Điều 226 đến 255 Luật phá sản).

##### c. Thực thi quyền từ chối

Để đạt được mục đích nói ở phần 4(1)a trên đây, có thể làm vô hiệu những giao dịch trước đây do chủ nợ thực hiện và thu hồi lại tài sản (Điều 72-85 Luật phá sản).

#### d. Phần được chia

Sau khi đã thực hiện những nghĩa vụ trong 4(1)a, b và c và chuẩn bị một danh sách phần được chia, nghĩa vụ của quản trị viên chấm dứt bằng việc phân chia phần được chia dựa trên danh sách này (Điều 256 Luật phá sản).

#### (2) Tổ chức lại công ty

##### a. Quản trị viên bảo vệ

Khi đơn yêu cầu được chấp nhận, Toà án thường chỉ định một quản trị viên bảo vệ (Điều 40 Luật tổ chức lại công ty) để điều tra nguyên nhân phá sản và khả năng tổ chức lại. Quản trị viên bảo vệ chuẩn bị một báo cáo điều tra mô tả kết quả của quá trình điều tra đó. Tìm ra nhà tài trợ cho việc tổ chức lại cũng là một nhiệm vụ quan trọng của quản trị viên bảo vệ.

##### b. Người quản thủ

Nếu Toà án quyết định tiến hành thủ tục tổ chức lại dựa trên cơ sở kết quả điều tra của quản trị viên bảo vệ, Toà án sẽ chỉ định một hoặc nhiều người quản thủ (Điều 94 và 46 Luật tổ chức lại công ty). Thông thường, người quản thủ luật pháp và người quản thủ thương mại được chỉ định. Một Luật sư nhận trách nhiệm làm người quản thủ luật pháp (thông thường, Luật sư là quản trị viên bảo vệ nhận trách nhiệm làm người quản thủ luật pháp) và một nhà kinh doanh nhận trách nhiệm làm người quản thủ thương mại. Cả hai người quản thủ này phối hợp để chuẩn bị kế hoạch tổ chức lại, gửi kế hoạch cho các chủ nợ và tổ chức cuộc họp dành cho những người liên quan để có được nghị quyết. Nhiều khi, chỉ có người quản thủ luật pháp được chỉ định làm người quản thủ, không có nhà kinh doanh. Quyền từ chối được thực thi bởi người quản thủ luật pháp (Luật sư) (Điều 760 và 82 Luật tổ chức lại công ty).

#### (3) Phục hồi dân sự

Thủ tục phục hồi dân sự thuộc loại DIP, do vậy, kế hoạch phục hồi được thực hiện dưới sự chỉ đạo của Luật sư - người nộp đơn yêu cầu phục hồi dân sự. Theo đó, Toà án chỉ định Luật sư khác làm uỷ viên giám sát để quản lý và giám sát công việc của Luật sư - người nộp đơn yêu cầu phục hồi dân sự dưới sự giám sát nhân danh Toà án (Điều 54 Luật phục hồi dân sự).

Sau khi kế hoạch phục hồi dân sự được phê chuẩn, Luật sư nhận trách nhiệm làm uỷ viên giám sát phải giám sát việc thi hành kế hoạch phục hồi trong vòng 3 năm sau đó (Điều 186 Luật phục hồi dân sự).

Uỷ viên giám sát có thể thực thi quyền từ chối (Điều 135 Luật phục hồi dân sự).

#### (4) Khởi tố trách nhiệm của giám đốc

Quản trị viên phá sản, quản trị viên bảo toàn và người quản thủ trong tổ chức lại công ty phải điều tra xem giám đốc và những người khác có phải chịu trách nhiệm về sự phá sản hay không hoặc họ có thực hiện những hành vi trái pháp luật không. Nếu có, họ phải khởi tố cả trách nhiệm hình sự và dân sự và cố gắng làm tăng tài sản phá sản (Điều 374 và 375 Luật phá sản và Điều 290 và 291 Luật tổ chức lại công ty). Uỷ viên giám sát trong thủ tục phục hồi dân sự thuộc dạng DIP có quyền lực yếu hơn trong lĩnh vực này. Do đó, đây là nguyên nhân tại sao các giám đốc thích thủ tục phục hồi dân sự hơn thủ tục tổ chức lại công ty.

### **5. Vai trò của Luật sư của người tài trợ hoặc người mua lại công ty**

Phá sản là cơ hội tuyệt vời đối với các đối thủ cạnh tranh và các công ty có ý định phát triển lĩnh vực kinh doanh của công ty phá sản. Một Luật sư nhiều khi được yêu cầu hành động nhân danh các nhà tài trợ hoặc người mua lại công ty đó.

### **6. Kết luận**

(1) Như đã nói ở trên, Luật sư đóng vai trò rất quan trọng trong thủ tục tổ tụng phá sản. Hơn nữa, thủ tục tổ tụng phá sản yêu cầu những kiến thức và kỹ năng đặc biệt, khác với các thủ tục tổ tụng tại Toà án khác. Đặc biệt, Luật sư cần phải có kiến thức cơ bản về kế toán, thuế, quản lý công ty và có khả năng làm việc với các chuyên gia khác như là kế toán viên công được công nhận. Thậm chí nếu một luật tuyệt vời được xây dựng, luật đó cũng không hoạt động được nếu không xây dựng được một hệ thống phát hiện và đào tạo những tài năng, ngoài việc duy trì Luật phá sản.

(2) Khi xây dựng Luật phá sản, cần phải điều tra quan điểm của những người sẽ sử dụng luật xem họ sẽ sử dụng nó như thế nào.

*Người dịch: Trương Thị Quyên*

