

**СПАСЕНИЕ БИЗНЕСА В БАНКРОТНОМ ПРАВЕ**

**ОТЧЕТ ИНСТИТУТА ЕВРОПЕЙСКОГО ПРАВА**

## СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие к русскому изданию ( <i>Боб Вессельс</i> ) .....	13
Foreword ( <i>Bob Wessels</i> ) .....	17
Предисловие ( <i>Е. Суворов</i> ) .....	21
Благодарности .....	27
Предисловие издателя .....	31
Список сокращений .....	37
Рекомендации по спасению бизнеса .....	44
Глоссарий терминов и определений по вопросам реструктуризации и банкротства .....	66
<b>ВСТУПЛЕНИЕ</b> .....	114
<b>1. Обзор</b> .....	114
<b>2. Предыстория Отчета</b> .....	116
2.1. Меры Европейской комиссии по гармонизации .....	116
2.1.1. Рекомендация о новом европейском подходе к несостоятельности бизнеса .....	117
2.1.2. Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) .....	122
2.1.3. Создание Союза рынков капитала .....	126
2.1.4. Проект Директивы о реструктуризации (2016) .....	128
2.2. В глобальном аспекте .....	130
2.3. Договорный контекст .....	135
<b>3. Методология</b> .....	139
3.1. Проектирование .....	139
3.1.1. Списки вопросов .....	140
3.1.2. Отбор 13 стран ЕС .....	141
3.1.3. Национальные докладчики и доклады .....	142
3.1.4. Доклад в отношении международных рекомендаций .....	142
3.2. Отчет по проекту .....	143
3.2.1. Доклады и исследования .....	143
3.2.2. Презентации и дискуссии .....	146
<b>4. Отчет</b> .....	147
4.1. Цели .....	147
4.2. Оказание содействия усилиям по гармонизации .....	149

4.3. Структура отчета.....	152
4.4. Теоретические основы отчета.....	153
<b>ГЛАВА 1. УЧАСТНИКИ И УСТРОЙСТВО ПРОЦЕДУРЫ.....</b>	<b>156</b>
<b>1.1. Участники процедуры реструктуризации</b>	
<b>и несостоятельности.....</b>	<b>156</b>
1.1.1. Роль суда.....	166
1.1.1.1. Требования к судьям.....	169
1.1.1.2. Мотивы рекомендаций.....	181
1.1.1.3. Рекомендации.....	184
1.1.2. Роль медиатора (посредника).....	185
1.1.2.1. Медиация в вопросах гражданского	
и коммерческого права.....	187
1.1.2.2. Международное развитие медиации в банкротстве.....	190
1.1.2.3. Банкротная медиация в ЕС.....	194
1.1.2.4. Мотивы рекомендаций.....	198
1.1.2.5. Рекомендации.....	199
1.1.3. Роль наблюдателя.....	199
1.1.3.1. Международное регулирование в отношении	
наблюдателя.....	200
1.1.3.2. Наблюдатели, назначенные судом в ЕС.....	203
1.1.3.3. Мотивы рекомендаций.....	203
1.1.3.4. Рекомендации.....	204
1.1.4. Управляющие в деле о несостоятельности (также –	
банкротный управляющий, управляющий).....	204
1.1.4.1. Значимые вопросы из национальных отчетов.....	204
1.1.4.2. Значимые международные тенденции.....	213
1.1.4.3. Европейские принципы INSOL Europe и наилучшие	
практики управляющих в ЕС (INSOL. Europe Statement	
of Principles and Best Practice for Insolvency Office Holders	
in the EU).....	220
1.1.4.4. Мотивы рекомендаций.....	224
1.1.4.5. Рекомендации.....	231
1.1.5. Должник во владении.....	231
1.1.5.1. Значимые пункты из национальных докладов.....	233
1.1.5.2. Значимые международные тенденции.....	239
1.1.5.3. Обязанности должника/директора в случае	
банкротства бизнеса.....	246
1.1.5.4. Мотивы рекомендаций.....	252
1.1.5.5. Рекомендации.....	257

1.1.6. Антикризисное управление .....	258
1.1.6.1. Антикризисный управляющий в ЕС .....	259
1.1.6.2.Руководящие принципы Европейского отделения INSOL по оздоровлению.....	260
1.1.6.3. Рекомендации.....	261
1.1.7. Директор по реструктуризации .....	261
<b>1.2. Процедурное оформление схем реструктуризации и несостоятельности .....</b>	<b>263</b>
1.2.1. Внесудебное урегулирование .....	264
1.2.1.1. Рациональное выжидание.....	265
1.2.1.2. Стратегическое выжидание .....	269
1.2.1.3. Мотивы рекомендаций .....	271
1.2.1.4. Рекомендации.....	275
1.2.2. Предбанкротные процедуры .....	276
1.2.2.1. Мотивы к выполнению рекомендаций .....	288
1.2.2.2. Рекомендации.....	293
1.2.3. Официальные процедуры.....	293
1.2.4. Официальные процедуры урегулирования дел о несостоятельности, применяемые для спасения предприятия .....	298
1.2.4.1. Мотивы рекомендаций .....	308
1.2.4.2. Рекомендации.....	315
1.2.4.3. Общий обзор рекомендуемых процедур для спасения бизнеса.....	316
<b>1.3. Прекращение и преобразование процедур .....</b>	<b>318</b>
1.3.1. Прекращение процедуры .....	318
1.3.2. Преобразование .....	320
1.3.3. Возобновление разбирательства .....	321
1.3.4. Мотивы рекомендаций .....	322
1.3.5. Рекомендации .....	325
<b>ГЛАВА 2. ФИНАНСИРОВАНИЕ СПАСЕНИЯ.....</b>	<b>326</b>
<b>2.1. Новое финансирование (свежие деньги).....</b>	<b>326</b>
2.1.1. Терминология .....	326
2.1.2. Значимые вопросы из национальных отчетов.....	328
2.1.2.1. Новое финансирование .....	328
2.1.2.2. Промежуточное (временное) финансирование .....	329
2.1.3. Значимые международные тенденции.....	331
2.1.4. Мотивы рекомендаций в отношении промежуточного и нового финансирования .....	335

2.1.6. Рекомендации в отношении нового и промежуточного финансирования <sup>1</sup> .....	337
<b>2.2. Приостановление (мораторий)</b> .....	337
2.2.1. Введение.....	337
2.2.2. Значимые положения из национальных [обзорных] докладов.....	338
2.2.2.1. Значимые положения национальных докладов в части приостановления в ходе официальных процедур.....	338
2.2.2.2. Важные элементы моратория в предбанкротных процедурах из национальных докладов.....	340
2.2.3. Значимые международные тенденции.....	346
2.2.5. Рекомендации относительно моратория .....	351
<b>ГЛАВА 3. ДЛЯЩИЕСЯ КОНТРАКТЫ</b> .....	353
<b>3.1. Длющиеся контракты</b> .....	354
3.1.1. Отношение в формальном производстве по делу о несостоятельности .....	355
3.1.2. Отношение в ходе реструктуризации и предбанкротных процедур .....	357
<b>3.2. Прекращение и изменение договорных прав</b> .....	359
<b>3.3. Передача контрактов в рамках сделок отчуждения действующего бизнеса должника</b> .....	361
<b>3.4. Рекомендации</b> .....	363
<b>ГЛАВА 4. ОЧЕРЕДНОСТЬ ТРЕБОВАНИЙ КРЕДИТОРОВ; УПРАВЛЯЮЩАЯ РОЛЬ КРЕДИТОРОВ</b> .....	365
<b>4.1. Введение</b> .....	365
<b>4.2. Очередность кредиторов</b> .....	367
4.2.1. Кредиторы, владеющие активами из имущественной массы .....	369
4.2.2. Преимущество обеспеченных реестровых кредиторов.....	370
4.2.3. Кредиторы, привилегированные в силу правил законодательства о несостоятельности о распределении (привилегия текущих кредиторов) .....	373
4.2.4. Обыкновенные кредиторы .....	375
4.2.5. Субординированные кредиторы .....	375
<b>4.3. Мотивы рекомендаций</b> .....	377
<b>4.4. Управление кредиторов</b> .....	382

---

<sup>1</sup> Некорректная нумерация в первоисточнике. – Примеч. пер.

4.4.1. Общее собрание кредиторов .....	383
4.4.2. Комитет кредиторов .....	384
4.4.3. Мотивы рекомендаций .....	386
<b>4.5. Рекомендации .....</b>	<b>388</b>
<b>ГЛАВА 5. ВОПРОСЫ ТРУДА, ПОСОБИЙ И ПЕНСИЙ .....</b>	<b>390</b>
<b>5.1. Трудовые договоры .....</b>	<b>390</b>
5.1.1. Специальные положения, касающиеся режима трудовых договоров или коллективных договоров .....	391
5.1.1.1. Защита и прекращение трудового договора .....	391
5.1.1.2. Право на своевременное получение информации.....	395
5.1.1.3. Коллективные соглашения и переговоры .....	397
5.1.2. Способы реструктуризации трудовых договоров или коллективных соглашений .....	399
5.1.2.1. Дополнительные способы, как правило, применяемые в процессе реструктуризации .....	399
5.1.2.2. Специальная защита в случае передачи контроля над бизнесом.....	400
5.1.3. Рассмотрение требований о невыплаченной заработной плате .....	404
5.1.3.1. Требования, возникшие после открытия производства.....	404
5.1.3.2. Требования, возникшие до открытия производства.....	404
5.1.3.2.1. Привилегированный режим .....	405
5.1.3.2.2. Гарантии .....	406
5.1.3.2.3. Общий уровень защиты .....	409
5.1.4. Мотивы рекомендаций .....	409
5.1.4.1. Право на расторжение и защита договоров .....	410
5.1.4.2. Своевременное информирование .....	412
5.1.4.3. Коллективное представительство работников.....	412
5.1.4.4. Преимущества системы гарантий для покрытия невыплаченной заработной платы .....	413
5.1.4.5. Использование гарантийного фонда для финансирования после подачи ходатайства .....	413
5.1.4.6. Защита работников и практика самозанятости .....	415
<b>5.2. Пенсии.....</b>	<b>416</b>
5.2.1. Особый режим пенсионного обеспечения работников .....	416
5.2.1.1. Защита пенсионных прав.....	417
5.2.1.2. Рассмотрение требований по взносам.....	418

5.2.2. Реструктуризация пенсионных прав в рамках мер по спасению бизнеса.....	419
5.2.3. Мотивы рекомендаций.....	420
5.2.4. Рекомендации.....	421

<b>ГЛАВА 6. ОСПАРИВАНИЕ СДЕЛОК В РАМКАХ ВНЕСУДЕБНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРОЦЕДУР, ПРЕДШЕСТВУЮЩИХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ, И ВОЗМОЖНЫЕ ЗАЩИТНЫЕ ВОЗРАЖЕНИЯ.....</b>	<b>424</b>
--	------------

<b>6.1. Вступление.....</b>	<b>424</b>
<b>6.2. Правило возврата и защитные возражения.....</b>	<b>425</b>
6.2.1. Существенные моменты национальных докладов.....	427
6.2.2. Существенные вопросы в международных тенденциях.....	432
<b>6.3. Мотивы рекомендаций.....</b>	<b>433</b>
<b>6.4. Рекомендации.....</b>	<b>435</b>

<b>ГЛАВА 7. ПРОДАЖА РАБОТАЮЩЕГО (ДЕЙСТВУЮЩЕГО) БИЗНЕСА.....</b>	<b>437</b>
---	------------

<b>7.1. Введение.....</b>	<b>437</b>
<b>7.2. Процедуры для продажи работающего бизнеса в национальных отчетах.....</b>	<b>439</b>
<b>7.3. Заметная международная тенденция: глава 11 кодекса о банкротстве США.....</b>	<b>442</b>
<b>7.4. Предварительно подготовленная продажа (Pre-packaged sales)....</b>	<b>453</b>
7.4.1. Введение.....	453
7.4.2. Значимые выдержки из национальных отчетов.....	455
7.4.3. Значимые международные тенденции.....	459
7.4.4. Мотивы рекомендаций.....	463
7.4.5. Рекомендации.....	465

<b>ГЛАВА 8. ВОПРОСЫ ПЛАНА СПАСЕНИЯ: ПОРЯДОК И СТРУКТУРА; ВОПРОСЫ РАСПРЕДЕЛЕНИЯ.....</b>	<b>466</b>
---	------------

<b>8.1. Средства для достижения соглашения о плане.....</b>	<b>468</b>
<b>8.2. Содержание плана.....</b>	<b>469</b>
8.2.1. Кредиторы.....	469
8.2.2. Акционеры (участники).....	474
8.2.3. Содержание плана.....	479
<b>8.3. Предложение и согласование плана.....</b>	<b>482</b>
8.3.1. Право на представление плана.....	482
8.3.2. Переговоры о предлагаемом плане.....	483

<b>8.4. Права голоса и порядок голосования</b> .....	485
8.4.1. Права голоса и споры о правах голоса .....	485
8.4.2. Какие режимы голосования допустимы? .....	487
8.4.3. Запрещено ли голосовать новым кредиторам в связи с требованиями из коммерческих контрактов? .....	488
<b>8.5. Подтверждение и преодоление голосов против (cramdown)</b> .....	489
8.5.1. Принятие плана .....	490
8.5.2. Содержание, реализуемость и цель плана .....	495
8.5.3. Справедливость и преодоление голосов против (cramdown).....	496
8.5.4. Обжалования и отложенные обжалования.....	500
<b>8.6. Действие, изменение и прекращение</b> .....	501
<b>8.7. Мотивы рекомендаций</b> .....	503
8.7.1. Право на представление плана.....	505
8.7.2. Содержание плана .....	506
8.7.3. Охват плана и защита сторон .....	507
8.7.4. Обеспеченные кредиторы .....	508
8.7.5. Привилегированные кредиторы .....	509
8.7.6. Другие кредиторы .....	510
8.7.7. Акционеры .....	510
8.7.8. Принцип «неухудшения положения кредиторов» (No creditor worse off), правило абсолютного приоритета и оценка .....	519
8.7.9. Стандарты подтверждения .....	521
8.7.10. Реализация, надзор и прекращение .....	522
8.7.11. Освобождение от налогов.....	523
<b>8.8. Рекомендации</b> .....	523
<b>ГЛАВА 9. ВОПРОСЫ ГРУППЫ ЛИЦ</b> .....	526
<b>9.1. Вступление</b> .....	526
<b>9.2. Феномен группы лиц</b> .....	527
<b>9.3. Значимые черты национальных режимов</b> .....	529
9.3.1. Специальные положения для неплатежеспособных групп компаний в национальном контексте .....	530
9.3.2. Процедурная консолидация производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, входящих в группу лиц.....	534
9.3.3. Сущностная консолидация внутригосударственного производства по делу о несостоятельности в рамках группы лиц в единую процедуру .....	536

<b>9.4. Европейский регламент о процедурах банкротства (2015)</b> .....	537
9.4.1. Сотрудничество и коммуникации (ст. 56–60 EIR (2015)).....	539
9.4.2. Координация (ст. 61–77 EIR (2015)).....	540
<b>9.5. Значимые международные тенденции</b> .....	542
9.5.1. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности.....	543
9.5.2. ЮНСИТРАЛ. Ключевые принципы режима для решения проблемы несостоятельности группы лиц.....	544
9.5.3. Международный институт несостоятельности. Руководящие принципы координации деятельности международных групп лиц (2013).....	546
9.5.4. Принципы Всемирного банка (2016).....	548
<b>9.6. Мотивы рекомендаций</b> .....	551
<b>9.7. Рекомендации по вопросам группы лиц</b> .....	553
<b>ГЛАВА 10. СПЕЦИАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ ДЛЯ МАЛЫХ И СРЕДНИХ ПРЕДПРИЯТИЙ (МСП), ВКЛЮЧАЯ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ (НО НЕ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ)</b> .....	557
<b>10.1. Определение особого класса бизнеса ММП</b> .....	557
10.1.1. Ограниченные ресурсы, ограниченные ожидания третьих лиц .....	561
10.1.2. Предприниматель .....	561
10.1.3. Нерелевантные факторы .....	562
<b>10.2. Специфические проблемы процедур ММП</b> .....	563
10.2.1. Микроэкономические проблемы.....	563
10.2.2. Макроэкономические проблемы .....	564
<b>10.3. Конкретные инструменты процедур ММП</b> .....	565
10.3.1. Реагирование на микроэкономические проблемы.....	565
10.3.2. Макроэкономические проблемы .....	569
<b>10.4. Рекомендации</b> .....	574
<b>Приложения</b>	
<i>Приложение 1.</i> Анкета для национальных консультантов по национальным обзорам законодательства.....	578
<i>Приложение 2.</i> Анкета нормативных отчетов национальных консультантов .....	597
<b>Послесловие</b> ( <i>А. Задорожный и А. Казанцев.</i> Партнеры Московского адвокатского бюро «Синум АДВ»).....	600

## ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ

В юридической литературе последних двух десятилетий проявились некоторые характерные черты, которые можно рассматривать как общепринятые основные принципы банкротного права. Описываемые принципы включают принцип коллективности. Банкротное право приводит к режиму, при котором действия отдельных кредиторов против несостоятельного должника замораживаются, а им на смену приходит совместное исполнение в отношении активов должника. Другими общими принципами являются принцип общей массы активов, принцип равного отношения к кредиторам и, с точки зрения законодательства, растущее осознание во многих государствах возможности проведения нескольких типов реструктуризации и производства по делу о несостоятельности, а также включение в национальное законодательство справедливых, предсказуемых и эффективных правил, а также правил, учитывающих трансграничные последствия производства по делу о несостоятельности.

Действительно, многие законодательные акты содержат процедуру (в дополнение к чистой ликвидации активов), основанную на принципе композиции или договоренности, заключающейся между должником и его кредиторами, которая связывает определенный процент кредиторов сверх несогласного меньшинства кредиторов (порой именуемой «преодолением», *cram-down*). Характерной особенностью данных видов производств, направленных на реструктуризацию бизнеса должника, является то, что попытки реструктуризации или реорганизации предприятий обычно иницируются самим должником или, по крайней мере, не против его воли.

Кроме того, многие страны пришли к пониманию того, что существующая правовая база не отвечает в полной мере конкретным задачам по достижению экономических результатов, которые потенциально лучше, чем те, которые могут быть достигнуты при ликвидации, путем сохранения и улучшения бизнеса компании за счет рационализации. Процедура спасения, введенная в соответствии с Законом о реформе банкротства Соединенных Штатов 1978 г. (глава 11), была ориентиром для законодателей многих стран, внесших поправки в свое законодательство (например, Германия, 1999 г.) или внедривших модель, основанную на соответствующем обосновании (например, Франция, 2005 г.).

Такое банкротное представление, где ведущая роль отводится реструктуризации, в целом характерно для всего мира. Такие страны, как Япония, Австралия, Китай и Индия уже завершили или рассматривают возможность обновления своих законов о несостоятельности (банкротстве). Для стран, входящих в Ассоциацию государств Юго-Восточной Азии (АСЕАН), идет разработка определения общих тем и подходов к реструктуризации в судебном и внесудебном порядке, которая должна привести к появлению азиатских принципов реструктуризации бизнеса. Сингапур недавно ввел сверхприоритетное финансирование спасения бизнеса, а с июля 2020 г. своим новым Законом о несостоятельности, реструктуризации и ликвидации (*IRDA*) город-государство ввел ограничения для условий договора *ipso facto*, чтобы лимитировать определенные возникающие договорные права в условиях, когда осуществляется процедура реструктуризации. Этот Закон также вводит новые правила лицензирования и регулирования, направленные на повышение уровня практикующих специалистов.

В Европе за последнее десятилетие Испания и Италия пересмотрели свои законодательные подходы, они перешли от традиционной ликвидации по формальному производству по делу о несостоятельности к внесудебным процедурам (*workout*) спасения финансово неустойчивых компаний. Нидерланды делают то же самое в 2020 г. Германия и Франция также внесли поправки в свое сравнительно новое законодательство. Даже Соединенное Королевство в июне 2020 г. внесло самые существенные за последние 20 лет изменения в законодательство о несостоятельности, в том числе новый мораторий на принудительные меры, новую процедуру «план реструктуризации» и положения о возможности отказа поставщика от договора в связи с несостоятельностью, включая ограничения на обеспечение соблюдения положений *ipso facto*. В целом, изменения в национальных законодательствах о несостоятельности направлены на обеспечение большей гибкости в национальных режимах несостоятельности, чтобы дать компаниям «передышку» для изучения вариантов спасения в то время как поставки защищены, чтобы предоставить им максимальный шанс на выживание. Во многих юрисдикциях мира новый способ работы с компаниями, терпящими бедствие, отражает эти законодательные изменения и сосредоточен на формировании культуры спасения бизнеса.

Венчают описываемые изменения законодательные меры Европейского союза (Директива ЕС о праве реструктуризации и несостоятельности (2019/1023)) по гармонизации систем несостоятельности государств-членов с механизмами, которые уже можно увидеть на практике

или которые только появляются в мире. В условиях возникновения вероятности того, что должник может стать неплатежеспособным, он должен иметь возможность обсудить план реструктуризации со своими кредиторами; должна быть предусмотрена возможность приостановки кредиторов в реализации их прав; кредиторы должны быть помещены в классы с правом голоса; определенное большинство должно принять план; суд должен оказать помощь в преодолении голосов несогласных кредиторов; конкретные новые финансовые средства для компании должны быть защищены; и должник во владении должен иметь возможность управлять всем процессом.

Данные мировые тенденции будут характерны для законодательства и практики в ближайшие годы. Это не сильно встряхнет, однако наверняка взволнует бизнес-консультантов, законодателей, специалистов по банкротству и судей. Такое положение дел потребует от них углубления знаний и совершенствования навыков, чтобы помочь корпоративному менеджменту и традиционной юридической отрасли в планировании будущих бизнес-моделей и во внедрении новых деловых и финансовых структур. Действительно, существует потребность в гораздо более широком понимании и опыте в вопросах законодательства о несостоятельности, корпоративного права или общего договорного права, а также в ноу-хау по таким вопросам, как финансовая реструктуризация, корпоративные финансы, а также организация бизнеса и стратегии.

Вместе с моим немецким коллегой профессором Стефаном Мадаусом (Университет Галле-Виттенберг) и при содействии Герт-Яна Боона, научного сотрудника Лейденского университета (Нидерланды), мы объединили наши идеи относительно оптимальной культуры спасения финансово неустойчивых компаний. Наш исследовательский проект «Спасение бизнеса в банкротном праве», принятый Европейским институтом права (ELI), осуществлялся с 2014 по 2017 г. Хотя за эти годы в области (превентивной) реструктуризации и несостоятельности произошло много изменений, ставших катализатором проекта, он был основан на тесном сотрудничестве с 50 учеными и практиками со всей Европы и за ее пределами. Для нас это был захватывающий и интенсивный путь благодаря постоянной поддержке широкой группы национальных корреспондентов, готовящих обширные национальные отчеты, а также различные комментарии и рекомендации, сделанные иными советниками этого проекта *ELI* в отношении текущей работы, а также отзывы, полученные в ходе семи конференций в Европе, где мы объясняли и обсуждали составляющие нашей текущей работы. Это

привело к разработке Рекомендаций спасения бизнеса в законодательствах о несостоятельности, единогласно одобренных в сентябре 2017 г. Советом *ELI* и Генеральной ассамблеей *ELI*. Мы считаем, что работа над проектом оказалась своевременной благодаря усилиям Европейской комиссии, проводимым параллельно с Проектом по спасению бизнеса, по сближению законов о спасении бизнеса и принятию Директивы ЕС о превентивной реструктуризации 2019 г. Наш Отчет представляет независимый взгляд на различные темы, относящиеся к спасению финансово неустойчивых компаний. В целом Отчет состоит из более чем 100 рекомендаций, которые могут оказать помощь в принятии законов о спасении бизнеса, в частности при рассмотрении 70 вариантов, которые Директива ЕС оставляет на усмотрение государств-членов ЕС.

Как исследователи, мы очень рады тому, что наш полный Отчет, включая рекомендации, был переведен группой профессионалов в этой области на столь важный язык, которым мы не владеем. Мы впечатлены их колоссальными усилиями, выходящими за пределы наших представлений, когда мы начинали наш проект.

Десять лет назад, на фоне глобального финансового кризиса, никто из нас и представить себе не мог, сколько деловых и экономических аспектов мы увидим в сегодняшнем мире реструктуризации и несостоятельности. Это может быть не очень хорошей новостью для компаний, которых это касается, однако мы не могли предсказать нужность потребностей бизнеса и открытости национальных законодателей для более широких перспектив и сближения законодательства и практики. В условиях, когда мир ежедневно сжимается, законодатели все чаще вырабатывают общие позиции, по крайней мере, по ряду ключевых вопросов, решительно пытаясь найти подходящие ответы расширяющейся политики спасения экономически жизнеспособных, но финансово неустойчивых компаний.

Теперь, когда наш Отчет переведен на русский язык, это позволит законодателям, судьям и практикам в России и других регионах, где говорят по-русски, а также более широкой аудитории понять и оценить вопросы и общие взгляды на реструктуризацию и спасение жизнеспособных компаний.

*Боб Вессельс*  
*Почетный профессор международного банкротного права*  
*Лейденский университет*

*Июль 2020 г.*

## FOREWORD

In legal literature of the last two decades some common features have been identified, which may be regarded as quite generally accepted prominent principles of insolvency law. These features include the principle of collectivity. Insolvency law results in a system within which actions by individual creditors against the insolvent debtor are frozen as these are replaced by the idea of the rule of joint execution against his assets. Other general principles are the notion of a common pool of assets, the equal treatment of creditors and – in terms of legislation – the growing awareness in many states to allow for several types of restructuring and insolvency proceedings as well as to include in national legislation fair, predictable and efficient rules, also to deal with cross-border effects of insolvency proceedings.

Indeed, many legislations contain a proceeding (in addition to pure liquidation of assets) which is based on the principle of a composition or an arrangement concluded between the debtor and his creditors, which is binding upon a given percentage creditors over the dissenting minority of creditors (sometimes referred to as ‘cram-down’). A characteristic feature of these types of proceedings, aiming at reorganization of the debtor’s business, is the fact that attempts to restructure or reorganize enterprises will usually be initiated by the debtor himself, or at least not against his will.

Many countries furthermore have come to understand that the existing legal framework does not (fully) meet the specific challenge to achieve economic results that are potentially better than those that might be achieved under liquidation, by preserving and potentially improving the company’s business through rationalisation. The Chapter 11 rescue proceeding, introduced under the United States Bankruptcy Reform Act 1978, has been an example for legislators in quite a number of countries to amend their legislation (e.g. Germany, 1999) or to introduce a model based on the rationale behind these proceedings (e.g. France in 2005).

This insolvency theater travels all over the world, with a leading role for restructuring. Countries such as Japan, Australia, China and India have recently finalized or are contemplating renewal of their insolvency (bankruptcy) laws. For sixteen nations, covered by the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN), the development of identifying common themes and approaches to in-court and out-of-court restructuring, leading to Asian Principles of Business Restructuring is on its way. Singapore already recently introduced the use of super priority rescue financing and, since July 2020,

with its new Insolvency, Restructuring and Dissolution Act (IRDA) the city-state introduced restrictions on ipso facto clauses, to limit certain contractual rights that are triggered when restructuring proceedings are commenced. This legislation also enacts a new licensing and regulatory regime to raise the standard of practitioners.

In Europe in the last decade, Spain and Italy have shifted their legislative approaches from traditional liquidation focused on formal insolvency proceedings to out-of-court workouts in order to rescue financially distressed businesses. The Netherlands is on its way to do the same in 2020. Germany and France again have amended their rather fresh legislation. Even the United Kingdom, in June 2020, introduced its biggest change to insolvency legislation in twenty years, with a new moratorium on enforcement action, a new 'restructuring plan' process and the disapplication of supplier termination of contract provisions for insolvency (including restrictions on enforcement of ipso facto clauses). In all, the wind in the sails of legislation comes from one clear direction: to introduce greater flexibility into national insolvency regimes to allow companies a breathing space to explore options for rescue whilst supplies are protected, so that they can have a maximum chance of survival. In many jurisdictions all over the globe a new way of dealing with businesses in distress reflects these legislative changes and is centered around the emergence of a rescue culture.

On top of these development are the European Union's legislative measures (EU Directive on Restructuring and Insolvency Law (2019/1023)) to harmonize member states' insolvency frameworks with mechanisms that one sees in practice or emerging over the globe. When a debtor is likely to become insolvent, it should be in the position to negotiate a restructuring plan with its creditors; a stay should be available to halt creditors exercising their rights; the creditors should be put in voting classes; a certain majority should adopt the plan; a court should cram down holdout creditors; specific new finance for the company should be protected; and the debtor in possession should be able to steer the whole process.

This worldwide gulf will roll out, surging waves in legislation and practices in the coming years. It will not so much shake, but surely stir business advisors, legislators, insolvency practitioners, and judges. It will require them to deepen their knowledge and skills to assist corporate management and the traditional legal industry in sketching out their future business models and helping to implement new business and financial structures. There truly is a need to develop a much broader insight and expertise in matters of insolvency law, company law, or general contract law and to develop know-how concerning such matters as financial restructuring, corporate finance, and organization of business and strategy.

---

With my German colleague professor Stephan Madaus (University of Halle-Wittenberg) and assisted by Gert-Jan Boon (PhD researcher at University of Leiden, the Netherlands) we have brought together our ideas regarding the optimal rescue culture. Our research project Rescue of Business in Insolvency Law, adopted by the European Law Institute (ELI), ran from 2014 to 2017. Although many developments took place during these years in the field of (preventive) restructuring and insolvency, proving to be a catalyst for the project, it has thrived on the close cooperation of fifty academics and practitioners from across Europe and beyond. For us it has been an exciting and turbulent journey by the continuous support of the broad group of national correspondents preparing extensive national inventory reports, but also the various comments and recommendations made by the other advisors to this ELI project on the ongoing work, as well as input received during some seven conferences in Europe, when we explained and discussed parts of our work in progress. This has led to the development of the Instrument on Rescue of Business in Insolvency Law, which was unanimously approved in September 2017 by the ELI Council and the the ELI General Assembly. We feel that the work of the project has proven to be timely with the European Commission's efforts, running parallel to the Business Rescue Project, on approximating business rescue laws and resulting in the EU Preventive Restructuring Directive of 2019. What our Report does is to present an independent view on a variety of themes affected by the rescue of financially distressed businesses. In total, our Report consists of over 100 recommendations which may assist in adopting and assisting in business rescue laws, in particular when considering the seventy options that the EU Directive leaves to be decided by the EU Member States.

As researchers, we are thrilled with the idea that our full Report including our recommendations have been translated by a group of professionals in the field in such an important language (which we do not master). We are impressed by their tremendous effort, beyond any idea that we had at the time when we started our project.

A decade ago, against the backdrop of the global financial crisis, none of us could have imagined just how much business and economic dimensions we would see in the restructuring and insolvency world of today. It may be bad news for the companies affected, however, we could not have predicted the necessity of business demands and the openness of national legislators for broader perspectives, with increasing convergence of legislations and practices. Where the world indeed grows smaller every day, legislations converge to more common positions, at least on several key points, in a determined attempt to find suitable responses to a widely endorsed policy of rescuing economically viable but financially distressed businesses.

With our Report now translated in Russian, legislators, judges and practitioners in Russia and other areas where Russian is spoken, enables a broader audience to understand and appreciate issues and commonalities of views about restructuring and rescue of viable businesses.

Bob Wessels  
Professor Emeritus of International Insolvency Law  
Leiden University

July 2020

## Уважаемые коллеги!

Вашему вниманию представляется перевод Отчета Института европейского права, посвященного *спасению бизнеса* в банкротном праве.

Речь идет о колоссальном труде, который на протяжении трех лет (2014–2017 гг.) выполняла группа экспертов в составе команды проекта профессора Боба Вессельса (Лейденский университет, Нидерланды; докладчик), профессора Стефана Мадауса (Университет Мартина-Лютера, Галле-Виттенберг, Германия; докладчик), Герт-Яна Боона (Лейденский университет, Нидерланды), а также Комитета экспертов и национальных консультантов при поддержке органов и секретариата Института европейского права.

Помимо того, что названный труд является авторитетным источником информации о реабилитационных процедурах в конкретной стране (Австрия, Бельгия, Англия и Уэльс, Франция, Германия, Греция, Венгрия, Италия, Латвия, Нидерланды, Польша, Испания, Швеция), в самой своей идее он является отражением актуальной правополитической мысли (в части Рекомендаций).

Для российской правовой системы настоящий Отчет является ценным источником, который может быть одинаково эффективно использован в законопроектной, правоприменительной и научной деятельности.

Как известно, в настоящее время обсуждается проектирование закона, посвященного реструктуризации долгов юридических лиц. Государственной Думой Федерального Собрания Российской Федерации уже даже был принят в первом чтении внесенный Правительством Российской Федерации соответствующий законопроект (№ 239931-7), который, однако, был отозван Правительством Российской Федерации в связи с подготовкой обновленной версии. Исходя из этого можно признать, что реабилитационная направленность изменений законодательства о банкротстве характеризует актуальную правовую политику Российской Федерации.

Что касается правоприменительной области, то вопросы реабилитационных процедур, их природы и смысла не раз становились предметом правовых позиций высших судов Российской Федерации. По большей части они, конечно же, связаны с мировым соглашением в деле о банкротстве (наиболее применимая реабилитационная процедура), но этого достаточно, чтобы признать актуальность Отчета

в практическом смысле. К тому же вопросы, поднимавшиеся в рамках названных дел, касаются общей для всей реабилитации проблематики: основания и глубина принуждения кредиторов, экономическая обоснованность ожиданий в восстановлении платежеспособности должников и т.п.<sup>1</sup>

В Отчете мы встречаем принципиально новый подход: ни много ни мало он пронизан идеей культуры спасения бизнеса (*rescue business culture*). Следует признать, что культура спасения бизнеса в настоящее время приобретает черты глобального тренда, и содержание Отчета, как видится, представляет собой яркое тому подтверждение.

При ознакомлении с Отчетом невольно задаешься вопросом: является ли благом спасение бизнеса по сравнению с его ликвидацией? Кажется, что насыщенное содержание Отчета отвечает утвердительно на этот вопрос. Как минимум реабилитация существующего бизнеса по сравнению с созданием такого бизнеса с нуля должна вести к сокращению издержек на затраты по организации бизнеса. Следует признать, что благом являются также сохранение рабочих мест, привычной хозяйственной структуры конкретного населенного пункта, производственных цепочек.

Конечно же, чистый рыночный подход, основанный на абсолютной конкуренции, несовместим с идеей ограничения прав кредиторов во имя спасения несостоятельного бизнеса. Так, реабилитация должников (их бизнеса) в большинстве случаев является возражением должников, противопоставляемым кредиторам, т.е. является ограничением их прав. Применительно к Отчету это подтверждает Рекомендация 1.25, в силу которой обеспечение достижения соглашения должно предусматриваться исключительно в интересах должника, а также Рекомендация 8.08, согласно которой план реструктуризации разрабатывает именно должник.

Надо признать, однако, что чистый рыночный подход в настоящее время уже не может использоваться как базовый, по крайней мере без оговорок: протекционизм и неравенство игроков по отношению друг к другу являются приметой времени, что требует изменения идеологических экономических основ. Само по себе существование так называемых системных кредиторов, особое положение финансовых

---

<sup>1</sup> Определения Верховного Суда РФ: от 24.09.14 № 305-ЭС14-1200, от 03.06.15 № 303-ЭС14-8747, от 18.09.15 № 303-КГ15-5133, от 24.12.15 № 302-ЭС15-11136, от 17.05.16 № 305-ЭС16-1045, 28.11.16 № 303-ЭС16-10969, от 19.12.16 № 305-ЭС15-18052(2), от 30.03.18 № 305-ЭС17-19680, от 16.08.18 № 303-ЭС15-10589, от 27.05.19 № 305-ЭС18-25601, от 25.05.20 № 305-ЭС15-11067, от 25.05.20 № 308-ЭС19-24219 (1, 2).

учреждений, постоянные изъятия из принципа равенства кредиторов предполагают пересмотр в сторону увеличения объема распределяемого риска несостоятельности должников на их кредиторов, финансовые результаты которых имеют обратно пропорциональную зависимость.

Представляется, что в ближайшее время отечественная правовая мысль будет занята определением таких понятий, как реструктуризация долгов, бизнес на ходу, план реструктуризации, приостановка (мораторий), оздоровление, досудебное урегулирование, заранее согласованная продажа и т.п. Названные явления нуждаются в квалификации, определении их правовой природы, границ в целях установления баланса в рамках столкновения очевидно конфликтующих интересов должника, кредиторов, работников, населения и общества в целом.

В частности, сегодня российская правовая доктрина еще не в полной мере осмыслила саму категорию реструктуризации: что является ее объектом (долги или бизнес), каковы ее инструменты, как далеко она может использоваться в качестве основания для ограничения прав кредиторов, каковы должны быть ее предельные сроки, каковы способы измерения и фиксации ее эффективности, каково ее соотношение с мировым соглашением.

Содержание отчета, включая сведения о применении названных категорий в учтенных в Отчете странах, а также обобщающие рекомендации, с компаративистской точки зрения станет одним из инструментов наполнения отечественной доктрины требуемыми ответами.

Безусловно, ценность представляет вся информация, содержащаяся в Отчете, с ней читатель сможет ознакомиться в полном объеме далее. Мы же во избежание дублирования выделим лишь некоторые Рекомендации, показавшиеся нам актуальными в рамках текущего состояния российской правовой системы.

Так, на наш взгляд, особый интерес вызывают Рекомендации, относящиеся к внесудебным формам реструктуризации, имеется в виду принципиально иной подход к помощи должникам: договорный вместо судебного. Сама по себе возможность альтернативы государственному контролю за разрешением несостоятельности должника должна стать толчком к развитию культуры отношений кредиторов с должниками в рамках меняющейся экономической парадигмы. Значимость внесудебной реструктуризации подтверждается тем, что в рамках нее согласно Рекомендации 2.07 возможно принятие обеспечительных мер.

Стоит только поддержать возможность принудительного заключения соглашения об урегулировании с несогласным кредитором, в том числе с обеспеченным (залоговым): как правило, мотивом принуждения объявляется недобросовестность такого кредитора. Согласно Рекомендации 1.23 в тех случаях, когда высокая доля (75–80%) находящихся в равном положении кредиторов готова подписать соглашение, недобросовестность кредиторов, отказывающихся от подписания, должна предполагаться, если только их добросовестность не будет доказана в судебном порядке. Радикальность такого решения в рамках отечественного правопорядка, кажется, должна способствовать дискуссии на подобную тему.

Думается, что в рамках правовой политики следует обсудить Рекомендацию 1.33, согласно которой суд может изменить реструктуризацию на ликвидацию. Это связано с принципиальностью законопроектной идеи о невозможности перехода из реструктуризации долгов в ликвидационную процедуру (конкурсное производство).

Культура спасения бизнеса невозможна без осмысления объекта такого спасения: следует, кажется, посмотреть на сам бизнес как на динамическое явление, т.е. как на определенный динамический объект права. Согласно Рекомендации 1.34 многие спасательные мероприятия должны сопровождаться обеспечением непрерывности бизнеса, имея в виду, что даже в ликвидационной процедуре такой бизнес может быть приобретен. Показательно, что реструктуризация рассматривается как альтернатива продажи бизнеса в целях его оздоровления (Рекомендация 8.01). Следовательно, продолжение функционирования бизнеса в ликвидационной процедуре отвечает цели сохранения стоимости такого бизнеса для его будущей продажи. Отечественное законопроектное решение о предельных сроках продолжения деятельности в конкурсном производстве в связи с этим может быть скорректировано.

В Отчете уделяется внимание и вопросам качества того бизнеса, который может быть спасен: как правило, речь идет о потенциальном денежном потоке, позволяющем обеспечивать будущее функционирование спасаемого бизнеса без применения нерыночных механизмов.

Интерес вызывает Рекомендация 4.04, в соответствии с которой существующие меры поддержки, в особенности защита фискальных интересов, должны быть тщательно пересмотрены с точки зрения их значения для оздоровления бизнеса. Мы уже затрагивали вопросы ответственности системных кредиторов в области несостоятельности

должников: бюджет является одним из ключевых представителей таковых.

О значимости самого направления свидетельствует появление фигуры так называемого главного реструктуризатора (Рекомендация 1.20). Речь идет об одном из ведущих сотрудников компании, наделенном особыми полномочиями по реструктуризации в целях устранения угрозы банкротства или проведения реструктуризации в рамках процедуры банкротства. Выделение названной должности как минимум подтверждает потенциальную успешность мероприятий по восстановлению платежеспособности, возможность их стандартизации и, следовательно, рутинизации самих процессов, ранее казавшихся уникальными.

О глобальности Отчета свидетельствует уже то, что в нем затрагиваются вопросы банкротства группы компаний. Согласно Рекомендации 9.01 как сами государства-члены, так и институты ЕС в ходе пересмотра Банкротного регламента (уточненного) должны предусмотреть специальное регулирование банкротства групп компаний, включающих материнскую компанию и дочерние компании, в терминологии, предусмотренной Банкротным регламентом (уточненным). Как видно, из дальнейших Рекомендаций, речь идет о материальной, а не процессуальной консолидации (Рекомендация 9.12). Эта часть вызывает особый интерес в рамках отечественной правовой мысли, имея в виду предшествующую разработку проекта закона, посвященного банкротству предпринимательских групп.

В свою очередь, о полноте Отчета и его комплексности говорит то, что отдельные его положения посвящены проблематике спасения микро- и малых предприятий. Обратим внимание на то, что речь идет даже о внесудебной процедуре для микро- и малого бизнеса. Для России это особенно актуально, если иметь в виду недавно введенную возможность внесудебного банкротства граждан.

На этом целесообразно завершить краткий обзор заинтересовавших нас Рекомендаций и мотивов, предоставив читателям возможность самим ознакомиться с содержанием описываемого труда. Уверен, что перевод Отчета на русский язык станет значимым этапом на пути реформирования законодательства о несостоятельности в Российской Федерации, а его содержание важным источником при проведении научных исследований, разрешении правовых проблем в правоприменительной практике.

Отчет был переведен группой переводчиков – специалистов в сфере реструктуризации и банкротства в составе Андрея Амбарцумова

(адвокат МАБ «Синум АДВ»), Александра Задорожного (м.ч.п., адвокат, партнер МАБ «Синум АДВ»), Никиты Глушкова (м.ч.п., адвокат, МАБ «Синум АДВ»), Артема Казанцева (партнер МАБ «Синум АДВ»), Антона Колесниченко (юрист МАБ «Синум АДВ»), Дмитрия Салмаксова (адвокат МАБ «Синум АДВ»), Евгения Суворова, Юрия Чашина (юрист МАБ «Синум АДВ»).

*Е.Д. Суворов,  
канд. юрид. наук,  
доцент кафедры гражданского права  
МГЮУ им. О.Е. Кутафина, адвокат*

*г. Москва, март 2021*

## ИНСТИТУТ ЕВРОПЕЙСКОГО ПРАВА

Институт европейского права (ИЕП) – это независимая некоммерческая организация, созданная для запуска, проведения и обеспечения исследований, предоставления рекомендаций и практических консультаций по развитию европейского права. В своей деятельности он основывается на многообразии правовых традиций и ставит целью совершенствование законодательства и правовой интеграции в Европе. Усилия ИЕП направлены на укрепление европейского правового сообщества, объединение достижений различных правовых культур и поддержку сравнительного правоведения во имя будущего общеевропейского процветания. Для означенных целей настоящая работа охватывает все отрасли права: материальное и процессуальное; частное и публичное.

ИЕП придерживается комплексного и командного подхода с тем, чтобы преодолеть широко распространенные противоречия между различными правовыми системами, между публичным и частным правом, а также между теоретической наукой и практикой. Для усиления указанного подхода ИЕП стремится к такой разнородности в коллективе авторов, которая отражала бы европейское многообразие правовых традиций, отраслей права и профессиональных методик.

Президент: Диана Уоллис  
Вице-президент: Кристиан Вендехорст  
Казначей: Йохан Гернандт  
Спикер Сената: Ирмгард Грисс

Институт Европейского Права  
Schottenring 16/175  
1010 Вена, Австрия  
Тел. : + 43 1 4277 22101  
Почта: [secretariat@europeanlawinstitute.eu](mailto:secretariat@europeanlawinstitute.eu)  
Веб-сайт: [www.europeanlawinstitute.eu](http://www.europeanlawinstitute.eu)

© Институт Европейского права, 2017  
ISBN: 978-3-9503458-9-6

*Настоящее издание подготовлено при финансовой поддержке Программы «Юстиция» Европейского союза*

## БЛАГОДАРНОСТИ

### Команда проекта

Профессор Эм Боб Вессельс (Лейденский университет, Нидерланды; докладчик)

Профессор Штефан Мадаус (Университет Мартина-Лютера, Галле-Виттенберг, Германия; докладчик)

Герт-Ян Боон (Лейденский университет, Нидерланды)

В ходе проекта команде проекта была любезно оказана помощь со стороны органов и секретариата ИЕП.

### Комитет экспертов ИЕП

Профессор Ян Адриансе (Лейденский Университет, Нидерланды)

Доктор Кэтрин Бридж (Европейский банк реконструкции и развития, Великобритания)

Профессор Хорст Эйденмюллер (Оксфордский университет, Великобритания)

Профессор Дэмиен Жераден (Euclid Law, Бельгия)

Г-н Роберт Ходжкинсон (Институт присяжных бухгалтеров Англии и Уэльса, Великобритания)

Профессор Фрэнсис Кесслер (Школа права Сорбонны, Париж, Франция)

Г-н Крис Лотон (партнер, Mercer & Hole, Великобритания)

Судья Римвидас Норкус (Верховный суд Литвы)

Г-н Альберто Нуньес-Лагос (Партнер, Uría Menéndez, Испания)

Профессор Пол Оберхаммер (Венский университет, Австрия)

Судья Элизабет Стонг (Суд по делам о банкротстве США, Восточный округ Нью-Йорка, США)

Профессор Матиас Шторм (университеты Лёвена и Антверпена, Бельгия)

Профессор Онофрио Трояно (Университет Фоджи, Италия)

Профессор Хайнц Валлендер, Судья (в отставке) (Кёльнский суд по банкротствам; почетный профессор Кёльнского Университета, Германия)

## **Наблюдатели**

Г-жа Михаела Карпю-Карсо (Европейская комиссия, Бельгия)  
Доцент Кристин ван Цвитен (Оксфордский университет, Великобритания)

## **Национальные консультанты**

### **Австрия**

Доктор Фридрих Йергич (Партнер Freshfields Bruckhaus Deringer)  
Доктор Флориан Климша (Партнер Freshfields Bruckhaus Deringer)

### **Бельгия**

Профессор Мелисса Ванмеенен (Университет Антверпена)  
Доктор Рэль Франсис (Liedekerke Wolters Waelbroeck Kirkpatrick)

### **Англия и Уэльс**

Доктор Майкл Шиллиг (Королевский колледж Лондона)  
Г-н Ник Сигал (Партнер Freshfields Bruckhaus Deringer)

### **Франция**

Салиха Бардаси (Droit et Croissance)  
Г-жа Софи Вермель (Droit et Croissance)  
и сменившие их  
Г-жа Элен Бурбулу (Партнер Administrateurs Judiciaires Associés FHB)  
Г-н Сильвен Юстез (Administrateurs Judiciaires Associés FHB)

### **Германия**

Профессор Рейнхард Борк (Университет Гамбурга)  
Профессор Лукас Флёттер (Партнер Flöther & Wissing; Университет  
Мартина-Лютера в Галле-Виттенберге)

### **Греция**

Г-н Статис Потамитис (Партнер Потамитис Векрис)

**Венгрия**

Д-р Андраш Остовиц (Верховный суд Венгрии)

**Италия**

Г-н Джорджио Корно (Студия Corno Avvocati)

Профессор Филиппо Корсини (Студия Legale Chiomenti)

**Латвия**

Г-н Хельмутс Яуя (частная практика)

**Нидерланды**

Профессор Рейно Вризендорп (Партнер De Brauw Blackstone Westbroek; Лейденский университет)

Г-н Рик ван Доммелен (Партнер PwC)

**Польша**

Профессор Фридерик Цолль (Европейский институт правовых исследований)

Г-н Михал Барловски (Партнер Wardynski & Partners)

**Испания**

Г-н Хуан Ферре (Партнер Jones Day)

Профессор Анхель Мария Бальестерос (Concordia Abogados; Университет Пабло де Олавиде)

**Швеция**

Эрик Селандер (Партнер DLA Piper)

*Мнения, высказанные в настоящих рекомендациях, не следует рассматривать в качестве мнения тех учреждений, которые представляют отдельные члены рабочей группы и консультативной группы.*

## ПРЕДИСЛОВИЕ ИЗДАТЕЛЯ

Мы рады представить Отчет ИЕП по спасению бизнеса. Он включает в себя 115 рекомендаций по широкому кругу вопросов, относящихся к оздоровлению бизнеса, терпящего финансовый крах. Направленные на спасение бизнеса рекомендации предусматривают специальное регулирование для ММСБ (микро-, малого и среднего бизнеса) и содержат правовые нормы для отдельных отраслей и судов, нормы договорного права, порядок удовлетворения требований кредиторов и их очередность, нормы трудового и корпоративного права, регулирование примирительных процедур.

Представленные рекомендации основаны на проведенном нами анализе национального законодательства, регулирующего реструктуризацию и несостоятельность. Существенный объем работы в данном направлении был выполнен такими организациями, как Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и Всемирный банк, но рекомендации основаны и на нашем собственном исследовании, и изучении значительного количества вновь изданной юридической литературы. Для удобства пользования полный текст рекомендаций приведен в начале нашего Отчета. Далее в десяти главах приводится подробный анализ со ссылками на соответствующие рекомендации.

Предисловие ставит целью раскрыть методологию нашей четырехлетней работы. Работа над исследованием «Спасение бизнеса в банкротном праве» началась после того, как Совет ИЕП в сентябре 2013 г. одобрил наше предложение. Как следует из названия работы, она обобщает правовые нормы, относящиеся к оздоровлению бизнеса, терпящего финансовый крах, и их применение на практике. Конечной целью нашего исследования является выработка рамочных рекомендаций, которые способствовали бы дальнейшей разработке подробных и действенных правил оздоровления бизнеса в Европе. Работа над проектом ИЕП по спасению бизнеса продолжалась три с половиной года, и ее результатом стали: (i) Отчет, содержащий отчеты по национальному регулированию несостоятельности в Европе, а также перечень универсальных рекомендаций от ведущих специализированных неправительственных организаций; и (ii) настоящий Отчет ИЕП по спасению бизнеса. Он основан на законодательстве по состоянию на 28 февраля 2017 г.

С началом мирового финансового кризиса банкротное право оказалось в авангарде правовых реформ, инициированных в Европе и за ее пределами. Вопрос спасения бизнеса ставится во главу угла при обсуждении правового регулирования банкротства в рамках институтов ЕС. Экономическая рецессия в Европе повлекла резкий всплеск банкротств, что отчетливо показало важность деятельных мер по спасению бизнеса. Последние вызовы, такие как снижение цен на нефть и проблемы на рынке товаров повседневного спроса также оказывают давление на предпринимателей. Во вступлении к Отчету мы указываем и на другие предпосылки к развитию правового регулирования оздоровления бизнеса, включая меры, принятые институтами ЕС начиная с 2011 г., в особенности Европейской комиссией, в ноябре 2016 г. разработавшей проект Директивы по реструктуризации. Далее мы также описываем методологию нашей работы на протяжении последних трех лет.

Ключевую роль для нашей работы сыграло взаимодействие с национальными консультантами, предоставившими сведения по правовому регулированию несостоятельности в государствах — членах ЕС: перечни нормативных актов и их обзор. Для подготовки таких отчетов им представлялась подробная анкета, образец которой приводится в Приложении 1, и перечень вопросов по законодательству, приведенный в Приложении 2.

Таким образом, составители Отчета получили развернутую информацию о законодательстве, регулирующем несостоятельность и оздоровление бизнеса в каждой рассматриваемой юрисдикции. Кроме того, мы посчитали как уместным, так и необходимым принять во внимание обширную работу, проделанную в сфере реструктуризации некоторыми международными неправительственными организациями за последние годы. Определение, подбор и анализ ключевых ценностей и принципов спасения бизнеса являлись неотъемлемой составляющей нашей работы.

Проект также включает в себя экспертные оценки членов Консультативного комитета, состоящего из членов ИЕП и Комитета экспертов, среди которых известные специалисты из самых разных отраслей права, заинтересованные в проекте и в его результатах. В список благодарностей внесены имена национальных консультантов и членов Консультативного комитета, всего около сорока человек.

В последние годы многие государства — члены ЕС приняли законы о реструктуризации или внесли изменения в существующее законодательство в целях создания системы, обеспечивающей выживание

экономически эффективных, но финансово неустойчивых бизнесов. Международные неправительственные организации утвердили принципы, рекомендации и декларации о наилучших способах создания системы реструктуризации и банкротства. Европейская комиссия посредством рекомендации, изданной в марте 2014 г., установила новую политику предотвращения краха и банкротства бизнеса, приводящую к недавним рамочным предложениям по предупредительной реструктуризации и второму шансу для предпринимателей. С появлением этих слабо связанных между собой совокупностей правил возникло пугающее многообразие технических понятий и выражений, используемых в различных текстах, за которыми порой сложно добраться до сути. По этой причине мы разработали Глоссарий, содержащий термины и выражения (приводится в начале Отчета сразу после рекомендаций) в целях выработки единой европейской правовой терминологии в том, что касается реструктуризации и несостоятельности.

Глоссарий, включающий около 160 терминов, призван создать единообразие процедур досудебного урегулирования, предбанкротного процесса (реструктуризации) и банкротства и облегчить работу управляющим, судам и законодателям. Глоссарий частично основан на Глоссарии Отчета «Трансграничное банкротство: глобальные принципы сотрудничества в процедуре трансграничного банкротства», представленного в Американском институте права (30 марта 2012 г.).

В дополнение к своей Рекомендации от марта 2014 г. Европейская комиссия в ноябре 2016 г. опубликовала проект Директивы о реструктуризации, которым среди прочего предлагалось введение процедуры превентивной реструктуризации. Произошло это за два месяца до планируемого завершения работы над нашим докладом, в результате чего Институт европейского права успел обсудить и одобрить упомянутое предложение. Несмотря на одобрение проекта в целом со стороны Совета ИЕП, мы не включили в свой Отчет предлагаемые проектом нормы. Даже оставляя за скобками то обстоятельство, что проект Директивы о реструктуризации (2016) вызвал смешанную реакцию, подготовка окончательного ее текста пока далека от завершения и предусматривает ряд консультаций с Европейским парламентом и Советом ЕС, что может занять значительное время (после публикации Отчета была принята Директива (EU) 2017/1132 Европейского парламента и Совета ЕС от 14 июня 2017 г., содержащая ряд положений в сфере несостоятельности, а Директива о реструктуризации и несостоятельности

(EU) 2019/1023 Европейского парламента и Совета ЕС была принята с рядом изменений только 20 июня 2019 г. — *Примеч. пер.*). Однако в некоторых случаях мы сочли уместным сделать сноски с указанием на проект. При этом вопрос проекта Директивы о реструктуризации (2016), совершенствующего культуру спасения бизнеса в Европе, является ключевым для всего нашего Доклада, и, к счастью, сотрудники аппарата Европейской комиссии принимали участие на всех стадиях разработки нашего Отчета в качестве наблюдателей. Соответственно, как составители Отчета мы получили возможность повлиять на процесс, завершившийся внесением проекта в рамках официального заседания в 2016 г. в Брюсселе.

Также следует отметить, что с 2014 г. по начало 2017 г. состоялось четыре семинара от половины до полутора дней продолжительностью, в рамках которых члены ИЕП, национальные консультанты и приглашенные судьи обсудили несколько разделов проекта по мере его подготовки. Эти встречи состоялись в Загребском университете (2014), Венском университете (2016), Университете Феррары (2016) и Лейденском университете (2016). Вместе с тем отдельные части проекта Отчета были представлены для обсуждения при проведении ряда семинаров и конференций с участием представителей науки, управляющих и судей в восьми разных странах. Отзывы с мероприятий, в которых в совокупности приняли участие сотни экспертов из 15 государств — членов ЕС, были весьма содержательными, и представленный текст учитывает совокупный результат обсуждений в рамках мероприятий, а также замечания и предложения, поступившие авторам от разных лиц. Мы весьма признательны за эту помощь.

В начале этого проекта трое из докладчиков были назначены ИЕП в качестве ответственных за координацию его выводов и за сам проект в целом. В частности, они должны были обеспечить наличие необходимых рамочных законодательных предложений по поддержке жизнеспособных бизнесов, оказавшихся в кризисной ситуации. Ими стали профессор, доктор Боб Вессельс (Лейденский университет), профессор, доктор Штефан Мадаус (Университет Мартина Лютера, Галле-Виттенберг) и доцент Кристин ван Цвитен (Оксфордский университет). По причинам, не связанным с проектом, с апреля 2016 г. Кристин ван Цвитен покинула проект. В течение всей работы составителям помогали Герт-Ян Боон (Лейденский университет) и сотрудники Секретариата ИЕП (в частности, Алина Ленгьель, Росана Гарсиандия, Дади Олафссон и Томаш Дудек). Мы хотели бы поблагодарить их всех за постоянную поддержку.

Авторы Отчета принимают на себя как личную, так и коллективную ответственность за его содержание в целом и за представленные рекомендации. Боб Вессельс в первую очередь работал над предисловием и главами 1 (1.1), 2, 6, 7 и 9, а Штефан Мадаус работал над главами 1 (1.2 и 1.3), 3–5, 8 и 10.

Мы полагаем, что наши Рекомендации соответствуют мировым тенденциям и иным направлениям разработки процедур реструктуризации и несостоятельности. Представляется, мы вправе полагать, что наши рекомендации по оздоровлению бизнеса содержат ответы на вопросы, поставленные перед нами Институтом европейского права в начале нашей работы.

Мы призываем среди прочего к дальнейшему укреплению профессионального и открытого взаимодействия всех участников банкротного процесса (управляющих, кризисных менеджеров, судей, директоров компаний), к внедрению новых правовых институтов, таких как обеспечительные меры в отношении действий кредиторов и новые способы финансирования процедуры, процедурных гарантий, позволяющих предпринять серьезные усилия по оздоровлению жизнеспособного бизнеса, при этом обеспечивая законные интересы участников процесса. Следуя стратегии спасения, мы устанавливаем нормы для предоставления информации всем заинтересованным сторонам, для продолжения (прекращения) договоров, для непрерывности процесса переговоров между заинтересованными сторонами (в основном кредиторами), утверждающими план реструктуризации, в том числе при необходимости одобрения его судом. Для лучшего удовлетворения потребностей деловой жизни мы рекомендуем особый подход как для ММСБ (микро-, малого и среднего бизнеса), так и для групп компаний: совокупности юридически независимых хозяйствующих субъектов, при этом финансово или операционно действующих как один хозяйствующий субъект. Вместе с тем мы убеждены, что Рекомендации и обосновывающий их Доклад создают среду для дальнейшего развития последовательных деятельных мер по оздоровлению бизнеса в Европе. Если ИЕП формально одобрит Рекомендации и Отчет, они смогут использоваться институтами ЕС, действующими в соответствующей сфере, государствами-членами, организациями и объединениями кризисных менеджеров и управляющих, судами и иными группами по всей Европе, как это изначально и предполагалось нами.

Как авторы Доклада, завершая наш совместный труд, мы хотели бы выразить благодарность ИЕП за предоставленную возможность

участия в этом продолжительном и важном проекте, а также всем, кто внес свой вклад в его подготовку. Мы надеемся, что результат нашей работы окажется существенным вкладом в европейское правовое регулирование реструктуризации и банкротства.

*Боб Вессельс,  
заслуженный профессор международного банкротного права,  
Лейденский университет, Нидерланды*

*Штефан Мадаус,  
профессор гражданского права, гражданского процесса  
и банкротного права, Университет Мартина Лютера,  
Галле-Виттенберг, Германия*

*Июль 2017*

## СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ

A-G	ГП	Генеральный прокурор
ABI	АИБ	Американский институт банкротства
ABI Journal	Журнал АИБ	American Bankruptcy Institute Journal Журнал Американского института банкротства
AC	КЭ	Комитет экспертов (проект ИЕП по оздоровлению бизнеса)
ALI	АИП	Американский институт права
B.C.	КБ	Кодекс США о банкротстве
BB	БК	Бизнес-консультант
BGH	ФКС	Федеральный конституционный суд ФРГ
CJEU	СЕС	Суд Европейского союза
Ch.D.	УЛК	Управление лорд-канцлера
CMLR	CMLR	Common Market Law Review – Законодательный вестник Общего рынка
CoCo Guidelines (2007)	Рекомендации ВиС (2007)	Европейские рекомендации по взаимодействию и сотрудничеству в сфере трансграничного банкротства 2007 г.
COMI	ЦОИ	Центр основных интересов должника
Cong.	Конг.	Конгресс
CR&I	КСиН	CR&I Corporate Rescue and Insolvency Корпоративное спасение и несостоятельность
DIP	ДВ	Должник во владении
Diss.	дис.	диссертация
Doct.Th.	докт. дис.	докторская диссертация
DZWIR	DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht Журнал немецкого экономического и торгового права

EBLR	EBLR	European Business Law Review Вестник Европейского предпринимательского права
EBRD	ЕБРР	Европейский банк реконструкции и развития
EBOR	EBOR	European Business Organisation Law Review Европейский вестник правового регулирования бизнеса
ЕС; EU	ЕС	Европейский союз, Европейское сообщество
ECB	ЕЦБ	Европейский центральный банк
ECFR	ECFR	European Company and Financial Law Review Вестник европейского корпоративного и финансового права
ECHR	ЕСПЧ	Европейский суд по правам человека
ECJ	СЕС	Суд ЕС
ECL	ЗоК	Европейское законодательство о компаниях
ECLI	ЕИПП	Европейский идентификатор прецедентного права
EEA	ЕЭП	Европейское экономическое пространство
EESC	ЕЭСП	Европейский экономический и социальный комитет
EIR (2000)	ЕБР (2000) или Европейский банкротный регламент	Регламент Совета ЕС 1346/2000 от 29 мая 2000 года по процедуре банкротства, Официальный журнал Европейского союза № 160 от 30 июня 2000 г.
EIR (2015)	ЕБР (2015) или Европейский банкротный регламент	Регламент Европейского парламента по банкротству № 2015/848 (2015) и Совета ЕС по процедуре банкротства от 20 мая 2015 г. (в последней редакции)
ELI	ИЕП	Институт европейского права
EP	ЕП	Европейский парламент

EPLR	EPLR	European Private Law Review Европейский вестник частного права
et al.	и др.	и другие
etc.	и т.д.	и так далее
Eur. Bus. L.R.	Eur. Bus. L.R.	European Business Law Review Европейский вестник предпринимательского права
EuZW; EZWiR	EuZW; EZWiR	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht Европейский журнал предпринимательского права
EWiR	EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht Судебные решения в сфере предпринимательского права
FIP	FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventiepraktijk Журнал «Финансирование и ценные бумаги в практике банкротства»
GRR	GRR	Global Restructuring Review Глобальный вестник реструктуризации
ICCLR	ICCLR	International Corporate and Commercial Law Review Вестник международного корпоративного и торгового права
ICR	ICR	International Corporate Rescue Международное корпоративное оздоровление
IFLR	IFLR	International Financial Law Review Международный вестник финансового права
IILR	IILR	International Insolvency Law Review Международный вестник банкротного права
III	МИВН	Международный институт по вопросам несостоятельности
IIR	IIR	International Insolvency Review Международный банкротный вестник

Список сокращений

INSOL Europe	ИНСОЛ Европа	Европейская международная федерация профессионалов в сфере банкротства
Ins. Int.	Ins. Int.	Insolvency Intelligence Журнал «Сведения о несостоятельности»
IOH	AU	Insolvency Office Holder Банкротный управляющий
JBL	JBL	Journal of Business Law Журнал предпринимательского права
JOR	JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht Журнал «Юриспруденция, бизнес и право»
JudgeCo Principles	Принципы JudgeCo	Рекомендованные принципы трансграничного межсудебного сотрудничества в ЕС
Jur.	Jur.	Практика Суда ЕС
KSI	KSI	Kölner Schrift zur Insolvenzordnung Кёльнский сборник по банкротному праву
KTS	KTS	Konkurs- Treuhand- und Schiedsgerichtswesen Zeitschrift für Insolvenzrecht Журнал банкротного права «Банкротство, доверительное управление и арбитраж»
MCC	ЧКК	Члены Консультативного комитета (проект ИЕП по оздоровлению бизнеса)
MSMEs	ММСБ	Микро-, малый и средний бизнес
NCs	НК	Методические рекомендации национальных консультантов (проект ИЕП по оздоровлению бизнеса)
NIBLeJ	NIBLeJ	Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal Ноттингемский электронный журнал банкротного и предпринимательского права

NZI	NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung Новый журнал правового регулирования банкротства и санации
OBLB	OBLB	Oxford Business Law Blog (www.law.ox.ac.uk/oblb) Оксфордский блог предпринимательского права
OECD	ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
OJ	OJ	Official Journal of the European Community Официальный журнал Европейского сообщества
op. cit. (or: o.c)	op. cit. (or: o.c)	opere citatio (the quoted/cited work) указ. соч.
C.	C.	Страница
RI	RI	Rechtspraak Insolventierecht Ежегодник «Законодательство о банкротстве»
RO	RO	Rechtspraak Ondernemingsrecht Ежегодник «Законодательство о компаниях»
Riv. dir. int. priv. Proc	Riv. dir. int. priv. Proc	Rivista di diritto internazionale privato e processuale Журнал международного частного и процессуального права
TvH	TvH	Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht Журнал бельгийского торгового права
TFEU	ДФЕС	Договор о функционировании Европейского союза
TOP	TOP	Tijdschrift Ondernemingsrechtpraktijk Журнал «Практика корпоративного права»
TvI	TvI	Tijdschriftvoor Insolventierecht Журнал банкротного права
UNCITRAL	ЮНСИТРАЛ	Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

UNCITRAL Model Law	Типовой закон ЮНСИТРАЛ	Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности
UNCITRAL Practice Guide	Практическое руководство ЮНСИТРАЛ	Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности
U.S.C.	Кодекс США	Сводная кодификация федерального законодательства США
ZEuP	ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht Журнал Европейского частного права
ZGR	ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht Журнал предпринимательского и корпоративного права
ZIK	ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz Журнал банкротного права и обеспечения платежеспособности
ZIP	ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht Журнал предпринимательского права

### СПИСОК СОКРАЩЕНИЙ НАИБОЛЕЕ ЦИТИРУЕМЫХ ИСТОЧНИКОВ

ABI Report (2014)	Доклад АИБ (2014)	Доклад Комиссии по изучению реформы главы 11 Американского института банкротства
Commission's Recommendation (2014)	Рекомендации Еврокомиссии (2014)	Рекомендации Европейской комиссии от 12 марта 2014 г. по новому подходу к несостоятельности (номер в реестре документов Комиссии COM (2014) 1500 final)
EU JudgeCo Principles (2015)	Принципы JudgeCo (2015)	Принципы трансграничного межсудебного сотрудничества по вопросам банкротства в ЕС, включающие также рекомендации JudgeCo (2015)

---

EU JudgeCo Guidelines (2015)	Рекомендации JudgeCo (2015)	Принципы трансграничного межсудебного сотрудничества в ЕС (2015)
Proposal Restructuring Directive (2016)	Проект Директивы о реструктуризации (2016)	Проект Директивы о реструктуризации Европейского парламента и Совета ЕС о рамочных правилах предупредительной реструктуризации, второму шансу и мерам по повышению эффективности реструктуризации, банкротства и списания долгов и внесению изменений в Директиву 2012/30/EU (номер в реестре 22.11.106, COM (2016) 723)
UNCITRAL Legislative Guide (2004)	Руководство ЮНСИТРАЛ (2004)	Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2004) (с последующими дополнениями)
World Bank Principles (2016)	Принципы ВБ (2016)	Принципы построения эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов (Приняты Всемирным банком в 2001 г. с последующими дополнениями)

## РЕКОМЕНДАЦИИ ПО СПАСЕНИЮ БИЗНЕСА

Рекомендации, приведенные ниже, представляют собой результат сравнительно-правового исследования, включенного в Отчет, подготовленный под эгидой проекта Института европейского права «Спасение бизнеса в банкротном праве» (2014–2017) при финансовой поддержке Европейского союза. Его авторами являются профессор Боб Вессельс из Лейденского университета в Нидерландах и профессор Штефан Мадаус из Университета Мартина Лютера в Галле-Виттенберг в Германии.

Адресатами приведенных рекомендаций являются Европейская комиссия и, следовательно, Европейский союз, отдельные государства-члены и (или) такие специалисты, как, например, юристы, бухгалтеры ил кризисные менеджеры, занятые в сфере реструктуризации и банкротства. Зачастую адресат рекомендаций очевиден из их текста и в некоторых случаях таковыми являются государства-члены, учитывая глубину гармонизации, к которой стремится ЕС в вопросах реструктуризации и банкротства, именно для него рекомендации и предназначены.

### Рекомендации

#### Участники процедуры и требования к процедуре

**Рекомендация 1.01:** Как ЕС, так и государствам-членам следует признать, что успех любой системы реструктуризации и банкротства прежде всего зависит от управляющих ею лиц. Соответствующая система может действовать успешно лишь в тех случаях, когда все ее действующие лица, включая общество в целом, с уважением и доверием относятся к судебной системе и управляющим, а участники процесса должным образом исполняют свои обязанности и пользуются необходимыми законными гарантиями.

**Рекомендация 1.02:** Как ЕС, так и государства-члены в любой системе реструктуризации и банкротства должны обеспечить прозрачность норм, регулирующих полномочия, обязанности, назначение, лицензирование, образовательные, профессиональные и этические стандарты ключевых ее участников и надзор за их деятельностью. Европейское или национальное законодательство может содержать развернутое

и более подробное соответствующее регулирование, включая порядок применения необходимых норм. При установлении профессиональных и этических стандартов ЕС и государства-члены должны прибегать к консультациям со стороны соответствующих профессиональных объединений и специализированных органов и обеспечивать их участие в разработке. При этом следует принимать во внимание передовой опыт правового регулирования соответствующей деятельности, как это предписывается Принципами и Рекомендациями, разработанными и утвержденными европейскими и международными неправительственными организациями в сфере реструктуризации и банкротства.

**Рекомендация 1.03:** Государства-члены должны создать специализированные суды или палаты по рассмотрению споров о реструктуризации и банкротстве. Кроме того, государствам-членам следует сформировать подразделения, предназначенные для рассмотрения дел по оздоровлению бизнеса и трансграничных споров, с соответствующими квалификационными требованиями к судейскому корпусу.

**Рекомендация 1.04:** Государствам-членам и судам следует признать, что отправление правосудия в сфере реструктуризации и несостоятельности требует создания и непрерывного укрепления самостоятельной судебной власти.

**Рекомендация 1.05:** При назначении судей специализированных судов государствам-членам следует отбирать лиц с должной квалификацией и обеспечивать их дальнейшее обучение с помощью образовательных мероприятий и установления обязательных минимальных требований, побуждающих судей к приобретению необходимых знаний и опыта. Следует также способствовать активному участию судейского корпуса в работе национальных и международных объединений банкротных судей.

**Рекомендация 1.06:** ЕС, государствам-членам и судам следует усердно разрабатывать и применять, как по отдельности, так и совокупно, следующие способы улучшения работы судей:

(i) создание специализированных судов с отнесением к их подсудности споров в сфере реструктуризации и несостоятельности;

(ii) отнесение к подведомственности таких судов определенных вопросов рыночной нестабильности;

(iii) разработка специализированных программ последиplomного образования;

(iv) разработка и применение профессиональных стандартов в сфере несостоятельности; или

(v) сочетание вышеперечисленных способов.

**Рекомендация 1.07:** Государствам-членам следует рассмотреть возможность разработки недвусмысленных норм, предусматривающих участие медиаторов в разрешении споров по реструктуризации и банкротству. Следует также учесть, что возложение определенных задач на медиаторов, при условии независимости таковых, помогает избежать лишних расходов и содействует сторонам в согласовании взаимоприемлемого плана реструктуризации.

**Рекомендация 1.08:** Государствам-членам, в которых медиация является допустимой формой разрешения предпринимательских споров или в скором времени будет являться таковой, следует призвать профессиональные объединения разработать профессиональные стандарты для медиаторов в сфере реструктуризации и банкротства, что позволило бы им должным образом осуществлять свою профессиональную деятельность, помогая сторонам избегать излишних расходов.

**Рекомендация 1.09:** Европейской комиссии и другим институтам ЕС следует поддержать проведение сравнительного практического исследования (возможного) использования медиации в вопросах реструктуризации и банкротства.

**Рекомендация 1.10.** Государствам-членам следует оценить, добавляет ли наблюдатель дополнительную ценность их правовой системе. В случае положительного решения им следует внести в законодательные и профессиональные требования положения о независимости и подотчетности таких наблюдателей.

**Рекомендация 1.11:** Государства-члены должны четко указать в законодательстве, что управляющий, выполняющий задачи реструктуризации и несостоятельности, беспристрастен, независим и компетентен. Статус лица в качестве юриста или бухгалтера сам по себе недостаточно гарантирует стандарты эффективности, необходимые для надлежащего выполнения задач реструктуризации и несостоятельности.

**Рекомендация 1.12:** Общеевропейские и национальные законодатели должны установить профессиональные и этические стандарты для управляющих в делах о несостоятельности и обеспечить, чтобы соответствующие профессиональные органы консультировали и участвовали в создании таких стандартов и чтобы они учитывали передовой опыт должным образом регулируемых профессиональных организаций, как изложено в Принципах и Руководящих указаниях по регулированию профессии реструктуризации и несостоятельности, разработанных или принятых европейскими и международными неправительственными организациями, действующими в области реструктуризации и несостоятельности. Такие стандарты должны по крайней мере содержать

правила лицензирования и регистрации, надзора и дисциплинарной ответственности, квалификации и обучения, систему назначения, стандарты работы, юридические полномочия и обязанности, вознаграждение, отчетность и коммуникационные и этические рабочие стандарты (включая правила о конфликте интересов) и процедуру подачи жалоб.

**Рекомендация 1.13:** Государствам-членам следует гарантировать независимость и компетентность управляющих в деле о несостоятельности путем обеспечения прозрачного и предсказуемого процесса назначения и отставки/отстранения, а также адекватных средств надзора и надлежащего своевременного вознаграждения в каждом отдельном случае.

**Рекомендация 1.14:** Государствам-членам следует предусмотреть систему контроля и отчетности, которая включала бы правило о капитале компаний или правила ликвидации и обязанность созывать собрания акционеров в случае потери половины акционерного капитала компании.

**Рекомендация 1.15:** В ходе этого заседания совет должен представить и обсудить любые предлагаемые меры по превентивной реструктуризации, в то время как акционеры обязаны принять решение о том, чтобы (i) инициировать переговоры по внесудебному урегулированию; (ii) подать заявление на реструктуризацию; (iii) добровольно закрыть и ликвидировать компанию; (iv) подать заявление о ликвидации в связи с несостоятельностью.

**Рекомендация 1.16:** Государствам-членам следует предусмотреть защитные возражения, с тем чтобы дать возможность директорам платежеспособной компании, находящейся в тяжелом финансовом положении, изучить при наличии определенных руководящих принципов варианты реструктуризации без риска возникновения ответственности за неправомерное ведение деятельности.

**Рекомендация 1.17:** Государствам-членам следует предусмотреть обязанность директоров своевременно информировать акционеров и в соответствующих случаях другие заинтересованные стороны (например, поставщиков или финансовых кредиторов), как только предприятие достигнет установленных пороговых уровней (например, существенной потери капитала или отрицательных коммерческих показателей в течение последующих нескольких лет или в момент, когда директор предвидит отсутствие ликвидности). Любое нарушение такой обязанности должно повлечь за собой ответственность директора компании за ущерб. Государствам-членам следует разрешить кредиторам

и акционерам возбуждать производство по делу о реструктуризации и несостоятельности на основе такого уведомления вместо обязанности директоров компаний незамедлительно подавать заявление.

**Рекомендация 1.18:** Европейской комиссии или другим европейским учреждениям следует поддержать проведение сравнительного и эмпирического исследования по вопросу об обязанностях и ответственности директоров несостоятельной компании на стадии внесудебного урегулирования, а также по вопросу о положении в процедуре должника во владении.

**Рекомендация 1.20:** Европейской комиссии или другим европейским учреждениям следует поддержать проведение сравнительного и эмпирического исследования по вопросу о роли директора по реструктуризации (CRO) с целью формулирования его конкретных (автономных) полномочий, их связи с другими директорами компании, а также подотчетности CRO перед всеми заинтересованными сторонами и его ответственности за ущерб третьим лицам.

**Рекомендация 1.21:** Государствам-членам следует обеспечивать и поддерживать механизмы раннего предупреждения, которые выявляют ухудшение деловой активности и сигнализируют о необходимости принятия соответствующих мер. К возможным инструментам относятся бухгалтерские и контрольные обязанности должника или руководства должника в соответствии с корпоративным или налоговым законодательством, а также отчетные обязанности по кредитным соглашениям (кованты). Кроме того, третьи лица, располагающие соответствующей информацией (бухгалтеры, налоговые консультанты, возможно, также местные «превентивные группы» более опытных предпринимателей), должны быть заинтересованы или даже обязаны в соответствии с законодательством, регулирующим их обязанности, сообщать о любом соответствующем негативном развитии предприятия должника.

**Рекомендация 1.22:** Такие инструменты «мягкого права», как кодексы поведения, должны использоваться для формирования культуры доверительных переговоров в отношении внесудебной реструктуризации между системными игроками (например, банки, поставщики, представители профсоюзов, страховщики и т.д.). Такие кодексы должны следовать примеру существующих кодексов и предусматривать соглашения о моратории, соглашения о конфиденциальности, способ организации и контроля полного раскрытия информации (включая передачу информации) и правила ведения переговоров (включая возможность привлечения третьих сторон в качестве наблюдателей или

посредников). Государствам-членам следует обеспечить проведение консультаций с соответствующими профессиональными органами и их участие в разработке таких документов рекомендательного характера, а также учет ими передовой практики, изложенной в принципах и руководящих положениях, разработанных или принятых европейскими и международными правительственными организациями, занимающимися вопросами реструктуризации и несостоятельности.

**Рекомендация 1.23:** Государствам-членам следует предусмотреть компетенцию суда санкционировать применение права вето в отношении соглашения о внесудебном урегулировании долгов против вето одним или несколькими (обеспеченными или необеспеченными) кредиторами, которые действуют недобросовестно. В тех случаях, когда высокая доля (75–80%) в равной степени затронутых кредиторов принимает решение о проведении процедуры внесудебного урегулирования, следует исходить из того, что вето меньшинства несогласных кредиторов применяется недобросовестно, если только добросовестность не доказана суду.

**Рекомендация 1.24:** Такие процедуры содействия внесудебному урегулированию долгов не должны дополняться возможностью подачи заявления об общем приостановлении исполнения требований. Вместо этого переговоры по урегулированию долгов должны быть защищены вариантом подачи заявления о введении индивидуального моратория в отношении кредитора, наносящего ущерб усилиям по урегулированию.

**Рекомендация 1.25:** Такое производство по внесудебному урегулированию долгов должно быть доступно только для должника. Оно не должно требовать применения конкретного критерия доступа, касающегося состояния коммерческого предприятия должника. Вместо этого суд будет требовать от должника лишь представления соглашения об урегулировании спора при достаточной поддержке кредиторов в соответствии с установленными требованиями в отношении большинства голосов.

**Рекомендация 1.26:** Любая благоприятная реструктуризация и законодательство о несостоятельности в целях спасения предусматривают эффективную ликвидационную процедуру, которая позволяет продавать предприятие должника в качестве действующего бизнеса, освобожденного от старой задолженности. Инструмент плана несостоятельности должен быть доступен для обеспечения более гибкой ликвидации имущественной массы (например, с помощью плана ликвидации, или плана передачи, или соглашения с должником).

**Рекомендация 1.27:** Государствам-членам следует гарантировать временное продолжение деятельности предприятия должника до принятия решения о продаже, реорганизации или закрытии бизнеса. Также должна предусматриваться временная финансовая защита.

**Рекомендация 1.28:** Эффективная ликвидационная процедура должна сопровождаться благоприятной для должника и предсказуемой процедурой реорганизации, которая явно отличается в глазах общественности от обычного производства по делу о несостоятельности (ликвидации).

**Рекомендация 1.29:** В случае конкуренции между ликвидацией (продажей) и реструктуризацией предпочтение должно отдаваться попыткам реструктуризации.

**Рекомендация 1.30:** Сочетание предбанкротного внесудебного регулирования с эффективной процедурой реструктуризации в отношении (практически) несостоятельного должника представляет собой достаточную процессуальную основу для принятия мер по спасению предприятия, особенно в тех случаях, когда в рамках формального производства по делу о несостоятельности имеются дополнительные возможности для реализации предварительно подготовленных продаж и планов несостоятельности.

**Рекомендация 1.31:** Основания для инициирования официальных процедур должны быть согласованы с учетом довольно схожих стандартов, уже существующих в государствах-членах. Процедура ликвидации должна инициироваться в том случае, если должник не в состоянии погасить свои долги, поскольку они подлежат погашению в течение определенного периода времени (прекращение платежа является четким показателем). Право на подачу заявления должно быть уступлено должнику и всем кредиторам. Производство по реструктуризации должно быть открыто, если должник подает заявление и доказывает, что он является неплатежеспособным или что несостоятельность неминуема.

**Рекомендация 1.32:** Государствам-членам следует определить четкие и короткие сроки, в течение которых должник может достичь основных этапов в процедурах, которые предусматривают мораторий или мораторий для должника до того, как кредиторы проголосуют в поддержку плана.

**Рекомендация 1.33:** Государствам-членам следует уполномочить суды преобразовывать производство по реструктуризации в производство по делу о несостоятельности (с ликвидационным уклоном) только в том случае, если (неизбежная) несостоятельность должника уже установлена.

**Рекомендация 1.34:** Государствам-членам следует предусмотреть общее производство по делу о несостоятельности, позволяющее осуществлять быструю и эффективную частичную ликвидацию, а также быструю продажу предприятия должника или иной вид решения, даже реструктуризацию, на основе плана несостоятельности, принятого кредиторами и утвержденного судом.

### **Финансирование спасения бизнеса**

**Рекомендация 2.01:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы управляющий имуществом (уполномоченный в деле о банкротстве или должник во владении) имел право получать промежуточное финансирование на свое усмотрение в той мере, в какой оно получается для продолжения обычной деятельности, и тем самым, чтобы сохранить стоимость предприятия действующего бизнеса (*going concern*) должника. Реализация этого права должна быть обеспечена личной ответственностью при неспособности погасить требование о возврате финансирования из имущественной массы должника. Только в том случае, если такое решение о заимствовании приведет к значительным административным расходам, судебное подтверждение или предпочтительно одобрение комитета кредиторов должны быть обязательными.

**Рекомендация 2.02:** Государствам-членам следует предусмотреть, что любой приоритет для требований о возврате финансовых средств из нового финансирования (предоставленного для реализации плана) при последующей несостоятельности требует специального положения в плане реструктуризации и, следовательно, требует одобрения кредиторов и суда. В случае внесудебной реструктуризации приоритет для новых финансов требует также соответствующего пункта в соглашении и дополнительного судебного одобрения финансовой части соглашения.

**Рекомендация 2.03:** Государствам-членам следует предусмотреть установленные законом защитные возражения для кредиторов, предоставивших промежуточное или новое финансирование, от ответственности или возврата полученного в случае последующей (формальной) несостоятельности.

**Рекомендация 2.04:** Предоставление гарантий для кредиторов из промежуточного или нового финансирования должно соответствовать общим нормам гражданского права.

**Рекомендация 2.05:** Во время внесудебной реструктуризации все соответствующие кредиторы должны быть готовы сотрудничать друг с другом, чтобы предоставить должнику достаточное (хотя и ограни-

ченное) время («период статус-кво») для того, чтобы была получена и оценена информация о должнике и для формулирования и оценки предложений по разрешению финансовых трудностей должника, за исключением, когда это не подходит в конкретном случае. Государства-члены должны принять или одобрить принципы и методические рекомендации, разработанные международными или европейскими неправительственными организациями, действующими в области реструктуризации и несостоятельности, такими как Международные принципы внесудебной реструктуризации INSOL II.

**Рекомендация 2.06:** В процедуре внесудебной реструктуризации мораторий не должен быть ни автоматическим, ни коллективным. Вместо этого соглашение о бездействии должно защищать интересы всех заинтересованных сторон.

**Рекомендация 2.07:** Для обеспечения безопасности внесудебной реструктуризации должник должен иметь возможность потребовать моратория против конкретного кредитора, чьи действия могут сорвать все усилия по реструктуризации. Продолжительность и содержание такого индивидуального моратория должны быть установлены судом после заслушивания обеих сторон. Любой такой мораторий является результатом судебной оценки заявления, изложенной в судебном акте, где продолжительность моратория исчисляется с учетом индивидуальных обстоятельств, представленных суду и учитывающих интересы всех участвующих сторон.

**Рекомендация 2.08:** В формальных производствах реструктуризации и банкротства коллективный мораторий должен быть автоматическим результатом начала производства или предоставляться по запросу. Государствам-членам следует предусмотреть, чтобы мораторий длился до тех пор, пока продолжается процесс, но следует ограничить продолжительность процедуры реструктуризации во избежание дорогостоящей задержки. Первый, но продолжительный период в три месяца кажется разумным.

**Рекомендация 2.09:** Любой затронутый кредитор может потребовать отмены моратория в отношении своих требований или интересов, и суд должен принять решение с учетом интересов всех участвующих сторон.

**Рекомендация 2.10:** Любой судебный приказ о моратории может содержать требования или другие условия, которые способствуют быстрому, недорогому согласованному урегулированию задолженности должника, включая условия, которые будут надлежащим образом защищать затронутых кредиторов в течение периода моратория, такие как компенсация за использование активов.

## Действующие договоры

**Рекомендация 3.01:** Государствам-членам следует придерживаться принципа, согласно которому открытие производства не влияет на длящиеся контракты должника. Реализация прав из таких договоров должна подлежать приостановлению, и администратор имущества должника (управляющий или должник во владении) должен иметь возможность принимать решение о продолжении или отклонении любого длящегося договора при условии соблюдения законных интересов контрагента. Исключения для конкретных типов длящихся контрактов должны быть ограниченными, хорошо продуманными и четко определенными.

**Рекомендация 3.02:** Государствам-членам следует ограничить право принимать решение о продолжении или отклонении любого длящегося контракта формальным процессом реструктуризации или производства по делу о несостоятельности. Инструмент не должен быть доступен во время внесудебной реструктуризации или процедуры поддержки такой реструктуризации.

**Рекомендация 3.03:** Государствам-членам следует предусмотреть конкретные законодательные нормы для длящихся контрактов, которые необходимы для продолжения деятельности должника, такие как, например, аренда недвижимости, энергоснабжение, доменные услуги и услуги в сфере интеллектуальной собственности, лицензионные соглашения. При этом государства-члены должны учитывать принятые международные нормы «мягкого права».

**Рекомендация 3.04:** Государствам-членам следует предусмотреть, чтобы положения об ускорении или прекращении действия контракта в самих длящихся контрактах оставались неизменными и действительными.

Тем не менее акты принудительного исполнения или исполнения таких положений не должны иметь никакого эффекта в случае приостановления исполнительных действий (моратория) согласно соответствующему законодательству о реструктуризации и несостоятельности.

**Рекомендация 3.05:** Государства-члены должны обеспечить право на отмену приостановления, как только усилия по продолжению бизнеса потерпят неудачу и ликвидация по частям окажется неизбежной.

**Рекомендация 3.06:** Государствам-членам следует ввести правила, позволяющие переуступить все длящиеся контракты, которые по-прежнему действительны, покупателю бизнеса должника при про-

даже действующего бизнеса (*going-concern*). Такие правила должны включать в себя право контрагента по переданным договорам подать возражение в суд, мотивированное тем, что его положение с новым контрагентом ухудшилось по сравнению с тем, когда контрагентом выступал должник.

### **Очередность кредиторов**

**Рекомендация 4.01:** Государствам-членам следует относиться к предбанкротным (реестровым) правам в соответствии с их правовыми режимами несостоятельности и реструктуризации до тех пор, пока не возникнут законные основания для предоставления приоритета текущих требований.

**Рекомендация 4.02:** Государствам-членам следует обеспечить четкое определение классов кредиторов, в частности, путем определения тех кредиторов, которые пользуются правом на получение удовлетворения требования в установленном приоритете.

**Рекомендация 4.03:** Государствам-членам следует обеспечить скорейшее начало упорядоченной и эффективной реструктуризации и производства по делу о несостоятельности путем обеспечения выплаты судебных расходов и вознаграждения управляющим в делах о несостоятельности. Поскольку дела без активов не должны финансироваться за счет публичных средств, обеспеченные кредиторы должны участвовать в покрытии расходов путем введения четкого и предсказуемого правила вычета, т.е. общего вычета в размере до 10%.

**Рекомендация 4.04:** Государствам-членам следует воздерживаться от предоставления дополнительных общих привилегий конкретным группам кредиторов в пользу других средств защиты социальных интересов (например, схем страхования или гарантий, законного залога в отношении конкретных активов). Фактическая потребность в защите должна быть тщательно изучена, в частности защита фискальных интересов, и определяться главным образом их общим воздействием на оздоровительные процедуры.

**Рекомендация 4.05:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы их система несостоятельности и реструктуризации предусматривала достаточные средства для реструктуризации обеспеченного, а также необеспеченного кредита. Это означает, что план реструктуризации должен предусматривать и изменять права обеспеченных кредиторов.

## Организация деятельности кредиторов

**Рекомендация 4.06:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы в рамках процедур поддержки внесудебного урегулирования не требовалось проведения общего собрания кредиторов и чтобы создание комитетов кредиторов было лишь опциональным вариантом организации сложных переговоров по внесудебному урегулированию.

**Рекомендация 4.07:** Государствам-членам следует предусмотреть проведение общего собрания кредиторов в рамках официальной реструктуризации или производства по делу о несостоятельности. Государствам-членам следует предусмотреть возможность виртуальных совещаний или онлайн-участия (включая онлайн-голосование).

**Рекомендация 4.08:** Государствам-членам следует обеспечить участие комитета кредиторов в официальной реструктуризации или производстве по делу о несостоятельности при условии, что в имущественной массе имеются достаточные активы для обоснования дополнительных расходов. Такой комитет кредиторов должен не только выполнять надзорные функции, но и обладать компетенцией утверждать решения по управлению имущественной массой, которые могут оказать существенное влияние на последующее удовлетворение требований кредиторов (за исключением решения о реструктуризации или плана несостоятельности, которые регулируются отдельными правилами).

## Вопросы трудовых прав, социальных гарантий и пенсий

**Рекомендация 5.01:** Государства-члены обеспечивают своевременное уведомление работников и коллективов трудящихся о предстоящей реструктуризации или несостоятельности.

**Рекомендация 5.02:** Трудовые договоры не должны автоматически прекращаться с началом (пред)банкротных процедур. Государствам-членам следует обеспечить, чтобы такие договоры пользовались полной защитой трудового законодательства за пределами официального производства по делу о несостоятельности, притом что они рассматриваются в соответствии с применимыми нормами в отношении длящихся контрактов в рамках производства по делу о несостоятельности.

**Рекомендация 5.03:** Государства-члены предусматривают правило сохранения по умолчанию в сочетании с правом управляющего или должника во владении расторгнуть трудовые договоры в течение короткого периода времени.

**Рекомендация 5.04:** Защита в соответствии с трудовым законодательством, включая особую защиту беременных или больных работников, должна применяться только вне рамок официального производства по делу о несостоятельности. В рамках официальных процедур реструктуризации любые избыточные требования должны вытекать из потребностей стратегии спасения, осуществляемой в рамках плана реструктуризации. План должен предусматривать выплату выходных пособий.

**Рекомендация 5.05:** Работники, чей трудовой договор был расторгнут в ходе официального производства по делу о несостоятельности, должны иметь право заключать новый договор с любым работодателем. За исключением случаев, когда работник получает надлежащую защиту или компенсацию, не должны применяться ни договорные положения об отсутствии конкуренции, ни нормативные положения о запрещении конкуренции.

**Рекомендация 5.06:** Государствам-членам следует предусмотреть, что в тех случаях, когда большое число сотрудников предприятия может быть затронуто планом реструктуризации или ликвидации (включая передачу контроля над бизнесом), представитель работников должен иметь право представлять и защищать их интересы путем участия в официальном производстве по реструктуризации и ликвидации (например, в комитете кредиторов).

**Рекомендация 5.07:** Защита невыплаченных требований по заработной плате может быть обеспечена путем их рассмотрения в качестве предпочтительных требований или даже административных расходов в рамках официальной процедуры. В тех случаях, когда имеется эффективное с точки зрения затрат гарантийное учреждение, государствам-членам следует обеспечить его использование и обеспечить, чтобы оно покрывало как можно большую часть невыплаченной заработной платы и позволяло своевременно выплачивать заработную плату работникам.

**Рекомендация 5.08:** Европейской комиссии предлагается провести общее сравнительное исследование законов, касающихся режима и защиты пенсионных взносов и требований в случае (неизбежной) неплатежеспособности работодателя-вкладчика, которое включает все соответствующие аспекты правил ЕС, а также материально-правовые положения национального законодательства о пенсиях, труде и несостоятельности.

**Рекомендация 5.09:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы индивидуальные или профессиональные пенсионные планы ограни-

чивались непрямыми пенсионными планами, которые либо используют (далекие от несостоятельности) третьи стороны, либо защищены системой гарантий. Реструктуризация пенсионных пособий по линии прямого пенсионного плана должна быть возможна только в том случае, если действует система гарантированной защиты.

### **Оспаривание сделок в ходе внесудебного урегулирования, предбанкротных процедур и действия при возражениях**

**Рекомендация 6.01:** В рамках процедур внесудебного урегулирования не должно быть места для использования полномочий на оспаривание сделок.

**Рекомендация 6.02:** Государствам-членам следует разрешить предоставлять защиту от оспаривания для сделок, совершенных в ходе обычной коммерческой деятельности должника, когда они были заключены с должником в ходе официальной реструктуризации или производства по делу о несостоятельности, включая временное производство.

**Рекомендация 6.03:** Государствам-членам следует предоставлять защиту от оспаривания для сделок, совершаемых вне рамок обычных процедур, таких как новые финансовые средства или новые обеспечительные права для новых финансовых кредиторов, только при условии, что эти сделки являются частью плана реструктуризации, который был одобрен кредиторами и подтвержден судом.

**Рекомендация 6.04:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы в отношении сделок, совершаемых недобросовестно и ставящих кредиторов в невыгодное положение при последующей несостоятельности, не применялось правило о предоставлении защиты от оспаривания. Государства-члены должны всегда допускать взыскание мошеннических переводов (недобросовестные сделки), даже если они основаны на (ныне не срабатывающем) плане.

**Рекомендация 6.05:** При рассмотрении вопроса о том, может ли быть установлена недобросовестность в отношении сделок в рамках обычных коммерческих операций, следует учитывать все обстоятельства дела, включая (i) тот факт, что должник заблаговременно уведомил кредиторов, работников, акционеров и других заинтересованных сторон в достижении решения своих финансовых проблем; (ii) предпринял все разумные шаги для того, чтобы надлежащим образом и усердно попытаться избежать уменьшения стоимости; и (iii) обратился за консультацией к лицу, которое, как можно объективно считать, обладает надлежащим деловым или промышленным опытом и экспертными

знаниями; и (iv) о том, что должник сознательно действовал на основе полученных рекомендаций.

**Рекомендация 6.06:** Следует четко определить любые правила, касающиеся защиты от оспаривания, с тем чтобы стороны могли оценивать их на предсказуемой основе при ведении дел с должником, а также в ходе переговоров и при завершении плана реструктуризации.

**Рекомендация 6.07:** При предъявлении иска об оспаривании сделок бремя доказывания всегда должно возлагаться на сторону, утверждающую, что имело место правонарушение. Такой стороной является либо назначенный специалист по вопросам несостоятельности (или контролер), либо публичное учреждение, например, бюро по борьбе с мошенничеством или государственный прокурор.

### **Продажа работающего (действующего) бизнеса**

**Рекомендация 7.01:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы каждая форма реструктуризации и несостоятельности основывалась на эффективном процессе ликвидации, который включает в себя как варианты продажи действующего бизнеса должника (или его части), так и продажу отдельных активов (частичная ликвидация) — в зависимости от того, что обеспечит большую степень удовлетворения требований кредиторов.

**Рекомендация 7.02:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы их регулирование реструктуризации и несостоятельности включало возможность ускоренной ликвидации, в частности, когда должник или заинтересованная сторона демонстрирует ясные и убедительные доказательства того, что существует высокая вероятность того, что стоимость активов должника значительно уменьшится в течение 30 дней (пример с *«тающим льдом»*).

**Рекомендация 7.03:** Государствам-членам следует обеспечить «предварительно подготовленную продажу» в рамках своего формата реструктуризации и несостоятельности. Правила должны включать привлечение независимого управляющего, деятельность которого надлежащим образом регламентирована, для надзора за процессом продаж и обеспечения минимальной прозрачности. Кроме того, одобрение кредиторов на такую продажу должно быть обязательным и должно даваться через их представителя, обычно это — комитет кредиторов.

**Рекомендация 7.04:** Государствам-членам следует, желательно в сотрудничестве с ассоциациями практикующих специалистов, уста-

новить стандарты и практические правила в отношении прозрачности переговорного процесса до начала официальной процедуры, информацию и степень участия всех кредиторов, личности и истории покупателя, профессиональных стандартов участвующих сторон и, если это будет сочтено необходимым, оценку активов, подлежащих продаже.

**Рекомендация 7.05:** Государствам-членам следует регулярно оценивать правила, регулирующие «предварительно подготовленную продажу», включая стандарты и правила практики, для обеспечения целостности процесса.

### **План реструктуризации: процедура, структура и вопросы распределения**

**Рекомендация 8.01:** Государства-члены должны обеспечить, чтобы в случаях, когда для спасения бизнеса требовалось нечто большее, чем просто продажа бизнеса, был доступен план реструктуризации, который является обязательным для всех сторон реструктуризации, если он получает достаточную фактическую поддержку заинтересованных сторон и если суд подтверждает (*ex officio* или по запросу), что план соответствует всем законодательным требованиям.

**Рекомендация 8.02:** Государства-члены должны предоставить право представлять план исключительно должнику, по крайней мере в течение начального периода времени, достаточного для согласования и изменения предлагаемого плана, и иметь право голоса. Принятый план должника должен быть подтвержден, несмотря на конкурирующий план.

**Рекомендация 8.03:** Государствам-членам следует требовать от инициатора плана раскрывать всю информацию, имеющую отношение к обоснованному решению о предлагаемом плане. Такое полное раскрытие должно быть легкодоступным (в электронном виде) и сопровождаться итоговым анализом.

**Рекомендация 8.04:** Государствам-членам следует разрешить, чтобы план содержал все меры, необходимые для спасения бизнеса. Они также должны требовать, чтобы в плане были описания и объяснения этих мер. Диапазон инструментов должен включать обременение обеспечительных прав и прав акционеров. Что касается привилегированных требований, государствам-членам следует признать, что план не должен затрагивать только привилегированный режим заинтересованных сторон, необходимый для поддержания бизнеса.

**Рекомендация 8.05:** Государства-члены должны учитывать разнообразие кредиторов и акционеров, которые могут быть затронуты планом, предписывающим классификацию требований. Они должны побудить суд тщательно изучить недискриминационную классификацию в предлагаемом плане.

**Рекомендация 8.06:** Всем кредиторам и акционерам, чьи права нарушены планом, должно быть разрешено голосовать. Вес их голоса должен отражать ценность их требования или права в классе. Споры в отношении их требований, прав или права голоса должны быть немедленно и окончательно разрешены сторонами в споре и в конечном счете судом без ущерба для последующего доказательства прав на распределение.

**Рекомендация 8.07:** В ожидании дальнейших требований в соответствии с национальным конституционным законом об основных правах государства-члены должны разрешить межклассовое преодоление при голосовании против класса кредиторов и акционеров. В случае с классом акционеров такое ограничение должно быть доступно только в том случае, если затронутые акционеры заинтересовались фирмой с точки зрения финансовых инвестиций.

**Рекомендация 8.08:** Государства-члены должны обязать суд подтвердить план, за исключением случаев, если он не соответствует определенным правовым требованиям в отношении содержания, принятия и справедливости плана.

**Рекомендация 8.09:** Суд не должен принимать бизнес-решения. Суду следует только принять во внимание возражения кредиторов или акционеров, которые фактически проголосовали против плана. Возражения, основанные на оценке бизнеса, должны быть приняты только в том случае, если возражающая сторона представит экспертные показания, свидетельствующие о том, что в альтернативной процедуре ликвидация будет очевидно лучше.

**Рекомендация 8.10:** Государствам-членам следует предусмотреть, что подтвержденный план является обязательным для всех сторон. Любая жалоба в отношении постановления о подтверждении в принципе не должна задерживать выполнение утвержденного плана.

**Рекомендация 8.11:** Государствам-членам следует разрешить любому плану обеспечивать контроль за выполнением всех его положений.

**Рекомендация 8.12:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы только значительная неспособность должника выполнить положения аннулировала план и его последствия. В этом случае должник может предотвратить подобное негативное развитие, представив измененный

план, который затем должен быть принят затронутыми кредиторами и вновь подтвержден судом.

**Рекомендация 8.13:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы списание задолженности в соответствии с планом реструктуризации не считалось налогооблагаемым доходом.

### Группы лиц

**Рекомендация 9.01:** Государства-члены в отдельности и европейские законодатели при пересмотре Регламента о несостоятельности (в новой редакции) должны предусмотреть конкретную основу для решения проблемы несостоятельности в контексте группы лиц, включающей в себя материнскую компанию и все ее дочерние компании в значении определения, приведенного в Регламенте о несостоятельности (в новой редакции), которое содержит следующие элементы.

**Рекомендация 9.02:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы суд, приняв решение по запросу об открытии производства по делу о несостоятельности в отношении члена группы лиц, проверял, рассматривается ли согласованная стратегия для некоторых или всех членов группы.

**Рекомендация 9.03:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечивать, чтобы управляющие в делах о несостоятельности и суды руководствовались Принципами и Руководящими принципами, изложенными в Европейских рекомендациях по взаимодействию и сотрудничеству в сфере трансграничного банкротства (Рекомендации ВИС), Принципах трансграничного межсудебного сотрудничества в ЕС 2015 г. (Принципы JudgeCo), которые включают в себя Руководство по межгосударственной связи ЕС в области несостоятельности (Руководство JudgeCo). Общение и сотрудничество могут принимать любую форму, включая заключение протоколов. Такой протокол должен включать в себя положения, касающиеся уведомлений, прав управляющих в деле о несостоятельности, кредиторов или других заинтересованных сторон выступать в суде, получать доступ к данным и информации управляющих в деле о несостоятельности, обмениваться информацией между комитетами, сохранять активы, требования, включая конкретные правила для требований внутри компании, представлять план реструктуризации в рамках плана ликвидации, вносить поправки в протокол и включение Рекомендаций ВИС, Принципов JudgeCo и Руководства JudgeCo путем ссылки и являться частью этого протокола в любой форме, в которой они официально

приняты каждым судом, полностью или частично и с изменениями или без них, если таковые имеются, с добавлением пункта, предусматривающего, что в случае любого несоответствия между протоколом и этими Принципами и Руководящими положениями протокол имеет преимущественную силу.

**Рекомендация 9.04:** Европейские и национальные законодатели должны уполномочить суды и управляющих в делах о несостоятельности сообщать и сотрудничать в международных делах, которые не подпадают под действие Регламента о несостоятельности (в новой редакции) (Insolvency Regulation (Recast)), предусматривающего правила, аналогичные Рекомендациям ВИС, Принципам JudgeCo ЕС и Руководству JudgeCo. Тот факт, что Регламент о несостоятельности (в новой редакции) не применяется, не должен препятствовать участникам несостоятельности и судам третьих стран общаться и сотрудничать со своими соответствующими контрагентами в той степени, в которой такое общение или сотрудничество совместимо с национальным законодательством юрисдикции любой такой третьей страны.

**Рекомендация 9.05:** Государствам-членам следует разрешить своим судам совместно открывать производство по делу о несостоятельности нескольких компаний, принадлежащих к одной и той же группе, если суд считает, что центр основных интересов (ЦОИ) этих компаний находится в их государстве-члене.

**Рекомендация 9.06:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы процедуры групповой координации в соответствии с Положением о несостоятельности (2015) стали более эффективными.

**Рекомендация 9.07:** Европейские и национальные законодатели должны предусмотреть, чтобы суд, расположенный в центре основных интересов (суд ЦОИ) члена группы, участвующего в процедурах координации группы, мог уполномочить банкротного управляющего добиваться: (i) своего участия и учета своего мнения в координации разбирательства, происходящего в другой юрисдикции; (ii) признания судом-координатором процесса в юрисдикции ЦОИ; в то время как (iii) координирующий суд может получить такой запрос о признании.

**Рекомендация 9.08:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, учитывая, что участие в процедурах координации групп является добровольным, чтобы решение об отказе от участия требовалось для освобождения члена группы от результатов такого

разбирательства (отказ от участия). Кроме того, суду ЦОИ должно быть разрешено отказаться от участия в своей группе, если решение об отказе не принято добросовестно. В тех случаях, когда высокий процент (минимум 80%) членов группы, затронутых в равной степени, участвуют в процедурах координации группы, суд ЦОИ должен исходить из того, что решение об отказе было принято недобросовестно, если только добросовестность не доказана судом.

**Рекомендация 9.09:** Платежеспособным членам группы должно быть разрешено официально участвовать в процедурах координации группы, при этом такое участие не подразумевает подчинение юрисдикции суда или применимости его законов о несостоятельности.

**Рекомендация 9.10:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы процедуры групповой координации могли привести к плану реструктуризации группы или несостоятельности, который является обязательным для всех участвующих членов. Кредиторы и заинтересованные стороны членов групп, участвующих в деле, должны помещаться в отдельные классы и голосовать по правилам и в соответствии с применимым национальным законодательством в своей собственной юрисдикции. После голосования по плану реструктуризации или несостоятельности группы соответствующими кредиторами и заинтересованными сторонами каждый суд ЦОИ должен подтвердить план, если будет считаться, что план был принят в соответствии с национальным законодательством, включая все его варианты сокращения. Пересечение юрисдикций (пересечение компаний) должно быть невозможно.

**Рекомендация 9.11:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы управляющий, назначенный в рамках процесса координации группы (координатор), имел право доступа к процессуальным действиям в каждом суде ЦОИ для заслушивания вопросов, связанных с осуществлением плана реструктуризации группы.

**Рекомендация 9.12:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы суд мог одобрить существенную консолидацию активов совместно управляемых членов группы (см. Рекомендацию 9.05), частей этих активов, в ситуациях, когда (i) активы и пассивы всех соответствующих членов объединяются в связи с тем, что их нельзя легко разделить без серьезных усилий, задержек и расходов, (ii) структура группы может быть использована для обмана кредиторов. Они также должны позволять плану реструктуризации группы или плану несостоятельности предусмотреть такую форму консолидации в международных процедурах.

## **Специальные меры для малых и средних предприятий (МСП), а также физических лиц (не являющихся потребителями)**

**Рекомендация 10.01:** Государствам-членам следует определить сферу применения специальных положений для дел о реструктуризации малого бизнеса и делах о несостоятельности с удалением особого внимания микро- и малому бизнесу. Государства-члены не должны концентрироваться на среднем бизнесе, поскольку он обычно не требует особого отношения.

**Рекомендация 10.02:** Государства-члены должны обеспечить, чтобы несостоятельный (стоящий на грани несостоятельности) микро- и малый бизнес имел доступ к процедуре банкротства независимо от имеющихся активов для покрытия расходов на производство.

**Рекомендация 10.03:** Государствам-членам следует разрешить отсрочку оплаты процессуальных издержек (процедура по делу о несостоятельности), чтобы обеспечить тщательное расследование и эффективное исполнение требований касательно вывода активов, действий по признанию сделки недействительной, а также требований о привлечении к ответственности директора должника.

**Рекомендация 10.04:** Государствам-членам следует рассмотреть вопрос о финансировании процедурных расходов на реструктуризацию и производство по делу о несостоятельности по делам, не связанным с активами, за счет государственных средств и дальнейшего стимулирования финансирования третьей стороной процесса реструктуризации и производства по делу о несостоятельности (например, путем первоочередной выплаты этих средств и (или) налогового вычета).

**Рекомендация 10.05:** Государствам-членам следует снизить сложность и продолжительность дел малого бизнеса, чтобы ограничить расходы, а также облегчить доступ к процедурам для индивидуальных предпринимателей, обладающих слабой квалификацией.

**Рекомендация 10.06:** Государствам-членам следует учитывать рациональную пассивность кредиторов в правилах принятия решения о плане реструктуризации, продаже бизнеса или частичной ликвидации по условному правилу одобрения. Для обеспечения скорости и эффективности разбирательства неучаствующие кредиторы также не должны иметь возможность откладывать разбирательство на более позднем этапе путем обращения в (вышестоящие) суды.

**Рекомендация 10.07:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы упрощенные процедуры для микро- и малого бизнеса не использовались для лишения прав кредиторов. Однако добросовестность долж-

ника не должна подвергаться проверке в первый день разбирательства на основании обширных требований к подаче заявления, а должна подвергаться тщательному анализу в ходе рассмотрения дела о несостоятельности в суде, участниками дела о банкротстве, соответствующими государственными органами (налоговыми или социальными) и кредиторами (финансирующий банк; торговый кредитор). В случае доказанной недобросовестности эффективной санкцией должен послужить отказ от освобождения предпринимателя от обязательств.

**Рекомендация 10.08:** Государствам-членам следует рассмотреть вопрос о том, чтобы разбирательства в отношении микро- и малого бизнеса осуществлялись вне судебной системы (государственными органами или обеспеченными кредиторами или другими частными организациями), и привлекать суды только к рассмотрению возражений и апелляций, если их законы это позволяют.

**Рекомендация 10.09:** Государствам-членам следует ограничить административное бремя ведения дел микро- и малого бизнеса, используя обязательные шаблоны и современные инструменты информационных технологий, такие как интерактивные шаблоны.

**Рекомендация 10.10:** Государствам-членам следует устанавливать короткие периоды для приостановления или выработки проекта плана, чтобы ограничить возможности для злоупотреблений, а также снизить общую продолжительность разбирательства.

**Рекомендация 10.11:** Государствам-членам следует предусмотреть безопасный способ для неплатежеспособных предпринимателей для погашения всей задолженности, связанной с предпринимательской деятельностью, к концу производства по делу о несостоятельности, если нет возражений, основанных на недобросовестном поведении должника.

## ГЛОССАРИЙ ТЕРМИНОВ И ОПРЕДЕЛЕНИЙ ПО ВОПРОСАМ РЕСТРУКТУРИЗАЦИИ И БАНКРОТСТВА

Множество государств, органов региональной власти, международных неправительственных организаций, объединений практикующих специалистов по всему миру подготовили значительное количество законов, регламентов, принципов, рекомендаций и сборников наилучшей практики. Все означенные формы волеизъявления направлены на улучшение управления мерами и процедурами реструктуризации и банкротства организаций, которые имеют активы, осуществляют деятельность, имеют кредиторов или должников более чем в одном государстве. В некоторых случаях указанные законы, регламенты и принципы устанавливают перечни наиболее употребительных определений или терминов, используемых в юридическом значении. Настоящее Приложение ставит целью дальнейшее развитие европейской правовой лексики, основанной на недавних попытках разработать всеобщую правовую терминологию и тем самым помочь законодателям, управляющим и судам в их попытках развить лексику своих языков для облегчения и приведения к единому знаменателю трансграничного общения и взаимодействия<sup>1</sup>. Это Приложение может оказаться полезным законодателю при создании или изменении национальных норм, регулирующих трансграничное банкротство, в целях сближения или гармонизации национальных законов и регламентов.

При подготовке текста использовалась методика общего сбора слов и выражений из документов, упомянутых в сносках, насколько это было целесообразно для лучшего понимания и знания вопросов несостоятельности в широком смысле. При этом большинство терминов Глоссария были приняты или предложены институтами ЕС, в особенности те слова и выражения, которые использовались в Ре-

---

<sup>1</sup> Настоящий документ основан на Приложении к основным принципам сотрудничества в международных судебных делах (Всеобщие принципы), подготовлен Яном Флетчером и Бобом Вессельсом и опубликован в июне 2012 г. Американским институтом банкротства (АИБ) и Международным институтом по вопросам несостоятельности (МИВН) (полный текст см.: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.htm>). Дополнения к означенному Глоссарию были сделаны докладчиками в сотрудничестве с Лейденским объединением исследователей по вопросам восстановления платежеспособности и несостоятельности (доступно на: [www.tri-leiden.eu](http://www.tri-leiden.eu)).

комендации Европейской комиссии от марта 2014 г. и ее проекте Директивы по реструктуризации от ноября 2016 г., относящихся к предбанкротной реструктуризации и второму шансу. Отмечается, что термины, используемые в качестве определений в некоем тексте, предназначены именно для целей данного текста. Это относится и к терминам и выражениям Банкротного регламента ЕС (редакция 2015 г.). В тех случаях, когда термины из упомянутого Регламента не являются отсылками к национальному законодательству государств-членов, считается, что большинство терминов «имеет самостоятельное значение и, следовательно, должно толковаться единообразно, вне зависимости от национального законодательства»<sup>1</sup>. Данный способ толкования, однако, не исключает использование определенного выражения в первоначальном значении, притом что специальное значение должно применяться в соответствующем контексте.

*Absolute priority rule* – Правило абсолютного приоритета

Правило абсолютного приоритета (ПАП) разработано в банкротном праве США в ответ на обычную для начала XX в. практику, при которой действующий бизнес продавался одним лицом другому лицу, контролируруемому прежними собственниками с тем, чтобы обойти требования целых классов кредиторов при удовлетворении требований последующей очередности, как, например, акционеров<sup>2</sup>. Данное правило гласит, что суду надлежит отказывать в одобрении продажи бизнеса, если таковая нарушает приоритет удовлетворения требований, применяемый при ликвидации предприятия. Правило было признано непрактичным, и в нынешнем банкротном праве США его применение ограничено. Согласно ст. 1129 (b) Кодекса США о банкротстве правило применяется только при подаче в суд ходатайства об одобрении плана в обход несогласного с ним класса кредиторов. В силу правила (a) класс кредиторов, имеющий возражения против продажи, может потребовать удовлетворения своих требований до того, как между последующими классами будут распределены вырученные от продажи или в ходе реструктуризации средства, и (b) несогласный класс кредиторов или акционеров вправе настаивать на удовлетворении своих требований

<sup>1</sup> «Центр основного интереса», см. дело: C-341/04 Eurofood IFSC Ltd v. Bank of America N.A EU:C:2006:281, п. 31.

<sup>2</sup> См.: Stephen J. Lubben, *The Overstated Absolute Priority Rule* 21 Fordham Journal of Corporate & Financial Law, 2016. С. 581.

по меньшей мере в том же объеме, что и представители другого класса, имеющего тот же приоритет вне процедуры банкротства<sup>1</sup>.

*Abusive filings* – Злоупотребление иском

Термин используется в контексте Принципов НАФТА АИП (2003), где он применяется в качестве процессуального принципа<sup>2</sup>. Этот не имеющий специального определения институт заключается в том, что «в случае, если после подачи неосновного иска в стране НАФТА суд в данной юрисдикции посчитает, что она имеет незначительную связь с возможным решением по делу по сравнению с юрисдикцией центра основных интересов должника, суду следует прекратить производство по делу (i), если законодательством это допускается и прекращением производства не нарушаются законные интересы; или (ii) исключить распространение за пределы страны действия возможной приостановки по делу в рамках неосновного производства»<sup>3</sup>.

*Actio Pauliana* – Паулианов иск

Паулианов иск – способ оспаривания сделки в римском праве, позволяющий оспорить переход права собственности, совершенный в целях избежания или отложения иска кредиторов, посредством перемещения собственности за пределы их доступа<sup>4</sup>. См. «Положения об оспаривании сделок».

*Administrative claim or expense* – Административные требования или расходы

Административные требования или расходы (Определение ЮНСИТРАЛ) – требования, относящиеся к издержкам и расходам на ведение производства, таким, как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, нанятым управляющим в деле о несостоятельности; расходы в связи с продолже-

---

<sup>1</sup> См., например: В.Е. Adle, D.G. Baird and Т.Н. Jackson, *Bankruptcy* (4<sup>th</sup> edn, Foundation Press, New York 2007). С. 675. Определение правила абсолютного приоритета проекта Директивы по реструктуризации (2016) неполное, поскольку не включает в себя второй стандарт правила.

<sup>2</sup> См.: American Law Institute, *Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries* (2003) (Принципы АИП НАФТА (2003)).

<sup>3</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Процессуальный принцип 6.

<sup>4</sup> См. также: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 448.

нием операций должника; долги, возникающие в связи с выполнением управляющим в деле о несостоятельности его функций и полномочий; расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных и внедоговорных обязательств; и расходы на производство.

Управленческие требования или издержки включают в себя расходы на процедуру, в том числе вознаграждение управляющего и любых нанятых им для целей управления специалистов, расходы на продолжение деятельности должника, задолженность, возникающую в связи с исполнением управляющим своих обязанностей и полномочий, затраты, связанные с продолжением договорных и законных обязательств и иные расходы на проведение процедуры<sup>1</sup>. Подобная форма расходов иногда называется «расходы на имущественную массу».

#### *Administrator* – Управляющий (администратор)

Управляющий имуществом – лицо, под чьим контролем и управлением находится имущество должника в ходе процедуры реструктуризации или банкротства. См. также «представитель в деле о несостоятельности». Эту роль выполняет управляющий, за исключением случаев сохранения статуса должника во владении. См. также: «Специалист по вопросам несостоятельности», «Должник во владении», «Должностное лицо», «Ликвидатор», «Наблюдатель».

#### *Adopted* – Принятый

План реструктуризации, одобренный необходимым большинством голосов (в каждом классе) заинтересованных кредиторов (и акционеров)<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2004), п. 12; Приложение 1; Глоссарий (термины и определения). ЮНСИТРАЛ в устоявшемся виде использует термины и определения в Руководстве для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2004) (Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004), и дополнениях к нему. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности, часть третья: Режим предпринимательских групп при несостоятельности (2010) (далее – Руководство ЮНСИТРАЛ, 2010); Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (2009) (далее – Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики (2011). Несмотря на то что некоторые из упомянутых терминов используются во всех перечисленных документах, нет необходимости и далее перечислять их все во всех нижеследующих ссылках.

<sup>2</sup> См.: Международная рабочая группа по европейскому банкротному праву; Принципы европейского банкротного права (2003), Принцип § 11.3 (далее – Принципы европейского банкротного права (2003)); Рекомендация Комиссии от 12.03.2014 о новом

*Affected party* – Заинтересованная сторона

Во множественном числе термин «заинтересованные стороны» означает: кредиторы или классы кредиторов, затронутые планом реструктуризации<sup>1</sup>. Иногда термин «заинтересованный кредитор» употребляется в значении кредитора или кредиторов в совокупности (включая обеспеченных кредиторов), чьи права, обязательства и интересы затрагиваются (предлагаемым) планом реструктуризации<sup>2</sup>.

*Applicable* – Применимый

Термин «применимый» имеет широкое значение в сфере несостоятельности. Однако можно предположить, что наиболее распространенное его значение относится к применимому законодательству. Европейский банкротный регламент (2015) в ст. 7 устанавливает, что действие применимого к процедуре банкротства законодательства распространяется на территорию государства-члена, в котором открыто соответствующее производство. Статьи 8–18 Европейского банкротного регламента (2015) устанавливают ограничения этой нормы и изъятия из нее.

*Assets* – Активы

Термин «активы» используется в ряде нормативных актов относительно активов должника. Руководство ЮНСИТРАЛ описывает активы должника как «имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, будь то находящемся или не находящемся во владении должника, материальном или нематериальном, движимом или недвижимом, включая интересы должника в обремененных активах или в активах, принадлежащих третьим сторонам»<sup>3</sup>. Европейский банкротный регламент (2015) устанавливает, что «Регламент допускает открытие основной банкротной процедуры в государстве-члене по месту нахождения центра основных интересов должника. Эта процедура

---

подходе к финансовому краху и банкротству, COM(2014) 1500 final, Рекомендации 16 и 20 (далее – Рекомендации Комиссии (2014)); проект Директивы Европейского парламента и Совета ЕС по порядку предупредительной реструктуризации, второму шансу и мерам по повышению эффективности реструктуризации, банкротства и списания долгов и внесении изменений в Директиву 2012/30/EU, 22.11.106, COM(2016) 723. Ст. 9 (далее – проект Директивы о реструктуризации (2016)).

<sup>1</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации. Ст. 2(3).

<sup>2</sup> См.: Международные рекомендации ИНСОЛ по досудебному урегулированию II (2017), третий принцип.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009; Глоссарий (термины и определения).

является всеобъемлющей и предусматривает охват всего имущества должника»<sup>1</sup>. Также Европейские рекомендации по взаимодействию и сотрудничеству в сфере трансграничного банкротства 2007 г. гласят, что «в частности, целью Рекомендаций является содействие установлению, сохранению и приумножению стоимости активов должника (включающих его предприятие или бизнес) на мировом уровне»<sup>2</sup>.

Кроме того, Принципы европейского банкротного права (2003) в качестве своего первого принципа определяют, что «в рамках процедуры банкротства активы должника собираются и преобразуются в денежные средства для распределения между кредиторами (ликвидация), или обязательства несостоятельного должника реструктурируются для восстановления его способности отвечать по обязательствам (реорганизация). Процедура может представлять из себя сочетание ликвидации и реорганизации»<sup>3</sup>.

В тексте Принципов европейского частного права (DCFR, 2009) исследовательские группы по Европейскому гражданскому кодексу и по частному праву ЕС определили активы как «любое имущество, имеющее экономическую ценность, включая собственность, права, имеющие денежное выражение, а также репутацию фирмы»<sup>4</sup>.

### *Attached right* – Акцессорное право

Акцессорное право – право *quasi*-собственности не непосредственно на имущество, а являющееся дополнительным к нему. См. также *Vested right*.

<sup>1</sup> Регламент Европейского парламента 2015/848 и Совета ЕС от 20.05.2015 по банкротному процессу (с изменениями), также см. O.J. L 141/19 от 05.06.2015 (далее – ЕБР (2015) или Европейский банкротный регламент (2015)).

<sup>2</sup> European Communication & Cooperation Guidelines for Cross-border Insolvency (2007), Рекомендация 2.2 (ii) (далее – Рекомендации ВиС).

<sup>3</sup> Принципы Европейского банкротного права (2003), Принцип 1.1.

<sup>4</sup> Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (European Law Publishers, 2009), Annex (Definitions). С. 546. Авторы Доклада использовали сокращенное издание (далее – DCFR Outline Edition (2009)). Полное издание (6500 с., шесть томов) было опубликовано в конце 2009 г. См.: Christian von Bar and Eric Clive (eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR) (Full Edition. München; Oxford: Sellier. European Law Publishers. Oxford University Press, 2009/2010). Представленный в качестве проекта будущего европейского закона об обязательствах и собственности, DCFR вызвал острые дискуссии. См., например: Н. Eidenmüller, F. Faust, Н.С. Grigoleit, N. Jansen & G. Wagner, R. Zimmerman, The Common Frame of Reference for European Private Law. Policy Choices and Codification Problems. Oxford Journal of Legal Studies 2008. С. 659–708.

*Avoidance provisions* – Положения об оспаривании сделок

Положения об оспаривании сделок имеют несколько определений: (i) положения законодательства о несостоятельности, позволяющие аннулировать сделки, связанные с передачей активов или принятием обязательств до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы и возвращать любые такие переданные активы или их стоимость в общих интересах кредиторов<sup>1</sup>; (ii) В более общем смысле данное выражение не обязательно ограничивается положениями банкротного права, но может и распространяться на общие нормы соответствующей правовой системы. В более широком значении термин используется в ст. 16 Европейского банкротного регламента (2015). Как и в тексте проекта Общих рамочных рекомендаций (DCFR), группы исследователей по Европейскому Гражданскому кодексу и по частному праву ЕС установили, что «признание недействительным юридического акта или правоотношения представляет процесс, при котором сторона или, в зависимости от обстоятельств, суд, находит основания для недействительности таким образом, чтобы акт или правоотношение, до того момента сохранявшее силу, было признано недействительным ретроспективно с самого начала»<sup>2</sup>.

*Balance sheet insolvency or balance sheet test* – Балансовая несостоятельность, или балансовый критерий (тест по балансу)

Должник является несостоятельным в случае, если сумма его обязательств превосходит стоимость его активов<sup>3</sup>.

*Best interest of creditors test* – Критерий наибольшей выгоды кредиторов

Критерий наибольшей выгоды кредиторов происходит из банкротного права США. Согласно ст. 5103 Акта от 22 июня 1874 г. компромиссное соглашение может быть утверждено вопреки мнению несогласного меньшинства кредиторов, если суд посчитал, что это делается «во имя наибольшей выгоды для всех лиц»<sup>4</sup>. По сути критерий требует,

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> DCFR Outline Edition (2009), Annex (Definitions). P. 546.

<sup>3</sup> G. McCormack, A. Keay & S. Brown, European Insolvency Law reform and harmonization (Cheltenham 2017). P. 448.

<sup>4</sup> См.: J. Hicks, Foxes Guarding the Henhouse: The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganizations, 5 Nev. L.J. 2005. P. 820.

чтобы положение несогласных кредиторов согласно плану реструктуризации не ухудшалось бы по сравнению с тем, что могло бы быть при выборе ликвидации, как при продаже действующего бизнеса, так и при распродаже по частям<sup>1</sup>.

*Burdensome assets* – Обременительные активы

Активы, которые могут не иметь стоимости или иметь незначительную стоимость для имущественной массы или обремененные таким образом, что их сохранение потребует расходов, которые превысят поступления от реализации таких активов или приведут к возникновению обременительного обязательства, или к ответственности по выплате денежной суммы<sup>2</sup>. Такие активы часто именуется «обременительная собственность» для целей отказа от нее управляющего.

*Business* – Бизнес

Термин «бизнес» обозначает любое физическое или юридическое лицо вне зависимости от того, в частной или в государственной собственности оно находится, действующее в соответствии с избранным им видом деятельности, занятием или профессией, даже если деятельность такого лица не имеет целью извлечение прибыли<sup>3</sup>.

*Carve-out* – Вычет

Доля имущества с обременением, остающаяся для остальных лиц после удовлетворения требования обеспеченного кредитора<sup>4</sup>.

*Cash flow insolvency or cash flow test* – Объективное банкротство или критерий ликвидности

Компания или лицо являются несостоятельными при неспособности погасить задолженность на момент наступления обязанности по ее оплате<sup>5</sup>.

*Cash proceeds* – Поступления денежных средств

---

<sup>1</sup> Критерий также был включен в проект Директивы о реструктуризации (2016), см. ст. 2(9).

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения).

<sup>3</sup> DCFR Outline Edition (2009), Annex (Definitions). P. 547.

<sup>4</sup> G. McCormack, A. Keay & S. Brown, European Insolvency Law reform and harmonization (Cheltenham 2017). P. 448.

<sup>5</sup> Ibidem.

Поступления денежных средств — поступления от продажи обремененных активов в той мере, в которой на такие поступления распространяется обеспечительный интерес<sup>1</sup>.

*Centre of main interests* — Центр основных интересов

В Европейском банкрутном регламенте (2015) термин «центр основных интересов» используется для территориального разграничения применимости положений Регламента (п. 25 Преамбулы) и в качестве критерия определения юрисдикции основной процедуры (ст. 3(1)). Как правило, используется аббревиатура ЦОИ. В том, что касается юридических лиц, Европейский банкрутный регламент устанавливает, что адрес места регистрации предполагается нахождением центра основных интересов, если только не будет доказано иное. ЕБР (2015) также гласит, что, как правило, термин «центр основных интересов» подразумевает место, в котором должник осуществляет управление своими интересами на постоянной основе и которое является доступным для третьих лиц<sup>2</sup>.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ также использует данный критерий и содержит следующую презумпцию: «В отсутствие доказательств противного зарегистрированный офис должника, или обычное место жительства в случае физического лица, считается центром основных интересов должника»<sup>3</sup>.

*Claim* — Требование

Руководство ЮНСИТРАЛ описывает «требование» как право на платеж из имущественной массы должника, возникающее будь то из задолженности, договора или другого типа обязательств, будь то на заранее установленную или не установленную сумму с наступившим или ненаступившим сроком погашения, оспариваемое или неоспариваемое, обеспеченное или не обеспеченное, фиксированное или условное<sup>4</sup>. Определение дополнено примечанием: в некоторых правовых системах признается правовая возможность или право, если они допускаются применимым законом, обращать взыскание на активы должника в порядке предъявления требования. Проект Общих рамочных рекомендаций (DCFR, 2009) описывает «требование» как требование в отношении

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> ЕБР (2015), ст. 3(1), последняя строка.

<sup>3</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности с Руководством по принятию и толкованию, ст. 16.3 (далее — Типовой закон ЮНСИТРАЛ (1997)).

<sup>4</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения).

чего-либо, основанное на праве<sup>1</sup>, а «заявителя» как лицо, заявляющее требование или имеющее основания для заявления требования<sup>2</sup>. Требование заявляется со стороны кредитора (см. «Кредитор»).

*Claim of the estate* – Расходы на имущественную массу

См. «Административные требования или расходы».

*Class* – Класс

Термин «класс» применяется для именованя группы требований кредиторов, находящихся в силу применимого права в схожем правовом положении, в особенности относительно их очередности в распределении имущества должника. Несмотря на то что класс относится к природе требований, соответствующее понятие употребляется и по отношению к заявителям. Как правило, устанавливаются следующие классы: (i) сверхприоритетные кредиторы; (ii) приоритетные кредиторы; (iii) кредиторы *pari passu* – «без предпочтений» – необеспеченные или обычные кредиторы; (iv) субординированные кредиторы; (v) держатели акций или долей. В силу применимого законодательства кредиторы и акционеры одного и того же класса часто могут подразделяться на подклассы, если их требования имеют существенные (правовые или экономические) различия.

*Class formation* – Формирование класса

Выражение «формирование класса» означает расстановку заинтересованных кредиторов и владельцев уставного капитала в плане реструктуризации таким образом, чтобы отразить их права и очередность задействованных требований и интересов с учетом существовавших к началу процедуры прав, залогов и соглашений между кредиторами и особенности их правового положения<sup>3</sup>.

*Clause* – Пункт

«Пункт» относится к положению, предусмотренному документом. «Пункт» в отличие от «условия» всегда выражен в письменной форме<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> DCFR Outline Edition (2009), Annex (Definitions). P. 547.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2(6).

<sup>4</sup> Рабочая группа по Европейскому гражданскому кодексу, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law (European Law Publishers 2008), Annex I (Definitions). P. 328. Определение не включено в DCFR Outline Edition (2009).

*Collective proceedings* – Коллективное производство

Выражение «всеобщее производство» означает производство, в котором участвуют все кредиторы должника. Европейский банкротный регламент (2015) распространяет это выражение и на процедуры с участием существенной части кредиторов должника, не затрагивающие требований кредиторов, в них не участвующих<sup>1</sup>.

*Commencement of proceedings* – Открытие производства

Открытие (банкротного) производства – дата фактического начала производства по делу о несостоятельности, установленная будь то законом или судебным решением<sup>2</sup>. См. также: «Открытие процедуры» и «Момент открытия процедуры».

*Communication* – Взаимодействие

Связь между судами или между управляющими, или между судами и управляющими для целей, связанных с проведением процедуры банкротства. Возможная цель подобным образом устроенного взаимодействия описывается следующим образом: «...для гармонизации и согласования управления процедурой банкротства суд в государстве А и суд в государстве Б могут согласовывать деятельность друг с другом (и принимать решение о возможности действовать на основании решения другого суда)»<sup>3</sup>.

*Composition* – Согласование порядка погашения задолженности

Используется для обозначения процедуры с целью восстановления бизнеса юридического или физического лица, находящегося в процедуре банкротства, возможно, путем смены собственника, посредством реструктуризации задолженности, отсрочки платежей, переустройства, реорганизации и им подобных процедур, с распределением среди кредиторов и (или) акционеров и других владельцев уставного капитала денежных средств, собственности и (или) прав требования или интересов в реабилитируемом бизнесе<sup>4</sup>. См. также: «План реструктуризации» и «План реорганизации».

---

<sup>1</sup> См.: ЕБР (2015). Ст. 2(1).

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения).

<sup>3</sup> III Комитет по международной юрисдикции и сотрудничеству, проект Типового международного трансграничного протокола о несостоятельности (проект с комментарием, июнь 2009 г. Ст. 5(1)(b)).

<sup>4</sup> Международная ассоциация юристов, Конкордат о трансграничной несостоятельности (1995); Глоссарий (далее – Конкордат (1995)).

*Condition* – Условие

Условие – положение, ставящее возникновение правоотношения или правовых последствий в зависимость от события, которое должно произойти или не произойти в будущем. Условие может быть отлагательным, либо отменительным<sup>1</sup>.

*Conduct* – Поведение

Поведение означает добровольные действия любого вида, вербальные и невербальные, включая разовые действия или серию действий, активных или пассивных (как, например, принятие чего-либо без возражений или бездействие) и деятельность, на постоянной или периодической основе (как, например, осуществление контроля над чем-либо)<sup>2</sup>.

*Confirmation* – Утверждение

Одобрение судом принятого заинтересованными кредиторами плана реструктуризации<sup>3</sup>. Утверждение делает план обязательным как для заинтересованных кредиторов, голосовавших за его принятие, так и для голосовавших против<sup>4</sup>. Как правило, рассмотрение плана реструктуризации судом охватывает порядок его принятия и другие специальные вопросы, исходя из того, что кредиторы обладают достаточными экономическими познаниями для осознанного решения по принятию плана<sup>5</sup>. Как правило, утверждение не предусматривает экономической оценки осуществимости плана и является формальным правовым актом<sup>6</sup>. Утверждение плана реструктуризации судебной или административной властью необходимо для того, чтобы гарантировать, что умаление прав кредиторов и интересов держателей уставного капитала будет уравниваться выгодой от реструктуризации и предоставлением им доступа к эффективной процедуре<sup>7</sup>.

*Connected person* – Связанное лицо

Связанным лицом является любое физическое или юридическое лицо, имеющее тесную взаимосвязь с должником, как правило, по-

<sup>1</sup> DCFR Outline Edition (2009), Annex (Definitions). P. 548.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Принципы Европейского банкротного права (2003), § 11.3; проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 10.

<sup>4</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004. Ч. I (II), п. 31.

<sup>5</sup> Там же. Ч. I (II), I (III), п. 6.

<sup>6</sup> Там же. Ч. I (II), I (III), II (IV), п. 60 и 64.

<sup>7</sup> Пункт 30 Преамбулы проекта Директивы о реструктуризации (2016).

средством аффилированности или родства<sup>1</sup>. См. также «Взаимозависимое лицо».

### *Consumer* – Потребитель

Потребителем является любое физическое лицо (личность), не являющееся предпринимателем<sup>2</sup>.

### *Cooperation* – Содействие

Процесс содействия и его основная цель определяются следующим образом: «Помогать эффективному ведению процедуры банкротства, и, учитывая, что любой должник может являться кредитором по отношению к любым другим активам должника, должники и управляющие при необходимости должны: (а) сотрудничать при проведении мероприятий судами двух различных государств и (б) принимать любые другие необходимые меры для согласованности управления процедурой банкротства в интересах увеличения конкурсной массы соответствующих должников»<sup>3</sup>.

### *Court* – Суд

Согласно ст. 2(6) Европейского банкротного регламента «суд означает судебный орган или другой орган, уполномоченный на открытие процедуры банкротства, утверждение открытия процедуры или на принятие решений в ходе процедуры. Пункт (20) Преамбулы гласит, что «процедура банкротства не всегда предусматривает участие судебной власти. Термин «суд» в ЕБР (2015) имеет широкое значение и включает лиц и органы, уполномоченные национальным законодательством на открытие процедуры банкротства»<sup>4</sup>. Руководство ЮНСИТРАЛ и практическое руководство ЮНСИТРАЛ содержат схожее значение: «Судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за производством по делу о несостоятельности»<sup>5</sup>. В ст. 234 Договора о ЕС Суд Европейского союза предпочел использовать функ-

---

<sup>1</sup> G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 448.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> III Комитет по международной юрисдикции и сотрудничеству, проект типового международного трансграничного протокола о несостоятельности (проект с комментарием, июнь 2009 г. Ст. 5(1)(а))

<sup>4</sup> ЕБР (2015), п. 20 Преамбулы.

<sup>5</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения).

циональный критерий, а не определения из национального законодательства с тем, чтобы определять, рассматривать ли соответствующий орган в качестве судебного<sup>1</sup>.

#### *Cram-Down* – Навязывание плана

Механизм, с помощью которого план реструктуризации, одобренный необходимым большинством, становится обязательным для несогласных с ним кредиторов (включая обеспеченных, необеспеченных и приоритетных)<sup>2</sup>. См. также «Навязывание плана классам кредиторов».

#### *Creditor* – Кредитор

Руководство ЮНСИТРАЛ определяет кредитора как физическое или юридическое лицо, обладающее требованием к должнику, которое возникло при открытии производства по делу о несостоятельности или до его открытия<sup>3</sup>. В рамках DCFR рабочая группа по разработке Европейского гражданского кодекса и группа *Acquis* определили кредитора как «лицо, имеющее право на получение исполнения обязательства, как денежного, так и неденежного, от другого лица, должника»<sup>4</sup>. Принципы АИП НАФТА (2003), Приложение А, Определения, гласят: кредитором именуется лицо, имеющее требование к должнику, но это относится и к другим лицам, заинтересованным в процедуре, таким, как совладельцы и другие лица, заявляющие об имущественных интересах относительно собственности должника.

#### *Creditors' committee* – Комитет кредиторов

Комитет кредиторов – представительный орган кредиторов, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> C-86/00 HSB Wohnbau, EU:C:2001:394.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004. Ч. II (IV), п. 28, 29 и 54, а также Всемирный банк, Принципы построения эффективных систем несостоятельности и защиты прав кредиторов, принцип C14.5 (далее – Принципы ВБ (2016)).

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения).

<sup>4</sup> DCFR Outline Edition (2009), Annex (Definitions). P. 330.

<sup>5</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения).

*Cross-border agreement* – Соглашение о трансграничной несостоятельности

Устное или письменное соглашение, заключенное с целью способствовать координации в процессе производства по делам о трансграничной несостоятельности и сотрудничеству между судами и управляющими в делах о несостоятельности и между управляющими в делах о несостоятельности, иногда с участием также других заинтересованных сторон<sup>1</sup>. См. также «Протокол».

*Cross-class cram-down* – Навязывание плана отдельному классу

Навязывание плана отдельному классу позволяет суду (или административному органу) утвердить план реструктуризации вопреки несогласию одному или нескольким классам заинтересованных кредиторов или акционеров<sup>2</sup>.

*Debtor* – Должник

Принципы АИП НАФТА (2003), Приложение А, Определения, в качестве определения должника указывают в большинстве случаев, что это юридическое лицо, в отношении которого ведется процедура банкротства или несостоятельности.

Европейский банкротный регламент гласит, что «настоящий Регламент применяется в ходе процедур банкротства, вне зависимости от того, является ли должник физическим или юридическим лицом, предпринимателем или частным лицом»<sup>3</sup>. Других определений в нем не содержится. В рамках DCFR приводится следующее определение: «Лицо, имеющее обязательство, как денежное, так и неденежное, перед другим лицом, кредитором»<sup>4</sup>.

*Debt for equity swap* – Конвертация долга в капитал

Конвертация долга в капитал – это процесс, с помощью которого задолженность полностью или частично обменивается на акционерный капитал, либо посредством передачи существующих долей/акций, либо выпуском новых. В результате балансовая платежеспособность

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2(8).

<sup>3</sup> ЕБР (2015), п. 9 Преамбулы.

<sup>4</sup> DCFR Outline Edition (2009), Annex (Definitions). P. 550.

должника восстанавливается, его активы, без конвертации в деньги, переходят кредиторам<sup>1</sup>.

*Debtor in possession* – Должник во владении

Руководство ЮНСИТРАЛ дает описание определенного вида должников под наименованием «должник во владении» – должник при производстве реструктуризации, сохраняющий полный контроль над бизнесом, в результате чего суд не назначает управляющего в деле о несостоятельности<sup>2</sup>. Последняя часть не вошла в определение Европейского банкрутного регламента (2015), гласящего, что «должник во владении» означает должника, в отношении которого открыто банкрутное производство, при этом не требующее обязательного назначения управляющего или полной передачи прав управления активами должника управляющему, в ходе которого должник полностью или хотя бы частично сохраняет контроль над своим имуществом и деятельностью<sup>3</sup>.

*Deferral* – Передача производства по делу

Ситуация, когда один суд соглашается на ограничение своей ответственности в отношении определенных вопросов, включая, например, способность заслушивать определенные вопросы и издавать определенные постановления, в пользу другого суда<sup>4</sup>.

*Deferred creditor* – Пониженный (отложенный) кредитор

Пониженными (отложенными) кредиторами являются субординированные кредиторы, чьи требования в силу договора или законодательства о банкротстве подлежат удовлетворению только после всех остальных требований. См. также «Субординированные кредиторы».

---

<sup>1</sup> Рекомендации ИНСОЛ по досудебному урегулированию II (2017). С. 25; Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2004. Ч. II (IV), п. 44.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения); АИП Принципы НАФТА (2002), приложение А. Определение гласит: «Должник во владении» относится к лицу или лицам, уполномоченным на управление должником согласно гл. 11 о реорганизации в США или коммерческому конкурсу в Мексике и включает в себя должника во владении в соответствии с законодательством Мексики.

<sup>3</sup> См.: ЕБР (2015). Ст. 2(3).

<sup>4</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ, 2009, п. 2; Глоссарий (термины и определения).

*Discharge* – Освобождение от обязательств

Освобождение должника от требований, которые были или могли бы быть урегулированы в рамках производства по делу о несостоятельности<sup>1</sup>. Другой вариант: судебный приказ или норма закона, придающая силу соглашению, освобождающему должника от всех требований, которые предъявлены ему или могли бы быть предъявлены в рамках дела о банкротстве, включая контракты, которые были изменены как часть соглашения<sup>2</sup>.

*Disposal* – Реализация активов

Реализацией активов именуется любой способ передачи или отчуждения актива или доли в активе как полностью, так и частично<sup>3</sup>.

*Disqualification* – Дисквалификация

Процесс, в результате которого директор утрачивает право исполнять обязанности директора и в ряде юрисдикций некоторые другие обязанности<sup>4</sup>.

*Dissenting creditors* – Несогласные кредиторы

Кредиторы, отклоняющие предложенный план в процессе голосования, что означает их несогласие с условиями плана реструктуризации<sup>5</sup>.

*Distribution* – Удовлетворение требований кредиторов

Выплата кредиторам и (или) акционерам доходов от продажи активов имущественной массы.

*Domestic assets* – Внутренние активы

Активы, находящиеся в пределах территориальной юрисдикции суда, обладающего компетенцией по рассмотрению спора<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> Конкордат (1995), Глоссарий.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ, 2004, п. 12; Глоссарий (термины и определения).

<sup>4</sup> См. также: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 449.

<sup>5</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 449.

<sup>6</sup> См.: Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А (Определения).

*Duty* – Обязанность

У лица есть обязанность сделать что-то, если он должен это сделать в силу существующего обязательства или если от него ожидают этого в соответствии с применимым стандартом поведения. Обязанность может существовать перед конкретным кредитором или нет. Обязанность не всегда является одним из аспектов правоотношения. Не обязательно должна существовать санкция за неисполнение обязанности. Все обязательства – это обязанности, но не все обязанности являются обязательствами<sup>1</sup>. См. также «Обязательство».

*Electronic* – Электронный

«Электронный» означает относящийся к технологии с электрическими, цифровыми, магнитными, беспроводными, оптическими, электромагнитными или аналогичными возможностями. Таким образом, «электронная подпись» означает данные в электронной форме, которые присоединены к другим данным или логически связаны с ними и служат в качестве метода аутентификации<sup>2</sup>.

*Enacting State* – Согласовавшее государство

Государство, изменившее национальное законодательство в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ «О трансграничной несостоятельности»<sup>3</sup>.

*Encumbered asset* – Обремененный актив

Актив, в отношении которого кредитор имеет обеспеченный интерес<sup>4</sup>.

*Enforcement process* – Принудительное исполнение

Процедура, находящаяся под контролем суда для исполнения требований, в отношении которых было вынесено судебное постановление, которое, в частности, может включать наложение ареста на имущество<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> См.: Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 553.

<sup>2</sup> См. там же.

<sup>3</sup> См.: UNCITRAL Judicial Perspective (2011). Разд. С. Глоссарий.

<sup>4</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>5</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 449.

*Entrepreneur* – Предприниматель

Физическое лицо с неограниченной ответственностью, осуществляющее торговлю, профессиональную деятельность, производящее продукцию или ведущее бизнес<sup>1</sup>.

*Enterprise group* – Группа лиц

Две или более организации, связанные между собой контролем или значительным участием. В данном описании «организация» означает любое юридическое лицо независимо от его организационно-правовой формы, которое занимается коммерческой деятельностью и может регулироваться законодательством о несостоятельности, тогда как «контроль» означает способность прямо или косвенно определять хозяйственную и финансовую политику субъекта предпринимательской деятельности<sup>2</sup>.

*Equity holder* – Держатель акций

Держатель выпущенных акций или доли, представляющих собой долю в капитале корпорации<sup>3</sup>.

*Establishment* – Место осуществления предпринимательской деятельности

Статья 2 (10) Европейского регламента о процедурах банкротства (2015) определяет понятие «место осуществления предпринимательской деятельности» следующим образом: «Любое место осуществления деятельности, в котором должник осуществляет или осуществлял в течение трехмесячного срока до заявления об открытии производства по делу о несостоятельности постоянную экономическую деятельность с использованием человеческих ресурсов и активов». Этот термин используется главным образом для установления территориальной/вторичной юрисдикции по смыслу ст. 3(2) Европейского регламента о процедурах банкротства (2015). Аналогичное, хотя и не полностью идентичное определение, содержащееся в ст. 2 (10) Европейского регламента о процедурах банкротства (2015), также содержится в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, который предусматривает, что «место

---

<sup>1</sup> G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 449.

<sup>2</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2010), Глоссарий, соответственно в подп. а, b и с.

<sup>3</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 76 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

осуществления предпринимательской деятельности» означает «любое место осуществления операций, в котором должник осуществляет постоянную экономическую деятельность, с использованием человеческих ресурсов, товаров или услуг»<sup>1</sup>. Кроме того, Типовой закон ЮНСИТРАЛ не предусматривает положение, препятствующее недобросовестному изменению подсудности «или осуществлял такую (экономическую деятельность) в течение трехмесячного срока, предшествующего обращению с заявлением об открытии основного производства по делу о несостоятельности».

#### *Estate* – Имущественная масса

Термин «имущественная масса» используется несколько раз в Европейском регламенте о процедурах банкротства (2015) для описания активов должника, в отношении которого ведется производство о несостоятельности.

#### *Executory contract* – Длющийся контракт

Договор между должником и кредиторами, по которому обе стороны имеют неисполненные обязательства на момент вынесения постановления о приостановлении отдельных исполнительных действий<sup>2</sup>.

#### *Financial contract* – Финансовый договор

Любая спотовая, форвардная, фьючерсная, опционная или своп-сделка, связанная с процентными ставками, товарами, валютами, акциями, облигациями, индексами или любыми другими финансовыми инструментами, любая сделка РЕПО или сделка кредитования ценными бумагами, а также любая другая сделка, аналогичная любой сделке, упомянутой выше, заключенной на финансовых рынках или любая комбинация упомянутых выше сделок<sup>3</sup>.

#### *Foreign Court* – Иностранный суд

В Типовом законе ЮНСИТРАЛ содержится следующее определение этого термина: «Судебный или иной орган, компетентный осу-

<sup>1</sup> См.: Типовой закон ЮНСИТРАЛ (1997). Ст. 2 (f). Это определение также содержится в руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения) и в практическом руководстве ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>2</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2(5).

<sup>3</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

шествять контроль или надзор за иностранным производством»<sup>1</sup>. См. также «Суд».

*Foreign creditor* – Иностранный кредитор

Применительно к любой юрисдикции этот термин относится к кредитору, адрес которого, согласно деловым документам должника, находится за пределами этой юрисдикции<sup>2</sup>. В европейском контексте «иностранный кредитор» означает кредитора, который имеет свое обычное место жительства, постоянное местонахождение или зарегистрированный офис в государстве, отличном от государства открытия производства, включая налоговые органы и органы социального обеспечения государств-членов<sup>3</sup>.

*Fraud* – Мошенничество

Искажение или предоставление недостоверной информации. Мошенническим является искажение/предоставление недостоверной информации, если оно сделано с осознанием того, что оно является недостоверным и предназначено для побуждения получателя недостоверной информации к совершению ошибки, влекущей причинение вреда его интересам. Умолчание о фактах является мошенническим, если оно направлено на то, чтобы побудить лицо, от которого скрывается информация, к совершению ошибки, влекущей причинение вреда его интересам<sup>4</sup>.

*Full discharge of debt* – Полное освобождение от задолженности

Освобождение от оставшейся задолженности после реализации активов, плана погашения задолженности или же в случае заключения мирового соглашения<sup>5</sup>. См. также «Освобождение от обязательств».

*General body of creditors* – Собрание кредиторов

Выражение, подразумевающее всех кредиторов, чьи требования или права затрагиваются несостоятельностью должника и чьи интересы, следовательно, имеют особое значение для правового режима, под эгидой которого осуществляется производство по делу о несостоятельности.

---

<sup>1</sup> См.: Типовой закон ЮНСИТРАЛ (1997). Ст. 2(e).

<sup>2</sup> См.: Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А. Определения. См. также: ЕРН (2015). Ст. 2(12).

<sup>3</sup> См.: ЕРН (2015). Ст. 2(12).

<sup>4</sup> См.: Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 554.

<sup>5</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2 (14).

Действия должника в отношении его имущества могут быть оспорены, если они будут квалифицированы как наносящие ущерб интересам совокупности кредиторов, даже если интересы одного или нескольких отдельных кредиторов не были ущемлены или, возможно, выиграли от этого.

*Going-concern value* – Ценность действующего бизнеса

Это стоимость бизнеса должника в случае, если должник не ликвидируется (т.е. в случае, если после реабилитационных процедур бизнес должника остался функционирующим)<sup>1</sup>.

*Good faith* – Добросовестность

Субъективное состояние, характеризующееся честностью и отсутствием знания о том, что видимая ситуация не является действительностью<sup>2</sup>.

*Goods* – Товары

Любые материальные объекты, которые могут попасть в сферу физического контроля человека. См. также: «Активы», «Место осуществления предпринимательской деятельности», «Недвижимое имущество» и «Движимое имущество».

*Group of companies* – Группа лиц

Материнская организация и все ее дочерние организации<sup>3</sup>.

См. также *Enterprise Group*.

*Hybrid proceedings* – Гибридное производство

См. «Процедуры поддержки внесудебного урегулирования».

*Impaired claims* – Обесцененные требования

Требование обесценивается планом реструктуризации, если этот план предусматривает изменение прав, которыми обладатель этого требования (или доли участия в капитале корпорации) мог бы воспользоваться за пределами дела о банкротстве<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 449.

<sup>2</sup> См.: Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 555.

<sup>3</sup> См.: ЕРН (2015). Ст. 2(13).

<sup>4</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 450.

*Informal arrangement* – Неформальная договоренность

Любое соглашение по урегулированию задолженности, заключенное без участия суда<sup>1</sup>.

См. также «Внесудебная реструктуризация».

*Insolvency* – Несостоятельность

Определение термина «несостоятельность» обычно берется из национального законодательства государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности. Несостоятельность определяется как момент, когда должник, как правило, не в состоянии выплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения (неплатежеспособность, *cash flow insolvency*) или когда его обязательства превышают стоимость его активов (недостаточность имущества, *balance sheet insolvency*)<sup>2</sup>. Несостоятельность также может быть определена как перегрузка должника обязательствами, вследствие чего кредиторы не могут более рассчитывать на удовлетворение своих требований в полном объеме к моменту наступления срока для исполнения обязательств должником от обычного управления делами должника или бизнесом<sup>3</sup>. Таким образом, термин «несостоятельный» относится к должнику, имеющему обязательства, превышающие стоимость его активов, прекратившему выплату долгов в ходе обычной хозяйственной деятельности, или не способному выплатить их по мере наступления срока их погашения<sup>4</sup>. В Европейском регламенте о процедурах банкротства (2015) отсутствует термин «несостоятельность» как таковой, однако его можно вывести из термина «производство по делу о несостоятельности».

Важно уточнить, что в юридической литературе термины «банкротство» и «несостоятельность» часто используются как синонимы<sup>5</sup>, хотя следует отметить, что эти термины приобрели в современном употре-

---

<sup>1</sup> G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 450.

<sup>2</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>3</sup> См.: W.W. McBryde, A. Flessner and S.C.J.J. Kortmann, *Principles of European Insolvency Law* (Law of Business and Finance T. 4. Kluwer Legal Publishers, 2003). P. 15.

<sup>4</sup> См.: Study Group on a European Civil Code, *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law, European Law Publishers* (2008). Приложение I (Определения). С. 333. Это определение не включено в краткое издание DCFR (2009).

<sup>5</sup> См.: Bob Wessels, Bruce A. Markell and Jason J. Kilborn, *International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters*. Oxford: University Press Inc., Нью-Йорк, 2009.

блении различные значения. Так, термин «банкротство» применяется к физическим лицам, индивидуальным предпринимателям и товариществам, а термин «несостоятельность» — к юридическим лицам<sup>1</sup>.

*Insolvency administrator* — Администратор в деле о несостоятельности

Термин «администратор в деле о несостоятельности» относится к физическому или юридическому лицу, которому закон о банкротстве поручает управление имуществом банкрота, включая представителей, ликвидаторов, администраторов, кураторов, наблюдателей, временных управляющих, назначенных судом, и «должников во владении»<sup>2</sup>. «Администратор в деле о несостоятельности» — это лицо или орган, в том числе назначенный на временной основе, уполномоченный в рамках производства по делу о несостоятельности управлять реструктуризацией или ликвидацией несостоятельного лица<sup>3</sup>. В Европейском регламенте о процедурах банкротства (2000) в качестве общего термина для обозначения любого из признанных видов должностных лиц в деле о несостоятельности повсеместно использовался термин «ликвидатор». В соответствии с Европейским регламентом о процедурах банкротства (2015) термин «ликвидатор» был заменен на термин «специалист по вопросам несостоятельности». См. также: «Ликвидатор», «Должностное лицо» и «Специалист в области реструктуризации».

*Insolvency case* — Дело о несостоятельности — см. «Производство по делу о несостоятельности»

*Insolvency estate* — Конкурсная масса

Активы должника, которые могут являться предметом производства по делу о несостоятельности<sup>4</sup>. См. также «Имущественная масса»

<sup>1</sup> См.: Paul J. Omar, *European Insolvency Law* (Ashgate 2004). P. 3.

<sup>2</sup> См.: Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А (Определения). В контексте НАФТА термин «администратор» также включает в себя *sindicos* и *Mexican debtors in conciliations*. Один и тот же набор определений предусматривает: *sindico* относится к администратору, назначаемому *La Ley de Quiebras y Concurso mercantil*, и *Mexican debtors in conciliations* означает лицо или лиц, имеющих право на управление имуществом и делами должника в конкурсном производстве в Мексике.

<sup>3</sup> Study Group on a European Civil Code, *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law*, European Law Publishers (2008). Приложение I (Определения). С. 335. Это определение не включено в краткое издание DCFR (2009) (см. сн. 133).

<sup>4</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 12. Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

*Insolvency practitioner* – Банкротный управляющий

Это любое лицо или орган, в функции которых входит представление коллективных интересов кредиторов и управление или продажа активов должника, или надзор за управлением хозяйственной деятельностью должника<sup>1</sup>. Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) содержит аналогичное определение: любое лицо или орган, чья функция, в том числе на временной основе, заключается: i) в проверке требований, заявленных в ходе производства по делу о несостоятельности; ii) представлении коллективных интересов кредиторов; iii) управлении активами должника; iv) распоряжении активами, упомянутыми в п. (iii); или v) осуществлении надзора за управлением хозяйственной деятельностью должника<sup>2</sup>.

*Insolvency proceedings/Insolvency proceeding* – Производство по делу о несостоятельности/производство по делам о несостоятельности

«Производство по делу о несостоятельности» (именуемое также во множественном числе «производства по делам о несостоятельности») означает коллективное судебное или административное производство, включая предварительное производство, в рамках которого активы и хозяйственная деятельность лица, считающегося несостоятельным, подлежат контролю со стороны суда или другого компетентного органа в целях реструктуризации или ликвидации<sup>3</sup>. В терминологии НАФТА термин «производство» относится к процедурам банкротства или несостоятельности, включая понятие «дело о банкротстве» в США<sup>4</sup>. В Принципах европейского частного права (DCFR) используется почти аналогичное описание<sup>5</sup>: «Производство по делу о несостоятельности» – это коллективное производство, подлежащее судебному надзору либо для реорганизации, либо для ликвидации<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 450.

<sup>2</sup> См.: ст. 2 (5) ЕРН (2015). Лица и органы, перечисленные в Приложении В. Термин «банкротный управляющий» заменяет термин «ликвидатор», используемый в соответствии с ЕРН (2000).

<sup>3</sup> Black's Law Dictionary (Thomson West, Eight Edition 2004).

<sup>4</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А (Определения).

<sup>5</sup> Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 556.

<sup>6</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения). Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А. Определение понятия «процедура банкротства» означает коллективное

Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) определяет, что следует рассматривать в качестве производства по делу о несостоятельности в государствах-членах, к которым применяется настоящий Регламент, Приложение А. Для целей гармонизации понятие «производство по делу о несостоятельности» означает коллективную процедуру, которая влечет за собой частичное или полное ограничение на использование имущества должником и назначение ликвидатора<sup>1</sup>.

*Insolvency representative* — Представитель в деле о несостоятельности

Представитель в деле о несостоятельности — это лицо или орган, в том числе назначенный на временной основе, уполномоченный в рамках производства по делу о несостоятельности управлять реструктуризацией или ликвидацией имущественной массы<sup>2</sup>. Хотя это определение может включать как специалиста по вопросам несостоятельности, так и понятие «должник во владении». Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003) ограничивают значение этого термина и относят к нему только специалистов по вопросам несостоятельности: «коллективные интересы кредиторов могут быть представлены собранием кредиторов, комитетом кредиторов или представителем кредиторов»<sup>3</sup>.

*Interim Finance* — Промежуточное (временное) финансирование

Термин «промежуточное (временное) финансирование» означает средства, необходимые должнику для покрытия административных расходов после начала реструктуризации или производства по делу

---

производство по урегулированию, взысканию или выплате долгов юридического лица от имени всех кредиторов и других заинтересованных сторон и включает в себя производство, часто называемое «производство по делу о несостоятельности». Она включает в себя любое производство в соответствии с Законом о банкротстве и несостоятельности или Законом о соглашении кредиторов компаний в Канаде, в соответствии с Законом Мексики о коммерческом банкротстве и в соответствии с Кодексом США о банкротстве. См. также «Производство по делу о банкротстве».

<sup>1</sup> Проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2(1), где понятие «ликвидатор», вероятно, означает «специалист по вопросам несостоятельности». Термин «производство по делу о несостоятельности» означает производство, перечисленное в Приложении А. Ст. 2(4) ЕРН (2015).

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>3</sup> Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003). Принцип 3.1.

о несостоятельности до тех пор, пока не будет выполнен план реструктуризации или пока действующее предприятие должника не будет продано. Таким образом, такие платежи покрывают расходы после открытия производства, такие, как, например, расходы на оплату труда, страхование, аренду, сопровождение договоров и другие операционные расходы, а также иные расходы, необходимые для сохранения или увеличения стоимости активов имущественной массы<sup>1</sup>. В ЕС термин «промежуточное финансирование» используется для описания любых средств, предоставленных существующим или новым кредитором, которые необходимы для того, чтобы предприятие должника продолжало функционировать, а также для сохранения или повышения стоимости этого предприятия до утверждения плана реструктуризации<sup>2</sup>.

*Interim proceedings* — Предварительное производство

Законодательство о несостоятельности может предусматривать обязанность суда проверять фактические основания заявления об открытии производства по делу о несостоятельности до принятия решения по соответствующему ходатайству. Этот период с момента рассмотрения заявления об открытии производства и фактическим открытием производства и называется «предварительное производство». См. также «Реабилитационные процедуры».

*Intermediary/Independent intermediary* — Посредник/Независимый посредник

Посредник или независимый посредник — это лицо, которое может быть назначено судом для содействия координации производства по делу о несостоятельности в отношении несостоятельного должника или группы компаний, которые находятся в разных государствах. Задача посредника состоит в том, чтобы помочь обеспечить эффективное функционирование трансграничного производства по делу о несостоятельности, создать средства осуществления связи между судами соответствующих государств, решить практические вопросы, порождаемые такими факторами, как различные рабочие языки, на которых могут работать суды, и материально-технические проблемы, вызванные тем фактом, что суды расположены в разных часовых поясах, что препятствует ведению прямой связи в обычное рабочее время. В Европейском

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004). Ч. II (II), п. 94 и 118; Основные принципы ЕБРР для режима законодательства о несостоятельности (2004). Принцип 8 и Рекомендация Комиссии (2014), п. 6(e).

<sup>2</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2 (12).

регламенте о процедурах банкротства (2015) используется (в ст. 41(1)) термин «независимое лицо или орган». Для лица, которое может быть назначено судом для содействия координации производства по делу о несостоятельности в отношении «группы организаций», проходящего в нескольких юрисдикциях, в Руководстве ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности для законодательных органов используется термин «представитель суда»<sup>1</sup>.

*International insolvency case* – Дело о международной несостоятельности

Дело о несостоятельности носит международный характер, когда в нем имеются обстоятельства, которые фактически или потенциально связаны с применением законов более чем одного государства, включая его нормы национального права и нормы международного частного права. Такие дела в качестве альтернативы называются «трансграничными» или «транснациональными» делами о несостоятельности. См. также «Производство по делу о несостоятельности».

*International jurisdiction* – Международная юрисдикция

Когда суд ведет производство в соответствии с принципами национального права государства – места учреждения суда, действительность такого разбирательства для целей международного признания и приведения в исполнение решений иностранных судов будет зависеть от того, соответствует ли такое ведение производства критериям, установленным нормами международного частного права. В тех случаях, когда эти критерии соблюдаются, суд, ведущий производство, наделяется международной юрисдикцией в отношении рассматриваемого вопроса. Если между нормами международного частного права и нормами национального права суда имеются существенные различия, то возникают разногласия о применении тех или иных норм. В соответствии с международными договорами определенные критерии могут признаваться в качестве «наделяющих» суд международной юрисдикцией. См. также «Признание».

*Invalid* – Недействительный

В отношении юридического акта или правоотношения означает, что данный акт или правоотношение не имеют юридической силы, или ее утратили<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2010), п. 109 (37).

<sup>2</sup> Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 557.

*Judge* – Судья

В документах ЮНСИТРАЛ «судья» – это судебное должностное лицо или иное лицо, назначенное для осуществления полномочий суда или другого компетентного органа, обладающего юрисдикцией в соответствии с законодательством, основанным на Типовом законе ЮНСИТРАЛ<sup>1</sup>. При применении Европейского регламента о процедурах банкротства (2015) для аналогичной функции используется термин «суд». См. «Суд».

*Judgment* – Решение суда

Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) предусматривает, что термин «решение об открытии производства по делу о несостоятельности» включает: i) решение любого суда об открытии производства по делу о несостоятельности или об утверждении открытия такого производства и ii) решение суда о назначении специалиста по вопросам несостоятельности (ст. 2(7)).

*Junior creditor* – Младший кредитор

См.: «Пониженный кредитор» или «Субординированный кредитор».

*Jurisdiction* – Юрисдикция

Правила о юрисдикции изложены в ст. 3 Европейского регламента о процедурах банкротства (2015). Они гласят, что в соответствии с принципом пропорциональности Регламент ограничивается положениями, регулирующими выбор юрисдикции при открытии производства по делу о несостоятельности и решениями, выносимыми в силу процедуры о несостоятельности и напрямую связанными с процедурой. Положения о юрисдикции Европейского регламента о процедурах банкротства устанавливают только международную юрисдикцию, и поэтому они определяют государство-член, суды которого могут открывать производство по делу о несостоятельности (п. 6). Территориальная юрисдикция в пределах этого государства-члена должна устанавливаться национальным законодательством соответствующего государства-члена<sup>2</sup>. Суды государства-члена, на территории которого находится центр основных интересов должника, обладают юрисдикцией для открытия производства по делу о несостоятельности. В случае юридического лица место нахож-

---

<sup>1</sup> Судебная перспектива ЮНСИТРАЛ (2011). Приложение; В. Глоссарий (термины и определения). Раздел Е.

<sup>2</sup> Там же, п. 26.

дения зарегистрированного офиса считается центром его основных интересов при отсутствии доказательств обратного. Если центр основных интересов должника находится на территории одного из государств-членов, суды другого государства-члена обладают юрисдикцией открывать производство по делу о несостоятельности в отношении этого должника только в том случае, если его место осуществления предпринимательской деятельности находится на территории этого государства-члена. При этом ответственность должника ограничена активами должника, находящимися на территории последнего государства-члена<sup>1</sup>. См. также «Международная юрисдикция».

#### *Legislative Recommendations* — Законодательные рекомендации

Законодательные рекомендации — рекомендации в отношении нового законодательства или международных соглашений, расширяющие действующее законодательство и позволяющие существенно повысить уровень сотрудничества и интеграции<sup>2</sup>.

#### *Liquidator* — Ликвидатор

Лицо, назначенное с целью прекращения деятельности лица путем продажи его активов<sup>3</sup>. Европейское руководство по коммуникациям и сотрудничеству в области трансграничной несостоятельности (2007), текст которого был составлен в рамках Европейского регламента о процедурах банкротства (2000), предусматривает, что ликвидатором является любое назначенное лицо или орган, чья функция заключается в управлении или продаже активов должника или в надзоре за управлением его делами либо в ходе реорганизации, либо в ходе ликвидации<sup>4</sup>. См. также: «Управляющий по делам о несостоятельности», «Банкротный управляющий» и «Должностное лицо».

#### *Liquidation* — Процедура ликвидации

Процесс продажи и отчуждения активов для распределения выреченных средств между кредиторами в соответствии с законодательством о несостоятельности<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> ЕРН (2015). Ст. 3.1–3.2.

<sup>2</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А (Определения).

<sup>3</sup> Black's Law Dictionary (Thomson West, 8<sup>th</sup> edn., 2004).

<sup>4</sup> Рекомендации ВиС (2007). Руководящий принцип 4.1.

<sup>5</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004). § 12. Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

*Local creditor* – Локальный кредитор

Лицо, интерес которого связан с какой-либо юрисдикцией, в том числе кредитор, имеющий обеспеченные активы, находящиеся в этой юрисдикции, или иное лицо, имущество которого в соответствии с вещным статутом подчиняется праву места нахождения вещи в соответствующей юрисдикции, независимо от гражданства или места жительства этого лица<sup>1</sup>. В контексте ЕС термин «локальный кредитор» означает кредитора, чьи требования к должнику возникли исходя из места осуществления предпринимательской деятельности в соответствующем государстве-члене, отличном от государства-члена, в котором находится центр основных интересов должника<sup>2</sup>.

*Main Insolvency Proceeding/Main insolvency proceedings* – Основное производство по делу о несостоятельности/Основные производства по делу о несостоятельности

Основное производство по делу о несостоятельности полностью относится к внутреннему делу о банкротстве, возбужденному в стране, которая является центром основных интересов должника (Принципы НАФТА 2003, Приложение А, Определения). В Европейском регламенте о процедурах банкротства (2015) термин «основное производство по делу о несостоятельности» относится к первичному производству, открытому в государстве-члене, где должник имеет центр своих основных интересов. Эти процедуры имеют универсальный характер и направлены на то, чтобы охватить все активы должника<sup>3</sup>. Кроме того, Типовой закон ЮНСИТРАЛ определяет «иностранный основной про-

---

<sup>1</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А (Определения).

<sup>2</sup> ЕРН (2015). Ст. 2(11).

<sup>3</sup> ЕРН (2015), п. 23; MG Probud Gdynia sp. z o.o. v. Hauptzollamt Saarbrücken, Case C-444/07, CJEU 21.01.2010, [2010] B.C.C. 453: «22... прежде всего следует отметить, что статья 3 регламента предусматривает два вида производства по делу о несостоятельности. Производство по делу о несостоятельности, открытое в соответствии со статьей 3(1) компетентным судом государства-члена, на территории которого находится центр основных интересов должника, описываемое как «основное производство», имеет универсальные последствия в том смысле, что производство применяется к активам должника, находящимся во всех государствах-членах, в которых применяется данное положение. Хотя впоследствии производство по статье 3 (2) может быть открыто компетентным судом государства-члена, в котором должник имеет свое место осуществления предпринимательской деятельности, это производство, описываемое как «вторичное производство, приводит к последствиям, которые ограничиваются активами должника, находящимися на территории последнего государства» (см.: дело C-341/04 Eurofood IFSC [2006] ECR I-3813, п. 28); CJEU 17.11.2011, дело C-112/10 (Procureur-generaal bij Het hof van beroep te Antwerpen v. ZaZa Retail BV) и CJEU 15.12.2011, дело C-191/10 (Rastelli

изводство» как производство, осуществляемое в государстве, в котором должник имеет центр своих основных интересов<sup>1</sup>.

*Mediator* – Медиатор

Лицо, которое (возможно, назначенное судом) помогает должнику и кредиторам в переговорах по плану реструктуризации<sup>2</sup>.

*Moratorium* – Мораторий

Юридическая преграда для кредиторов, заявляющих или поддерживающих иски о взыскании долга<sup>3</sup>. См. также «Приостановление производства по делу».

*New financing* – Новое финансирование

Выражение «новое финансирование» означает любые новые средства, предоставленные существующим или новым кредитором с целью исполнения плана реструктуризации. Следует отличать от выражения «промежуточное финансирование»<sup>4</sup>.

*No asset case* – Дело при отсутствии активов

Дело о несостоятельности, когда у должника не остается имущества, подлежащего распределению, — явление, часто описываемое в делах о малом бизнесе или банкротствах физических лиц<sup>5</sup>.

*No creditor worse off* – Без ухудшения положения кредиторов

См. «Тест наилучших интересов».

*Non-Participating Creditor* – Неучаствующий кредитор

Кредитор (кредиторы), которые принимают решение не участвовать в производстве по делу о несостоятельности, несмотря на по-

---

Davide e C. Snc v. Jean-Charles Hidoux, в качестве ликвидатора, назначенного судом для компании Médiasucre international).

<sup>1</sup> Типовой закон ЮНСИТРАЛ (1997). Ст. 2(b). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>2</sup> G. McCormack, A. Keay & S. Brown, European Insolvency Law reform and harmonization (Cheltenham 2017) С. 450.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2(11).

<sup>5</sup> Рекомендация комиссии (2014), Рекомендации 25 и 26, а также Принципы трансграничного сотрудничества между судами ЕС по делам о несостоятельности (2014), Принцип 25 и комментарий.

лучение надлежащего уведомления о возбуждении производства и возможность участвовать в нем. План реструктуризации будет иметь для них обязательную силу, если суд обладает соответствующей юрисдикцией.

*Office holder* – Должностное лицо

Принципы управления делами о несостоятельности ЕРНР включают подробные правила в отношении должностных лиц, но не содержат четкого определения. В Приложении А к Европейскому регламенту о процедурах банкротства (2015) перечислено около ста национальных наименований тех лиц или органов, которым в контексте этого Регламента было присвоено одно обозначение «специалист по вопросам несостоятельности» (см. также «Администратор в деле о несостоятельности»). Из-за задач, которые может выполнять должностное лицо, обязанностей, которые оно будет иметь, и доверия к должностному лицу следует, что должностное лицо должно обладать несколькими важными критериями. К ним относятся общие способности и интеллект, опыт, профессиональные знания и достойный характер. Кроме того, в ряде стран профессии регулируются системой лицензирования. Должностные лица должны рассматриваться как профессиональная группа лиц и иметь соответствующую лицензию<sup>1</sup>. В соответствии с положениями Европейского регламента о процедурах банкротства и (2015) специалист по вопросам несостоятельности обязан действовать в соответствии с Европейским регламентом о процедурах банкротства и исходя из практики его применения, а также обязан действовать честно, объективно, справедливо и оперативно в отношениях со всеми заинтересованными сторонами, включая суды<sup>2</sup>.

*Ordinary course of business* – Обычная хозяйственная деятельность

Сделки, согласующиеся как с i) нормальным функционированием организации должника до производства по делу о несостоятельности, так и с ii) существующей деловой практикой<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Принципы должностных лиц по вопросам несостоятельности ЕБРР (2007). Принцип 1 (далее – Принципы ИОН EBRD (2007)).

<sup>2</sup> Рекомендации ВиС (2007). Принципы 4.2 и 4.3.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

*Out-of-the-money creditors and /or shareholders* – Безденежные кредиторы и (или) акционеры

Стороны, участвующие в реструктуризации или производстве по делу о несостоятельности, которые не могут рассчитывать на получение платежей в случае ликвидации по частям или при продаже бизнеса на ходу, считаются безденежными в ходе переговоров об альтернативном плане реструктуризации/несостоятельности<sup>1</sup>.

*Over-indebted entrepreneur* – Чрезмерно задолжавший предприниматель

Физическое лицо, занимающееся торговлей, бизнесом, производством продукции или профессией, которое не может выплачивать долги по мере наступления сроков по выплате<sup>2</sup>.

*Par est condicio omnium creditorum* – Условие о равенстве всех кредиторов

Буквально: «положение всех кредиторов равно». Эта максима широко используется для выражения принципа равенства отношения и статуса, который должен быть предоставлен всем кредиторам в рамках коллективного производства по делу о несостоятельности. Существует множество исключений из данного принципа в законодательствах различных государств. См. также «Принцип *pari passu*».

*Parent undertaking* – Материнская компания

В контексте ЕС термин «материнская компания» означает компанию, которая прямо или косвенно контролирует одно или несколько дочерних предприятий. Предприятие, которое готовит консолидированную финансовую отчетность в соответствии с Директивой 2013/34/ЕС Европейского парламента и Совета, считается материнской компанией (ст. 2 (14)).

*Pari passu principle* – Принцип *pari passu*

Перевод с латинского языка «одинаково и без предпочтений» (буквально: «на равных основаниях», следовательно, «пропорционально»). Этот термин часто используется в процедурах банкротства, когда кре-

---

<sup>1</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). С. 450.

<sup>2</sup> Проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2 (13).

диторов именуют оплачиваемыми *pari passu*, т.е. каждому кредитору платят пропорционально в соответствии с суммой его требования<sup>1</sup>.

Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) предусматривает, что для обеспечения равенства кредиторов кредитор, получивший в ходе производства по делу о несостоятельности удовлетворение своих требований, может участвовать в распределении средств в рамках других производств только в том случае, если кредиторы той же очереди получили в ходе этих других производств эквивалентное удовлетворение своих требований (ст. 23.2). Тот же подход отражен и в Принципах НАФТА: «...кредитор не должен иметь возможности использовать распределение активов в рамках дел о несостоятельности, открытых в нескольких странах в отношении одного должника, для получения удовлетворения в большем объеме, чем эквивалентное удовлетворение (в процентном соотношении) других кредиторов того же класса в том же государстве»<sup>2</sup>. Таким же образом в отношении *pari passu* Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов содержит принцип, согласно которому кредиторы, находящиеся в идентичном положении, удовлетворяются пропорционально их требованиям за счет активов имущественной массы, имеющихся для распределения среди кредиторов их очереди<sup>3</sup>.

### *Party* – Сторона

В контексте судебного разбирательства термин «сторона» может иметь узкое, техническое значение или более широкое, более общее значение. В своем узком, техническом смысле более полно звучащий как «сторона разбирательства», этот термин обозначает любое лицо (будь то физическое или юридическое), которое формально участвует в судебном процессе, добровольно или принудительно. Такие лица могут быть названы поименно в официальной документации судебного разбирательства. В более общем смысле термин «сторона» может использоваться для обозначения любых лиц, которые каким-либо образом существенно затронуты или могут быть затронуты исходом судебного разбирательства. Такие лица более точно называются «Заинтересованные лица» (см. ниже).

---

<sup>1</sup> Sands & Associates, словарь несостоятельности (2000) (доступно на: [www.sands-trustee.com/pq.htm](http://www.sands-trustee.com/pq.htm)-да).

<sup>2</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Основной принцип VII.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

*Party in interest* – Заинтересованное лицо

Любая сторона, чьи права, обязанности или интересы затрагиваются производством по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, держателя акций, комитет кредиторов, государственный орган или любое другое лицо, затронутое производством о несостоятельности. Не предполагается, что лица с отдаленными или «размытыми» интересами, затрагиваемыми производством по делу о несостоятельности, будут рассматриваться в качестве заинтересованной стороны<sup>1</sup>.

*Payment plan* – График погашения задолженности

График платежей, подлежащих выплате в течение определенного периода времени, согласованный между должником и кредитором или утвержденный судом<sup>2</sup>.

*Plan of reorganization* – План реорганизации

См. «План реструктуризации».

*Plenary proceeding* – Пленарное производство

Судебный орган или производство по делу о несостоятельности, которое рассматривает на пленарной основе административные вопросы, с одной стороны, касающиеся управления предприятием или активами должника, а с другой – подачи, рассмотрения и принятия требований кредиторов и распределения средств между ними<sup>3</sup>.

*Post-commencement claim* – Текущее требование

Требование к имущественной массе, возникающее после открытия производства по делу о несостоятельности<sup>4</sup>.

*Practitioner in the field of restructuring* – Управляющий в сфере реструктуризации

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>2</sup> G. McCormack G., A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 451.

<sup>3</sup> Concordat (1995) (Словарь терминов).

<sup>4</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

В ЕС принято выражение «управляющий в сфере реструктуризации», и оно означает любое лицо или орган, назначенные судебным или административным органом для выполнения одной или нескольких из следующих задач:

а) оказание должнику или кредиторам помощи в разработке или согласовании плана реструктуризации;

б) осуществление надзора за деятельностью должника в ходе переговоров по плану реструктуризации и отчетность перед судебным или административным органом;

с) осуществление частичного контроля над активами или делами должника в ходе переговоров<sup>1</sup>.

*Post-commencement privilege* – Привилегия текущих кредиторов  
См. «Административные расходы».

*Preference* – Предпочтение

Термин «предпочтение» может иметь различные значения. В контексте законодательства о недействительности сделок «предпочтение» относится к любой сделке, в результате которой кредитор получает преимущество или нерегулярный платеж. Полученное по таким сделкам может быть взыскано в соответствии с законодательством о сделках с предпочтением в рамках производства по делу о несостоятельности<sup>2</sup>. В контексте очередности требований кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности предпочтение представляет собой право получить удовлетворение раньше других кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности. См. также: «Приоритет», «Приоритетное требование», «Преимущественное право» или «Очередность».

*Pre-insolvency transaction* – Сделка в преддверии несостоятельности  
Сделка, совершенная компанией до того, как в отношении нее было открыто производство по делу о несостоятельности<sup>3</sup>.

*Pre-pack* – Подготовленная продажа

Метод, при котором составляется договор на продажу всех или существенной части активов должника. Договор заключается конфи-

---

<sup>1</sup> Проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2 (15).

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

<sup>3</sup> См.: G. McCormack, A. Keay & S. Brown, *European Insolvency Law reform and harmonization* (Cheltenham 2017). P. 451.

денциально до открытия производства по делу о несостоятельности без консультаций со всеми кредиторами и вступает в силу сразу же после открытия официального производства.

#### *Preservation Measures* – Реабилитационные процедуры

В отношении этого термина Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) предусматривает, что суд, обладающий юрисдикцией для открытия основного производства по делу о несостоятельности, должен иметь возможность предписывать временные и защитные меры с момента обращения с требованием об открытии производства (п. 36). Реабилитационные процедуры как до, так и после открытия производства по делу о несостоятельности служат важной гарантией эффективности производства по делу о несостоятельности<sup>1</sup>.

#### *Priority* – Приоритет

Приоритет – это право требования занимать более раннюю очередность по сравнению с другим требованием, если это право возникает в силу действия закона<sup>2</sup>.

#### *Priority claim* – Приоритетное требование

Приоритеты (или привилегии) – право на распределение активов в рамках процедуры банкротства первоочередно по отношению к правам других кредиторов<sup>3</sup>. Приоритетное требование – это требование, которое будет удовлетворено до удовлетворения требований необеспеченных кредиторов<sup>4</sup>.

#### *Privileged claim* – Привилегированное требование

Требование, которому в соответствии со статутным, или иным правом, или в соответствии с правилами очередности удовлетворения требований предоставляется предпочтение или приоритет перед непривилегированными требованиями, в том числе требование, вытекающее из публичного права государства<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Принципы транснационализации гражданского процесса АИП/УНИДРУА (2004). Принцип 8.1.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения); Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

<sup>3</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Приложение А (Определения).

<sup>4</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

<sup>5</sup> Concordat (1995) (Словарь терминов).

*Protection of value* – Защита стоимости активов

Меры, направленные на поддержание экономической стоимости обремененных активов и активов, принадлежащих третьим лицам, в ходе производства по делу о несостоятельности (в некоторых правовых порядках они называются «меры надлежащей защиты»). Защита может быть обеспечена путем денежных выплат, обеспечением интересов в отношении альтернативных или дополнительных активов или иными способами, определяемыми судом для обеспечения необходимой защиты<sup>1</sup>.

*Protocol* – Протокол

Процессуальный принцип Американского института права № 14 («Сотрудничество») гласит: «1. Администраторы параллельных производств должны сотрудничать во всех аспектах дела. Такое сотрудничество лучше всего достигается путем заключения соглашения или «протокола», закрепляющего процедуры принятия решений, при этом многие решения могут приниматься неофициально, пока согласуются основные положения. 2. Протокол о сотрудничестве должен включать как минимум положения о порядке одобрения судом решений и действий, когда это требуется, и о связи с кредиторами, как это предусмотрено в силу соответствующих национальных законодательств. Насколько это возможно, протокол должен также предусматривать процедуры экономии времени, чтобы избежать ненужных и дорогостоящих судебных слушаний и других разбирательств. Из разъяснения процессуального Принципа 14А следует, что он относится к первому уровню сотрудничества (сотрудничество между администраторами), в то время как процессуальный Принцип 14В («протоколы, утвержденные судами») рассматривается как высший метод сотрудничества<sup>2</sup>. В Европейских руководящих принципах коммуникации и сотрудничества в отношении трансграничной несостоятельности используется аналогичное разъяснение: сотрудничество может быть наилучшим образом достигнуто путем заключения соглашения или «протокола», устанавливающего процедуры принятия решений. Однако такие решения могут по-прежнему приниматься «неофициально» в случае их совместимости с содержанием любого такого соглашения

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> Westbrook (reporter), International Statement of United States Bankruptcy Law (Т. 2. American Law Institute, Transnational Insolvency: Cooperation Among the NAFTA Countries. Т. 4. JP Juris Publishing, Inc., 2003). P. 66.

(о несостоятельности)<sup>1</sup> или «протокола»<sup>2</sup>. В Европейском регламенте о процедурах банкротства (2015) используются термины «соглашение» и «протокол» (ст. 41 (1)).

### *Public Register* – Государственный реестр

Открытый для общественности реестр, в котором регистрируется правовой статус имущества (активов, товаров). Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) предусматривает, что ликвидатор может потребовать, чтобы решение суда, открывающее производство, упомянутое в ст. 3(1) (производство, открытое в другом государстве), было зарегистрировано в земельном реестре, торговом реестре и любом другом публичном реестре, ведущемся в других государствах-членах. Кроме того, любое государство-член может предусматривать обязательную регистрацию (ст. 29).

### *Ranking* – Очередность

Очередность требований означает расстановку требований в порядке приоритета или субординации, в соответствии с применимым правом<sup>3</sup>.

### *Recognition* – Признание иностранных судебных решений

В области признания судебных решений Принципы АИП/УНИДРУА требуют, чтобы окончательное решение, вынесенное в ино-

---

<sup>1</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). Раздел 1, примечания к терминологии: «трансграничные соглашения» чаще всего упоминаются в некоторых государствах как «протоколы», хотя используется ряд других названий, включая договор об управлении делами о несостоятельности, соглашение о сотрудничестве и компромиссе и меморандум о взаимопонимании. В этих записках делается попытка обобщить практику в отношении как можно большего числа форм трансграничных соглашений, и поскольку использование термина «протокол» не обязательно отражает разнообразный характер соглашений, используемых на практике, в этих записках используется более общий термин «трансграничное соглашение».

<sup>2</sup> Рекомендации ВиС (2007). Руководящее Положение 12 (4). Образец протокола см.: Раздел III. Комитет по международной юрисдикции и сотрудничеству, перспективный типовой международный протокол о трансграничной несостоятельности (проект с аннотацией, июнь 2009 а) ([www.iiiglobal.org](http://www.iiiglobal.org)); см. положения, которые могут быть использованы при составлении протокола ЮНСИТРАЛ: практическое руководство 2009 а.

<sup>3</sup> Study Group on a European Civil Code, Principles Definitions and Model Rules of European Private Law, European Law Publishers (2008). Приложение I (Определения). С. 339. Это определение не включено в общее издание DCFR (2009), «правила ранжирования» – это правила, по которым определяется очередность требований, в том числе требований из участия в корпорации. См.: Concordat (1995). (Словарь терминов).

странном суде в ходе производства (в значительной степени совместимого с этими Принципами), было признано и приведено в исполнение, если только публичный порядок государства не требует иного<sup>1</sup>. Кроме того, в качестве общего принципа признания иностранных судебных решений, Принципы НАФТА (2003) требуют, чтобы банкротство должника в одной из стран НАФТА было признано и исполнено с учетом особенностей каждой из стран – членов НАФТА<sup>2</sup>.

Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) предусматривает свою собственную систему признания судебных решений. Система основана на автоматическом признании, это означает, что последствия, связанные с производством по делу о несостоятельности в соответствии с законодательством государства, в котором было открыто производство, распространяются на все другие государства-члены, поскольку признание решений, вынесенных судами государства-члена, должно основываться на принципе взаимного доверия. С этой целью основания для непризнания должны быть сведены к необходимому минимуму (п. 65). Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) гласит, что любое решение об открытии производства по делу о несостоятельности, вынесенное судом государства-члена, обладающего юрисдикцией в соответствии со ст. 3, признается во всех других государствах-членах с момента его вступления в силу в государстве открытия производства (ст. 19). Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) устанавливает в качестве эффекта признания судебных решений, что решение об открытии производства, упомянутого в ст. 3 (1), без каких-либо дополнительных формальностей будет иметь те же последствия в любом государстве-члене, что и в государстве открытия производства, если только Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) не предусматривает иного (ст. 17).

#### *Related person* – Связанное лицо

Термин «связанное лицо» применительно к несостоятельному должнику используется для выражения того, что в случае, если должник является юридическим лицом, зависимым лицом будет являться: (i) лицо, которое находится или находилось под контролем должника; и (ii) материнская компания, дочерняя компания, партнер или аффи-

---

<sup>1</sup> Принципы транснационализации гражданского процесса АИП/УНИДРУА (2004). Принцип 30.

<sup>2</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Основной принцип II А-В.

лированное лицо должника. Что касается должника, являющегося физическим лицом, то к числу связанных лиц относятся лица, связанные с должником родством или свойством. См. также «Связанные лица»<sup>1</sup>.

#### *Remuneration* – Вознаграждение

Вознаграждение (гонорар) для должностного лица в сфере по делам о несостоятельности: «если не предусмотрено иное... представители каждой страны и их сотрудники, члены, агенты и специалисты: (а) получают компенсацию за свои услуги исключительно в соответствии с законодательством и другими применимыми законами этой страны или постановлениями суда этой страны и (б) не обязаны запрашивать вознаграждение в суде другой страны»<sup>2</sup>.

#### *Reorganisation* – Реорганизация

Процедура, в результате которой финансовое благополучие и жизнеспособность бизнеса должника могут быть восстановлены, благодаря чему бизнес может продолжать функционировать за счет применения различных методов, в том числе за счет списания долгов, реструктуризации долга, конвертации задолженности в акции, продажи бизнеса (или его частей) в качестве действующего бизнеса<sup>3</sup>. См. также «Реструктуризация».

#### *Reorganization plan* – План реорганизации

См. «План реструктуризации».

#### *Rescue* – Оздоровление (спасение) бизнеса

См.: «Реорганизация» или «Реструктуризация».

#### *Res judicata* – Возражение о преюдиции

Заявление о том, что рассматриваемый вопрос уже был предметом окончательного решения суда, компетентного рассматривать соответствующий вопрос.

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> III-Committee on International Jurisdiction and Cooperation, Prospective Model International Cross-border Insolvency Protocol (проект с аннотацией, июнь 2009 а). Ст. 6.4.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения); Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

### *Restructuring* – Реструктуризация

Термин «реструктуризация» иногда используется как синоним термина «реорганизация»<sup>1</sup>. Однако следует подчеркнуть, что в нашем Отчете говорится о реструктуризации только в том случае, когда бизнес остается у должника в результате процесса реструктуризации. Таким образом, продажа бизнеса не будет относиться к способам реструктуризации, поскольку такая продажа является формой ликвидации с точки зрения должника.

### *Restructuring plan* – План реструктуризации

План, исполнение которого может позволить восстановить финансовое благополучие и жизнеспособность бизнеса должника, что должно обеспечить удовлетворение требований кредиторов в большем объеме, чем в случае ликвидации должника<sup>2</sup>.

### *Safe harbour* – Защитные возражения

Принцип, согласно которому определенное действие или поведение, хотя и подпадает под сферу действия конкретного законодательного положения, оно не должно рассматриваться как нарушение, а следовательно, это действие или поведение не повлечет за собой ответственности, например, в случае применения правил и санкций за признание сделки недействительной. Доктрина защитных возражений касается случаев, в которых законодатель позволяет определенное поведение или учитывает ситуацию и решает не предоставлять иска (требования)<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2 (2).

<sup>2</sup> Из пояснительной записки (С. 13) к проекту Директивы о реструктуризации (2016): «Успешный план реструктуризации превратит невозвратные кредиты в кредиты, которые компания действительно может погасить. При ликвидации обеспеченные кредиторы должны учитывать возможность существенного снижения стоимости своих требований. С другой стороны, при реструктуризации неплатежеспособности удастся избежать, долги в целом выплачиваются, и переговоры в большинстве случаев касаются только финансового долга. Данные показывают, что самые высокие показатели возмещения для кредиторов наблюдаются в странах, где реструктуризация является наиболее распространенным видом производства по делу о несостоятельности, и что 45% стран ОЭСР используют реструктуризацию в качестве наиболее распространенного способа оздоровления жизнеспособных фирм. Они также имеют среднюю ставку возмещения в размере 83 центов за доллар против 57 центов за доллар в странах, где ликвидация является преобладающим результатом 50. Еще одним важным фактором повышения общих ставок возмещения и, следовательно, остаточной стоимости потенциальных безнадежных кредитов является оперативное рассмотрение дел о реструктуризации и несостоятельности».

<sup>3</sup> Cel-Tech Comms., Inc. v. L.A. Cellular Tel. Co., 20 Cal. 4<sup>th</sup> 163, 182 (Cal. 1999).

*Sale as a going concern* – Продажа действующего бизнеса

Продажа бизнеса целиком или его существенной части, при которой сохраняется его функционирование (следует отличать от продажи отдельных активов предприятия). Является одной из форм ликвидации имущества должника.

*Secondary Insolvency Proceedings* – Вторичное производство по делу о несостоятельности

Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) направлен на защиту всех возможных нарушенных интересов, по этой причине вторичное производство может быть открыто параллельно с основным производством. Вторичное производство может быть открыто в государстве-члене, где должник имеет место осуществления предпринимательской деятельности. Ответственность должника по вторичному производству в соответствии с Европейским регламентом о процедурах банкротства (2015) ограничивается активами, находящимися в этом государстве. Основные черты этого понятия в связи с основным производством по делу о несостоятельности в Европейском регламенте о процедурах банкротства (2015) были включены выше в описание понятия «параллельного производства по делу о несостоятельности». См. также «(Иностранные) неосновные производства»<sup>1</sup>.

*Shareholder loan* – Акционерный заем

Договор займа между акционером и компанией. Хотя требование о погашении задолженности по такому соглашению является действительным, оно может подлежать субординации в случае несостоятельности компании в соответствии с национальным законодательством о несостоятельности.

*Stakeholder* – Заинтересованное лицо

Лицо, чьи права или интересы прямо или косвенно затрагиваются производством по делу о несостоятельности (работники, акционеры, менеджеры, клиенты, кредиторы и т.д.), поэтому они могут быть вовлечены в производство в соответствии с законодательством о несостоятельности.

---

<sup>1</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения) предусматривает «вторичное производство»: «неосновное производство, проводимое в европейских государствах-членах в соответствии с Регламентом ЕС».

*Stay* – Приостановление (мораторий)

Приостановление (мораторий) означает временное приостановление принудительного взыскания в отношении должника по распоряжению судебного или административного органа<sup>1</sup>. В контексте несостоятельности Принципы НАФТА устанавливают в качестве рекомендации для национального законодательства или международного договора следующее: страны НАФТА должны предусмотреть, что дело о банкротстве, являющееся основным производством в любой из них, автоматически приостанавливает исполнительные действия в соответствии с внутренним законодательством всех трех стран (США, Канада и Мексика)<sup>2</sup>. В Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов говорится, что приостановление производств является мерой, которая препятствует началу или приостанавливает судебные, административные или иные процедуры, касающиеся активов, прав, обязательств или пассивов должника, в том числе действия по приданию обеспеченным интересам силы в отношении третьих лиц или по принудительному исполнению обеспеченного интереса; и препятствует осуществлению любых действий в отношении активов имущественной массы в деле о несостоятельности, расторжению договоров с должником, а также передаче, обременению или иному распоряжению любыми активами или правами имущественной массы в деле о несостоятельности<sup>3</sup>.

*Subordinated creditor* – Субординированный кредитор

Кредитор, удовлетворение требований которого либо в соответствии с соглашениями, либо в соответствии с законодательством о несостоятельности происходит после того, как требования остальных кредиторов будут полностью погашены. См. также «Пониженные кредиторы».

*Subordination* – Субординация

Субординация означает, что требование кредитора или акционера не считается равнозначным требованиям других лиц в рамках производства по делу о несостоятельности. Такая неравнозначность требует наличия законодательного или договорного основания. В слу-

---

<sup>1</sup> Проект Директивы о реструктуризации (2016). Ст. 2(4).

<sup>2</sup> Принципы АИП НАФТА (2003). Рекомендация 2.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения). То же самое: Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел В. Глоссарий (термины и пояснения).

чае «акционерных займов» принцип «справедливой субординации» может быть достаточным для субординации требований о погашении из акционерного займа, поскольку такой заем считается замаскированным вкладом в капитал корпорации и, следовательно, подлежит удовлетворению после обычных требований кредиторов<sup>1</sup>.

#### *Super priority* – Сверхприоритет

Предпочтение, предоставляемое «промежуточному финансированию» или «новому финансированию» в плане реструктуризации или процедурах реструктуризации. Основываясь на одобрении суда и надлежащей защите затронутых кредиторов, кредитор, предоставивший новые денежные средства, будет иметь приоритет требований о погашении перед другими кредиторами или получит первоочередной залог в отношении уже обремененного актива имущественной массы.

#### *Supervisor* – Наблюдатель

Любое лицо, назначаемое для осуществления надзора за деятельностью должника и принятия необходимых мер для обеспечения законных интересов кредиторов и других заинтересованных лиц<sup>2</sup>.

#### *Suspect period* – Подозрительный период

Период до открытия производства по делу о несостоятельности компании или физического лица<sup>3</sup>. Сделки, совершенные в течение такого периода, могут быть оспорены<sup>4</sup>.

#### *Term* – Условие

Любое положение договора или иного юридического акта, закона, судебного приказа, обычая или обыкновения, в том числе условное<sup>5</sup>.

#### *Termination* – Прекращение

Применительно к действующему закону, обязательству или правоотношению означает его прекращение с эффектом на будущее время, если законом не предусмотрено иное<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> G.McCormack, A. Keay & S. Brown, European Insolvency Law reform and harmonization (Cheltenham 2017). P. 449.

<sup>2</sup> Ibid. P. 451.

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> ЕРН (2015). Ст. 3.

<sup>5</sup> Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 568.

<sup>6</sup> Там же.

*Time of Opening of Proceedings* – Момент открытия производства по делу

Европейский регламент о процедурах банкротства (2015) предусматривает, что момент открытия производства – это момент вступления в силу решения суда, открывающего производство по делу о несостоятельности независимо от того, является ли оно окончательным решением (ст. 2(8)).

*Unsecured creditor* – Необеспеченный кредитор  
Кредитор, не имеющий обеспеченного интереса<sup>1</sup>.

*Valid* – Действительный

Применительно к юридическому акту или правоотношению означает, что данный акт или правоотношение не являются недействительными и не были аннулированы (т.е. обладают юридической силой)<sup>2</sup>.

*Void* – Недействительность

Применительно к юридическому акту или правоотношению это означает, что акт или правоотношение автоматически не имеют силы с самого начала. «Оспоримый» в отношении юридического акта или правоотношения означает, что акт или правоотношение действительны<sup>3</sup>, но подвержены дефекту, который позволяет признать акт или правоотношение недействительным и, следовательно, не имеющим силы с самого начала<sup>4</sup>.

*Voluntary restructuring negotiations* – Переговоры о добровольной реструктуризации

Переговоры между должником и некоторыми или всеми его кредиторами, направленные на согласованное изменение требований кредиторов. См. также «Внесудебная реструктуризация».

*Workout* – Внесудебное урегулирование долгов (также – внесудебная реструктуризация)

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

<sup>2</sup> Краткое издание DCFR (2009). Приложение (Определения). С. 569.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Там же. The Concordat (1995) использует термин *voiding rules* для обозначения «правил, касающихся недействительности или возможности принудительного исполнения требований в преддверии несостоятельности».

Внесудебное (иногда – частное, неформальное) урегулирование с участием большинства заинтересованных сторон, или продажа действующего бизнеса, или продажа на условиях действующего бизнеса практически всех договорных обязательств компании, закрепленных в соглашении, подписанном при угрозе несостоятельности<sup>1</sup>.

*Workout support proceedings* – Процедуры поддержки внесудебного урегулирования

Судебные процедуры, направленные на придание юридической силы соглашению о внесудебном урегулировании, заключенному добровольно и во внесудебном порядке, но не поддержанному необходимым количеством кредиторов. При наличии поддержки со стороны значительного большинства кредиторов должник может инициировать производство с единственной целью – подчинить волю всех кредиторов согласованному плану. Поскольку суды не контролируют процесс переговоров и голосования, такая процедура зачастую именуется гибридной, как сочетающей элементы внесудебного и судебного урегулирования.

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 2 (12). Раздел В. Глоссарий (термины и определения).

## ВСТУПЛЕНИЕ

### 1. Обзор

1. Это инструмент Института европейского права (ИЕП) по оздоровлению бизнеса в банкротном праве. Данный документ разработан под эгидой ИЕП и является результатом средне- и долгосрочного проекта, ценность которого заключается в том, чтобы обеспечить благодаря независимости и разнообразию проектной команды и постоянным критическим замечаниям широкого круга юристов продуманность решений, которые будут поддержаны европейским юридическим сообществом.

2. Цель проекта «Спасение бизнеса в банкротном праве», также именуемого участниками «проект оздоровления бизнеса», состояла в разработке (элементов) правовой системы, которая могла бы включать определенные процедуры, побуждающие стороны договариваться о решениях спасения в ситуации бедствия бизнеса. Такая система могла бы включать правила, определяющие, в каких процедурах и при каких условиях кредиторам (включая держателей акций) может быть принудительно навязано решение, несмотря на отсутствие их согласия.

3. В рамках проекта спасения бизнеса были подготовлены следующие четыре материала:

– доклады о национальном законодательстве о несостоятельности государств – членов ЕС;

– Доклад по международным рекомендациям от организаций, устанавливающих стандарты;

– нормативные доклады о возможности создания гармоничной правовой базы, способствующей оздоровлению бизнеса, находящегося в бедственном положении.

– настоящий Отчет («ИЕП о спасении бизнеса»), содержащий рекомендации и предложения по созданию правовой базы, способствующей оздоровлению бизнеса, находящегося в бедственном положении.

4. В заключительной главе Отчета по спасению бизнеса определяется ряд тем, которые, на наш взгляд, созрели для дальнейшего сближения или гармонизации по всей Европе. В отличие от гармонизации или сближения корпоративного законодательства<sup>1</sup> согласование

---

<sup>1</sup> В ЕС это уже продолжается на протяжении примерно трех десятилетий на основе регламентов, директив, рекомендаций, кодексов корпоративного управления, и, напри-

или гармонизация законодательства о несостоятельности являются относительно новым явлением в Европейском союзе. Однако в течение шести лет после того, как призыв Европейского парламента в 2011 г. к гармонизации системы несостоятельности корпораций ЕС нарушил устоявшееся табу<sup>1</sup>, Европейская комиссия трудилась над сближением областей законодательства о несостоятельности в рамках нескольких направлений работы (см. § 2). Хотя «гармонизация» звучит по-новому<sup>2</sup>, на самом деле пересмотр законов многих государств — членов ЕС за последние 10 лет уже предполагал определенную степень конвергенции в законодательстве государств-членов. Исследование А. Пикенброка показало, что в Англии, Италии, Франции, Бельгии, Германии и Австрии можно наблюдать несколько общих тенденций в судопроизводстве, имеющих общую цель — оздоровление бизнеса. Сближение законов в этих странах связано с возможностью (i) более раннего применения соответствующих мер (более раннего момента начала процесса оздоровления по сравнению с моментом начала официального производства по делу о несостоятельности); (ii) сохранения руководства компании (вместо назначения управляющего в деле о несостоятельности управление бизнесом сохраняется у руководства «должника во владении»);

(iv) приостановления принудительного взыскания (или введения моратория) либо автоматически (в силу закона), либо по требованию,

---

мер, в июле 2015 г. был опубликован Европейский типовой акт о компаниях (European Model Company Act (EMCA) (<http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/>). Для получения дополнительной информации см.: Macro Ventoruzzi. Новый Европейский типовой акт о компаниях, был опубликован 14.10.2015, (доступно на: <http://corpgov.law.harvard.edu/2015/10/14/the-new-european-model-company-act/>).

<sup>1</sup> The H-word is out! — замечено Бобом Вессельсом: *Harmonization of Insolvency Law in Europe*, 8 *European Company Law* 2011, Issue 1, 27. См. также: G. Christoph, Paulus *EuInsVO: Änderungen am Horizont und ihre Auswirkungen*, *Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung (NZI)* 2012. P. 297, где квалифицируются предложения Европейского парламента как несущие в себе *recht radikales Vereinheitlichungsbestreben* (явное стремление к радикальному объединению). См. также: *Motion for a European Parliament resolution with recommendations to the Commission on insolvency proceedings in the context of EU company law (2011/2006(INI))* 17.10.2011 (доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=REPORT&reference=A7-2011-0355&format=XML&language=EN>).

<sup>2</sup> О предложениях Европейского парламента см.: Ian F. Fletcher and Bob Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe, Reports presented to the Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht (Netherlands Association of Civil Law)*. Kluwer, 2012). Авторы обобщили свои выводы и представили их в заключительной главе, которая публикуется отдельно (доступно на: [http://bobwessels.nl/wordpress/?attachment\\_id=2409](http://bobwessels.nl/wordpress/?attachment_id=2409)).

возможность конвертации требований кредиторов в акции; и (v) подчинения воли несогласных кредиторов разработанному плану оздоровления бизнеса<sup>1</sup>. Таким образом, реформа законодательства о несостоятельности шла невероятно быстро<sup>2</sup>, и настоящий проект по оздоровлению бизнеса имеет своей задачей обеспечить дальнейшее сближение без противоречия с основными принципами и ценностями национальных правовых систем, а также с международными нормами и стандартами.

## 2. Предыстория Отчета

### 2.1. Меры Европейской комиссии по гармонизации

5. Несмотря на то что проекты ИЕП начинались как независимая и общая работа по разработке спасательных решений для ситуаций,

---

<sup>1</sup> Andreas Piekenbrock, *Das ESUG – fit für Europa?*, NZI 22/2012. P. 906. Автор представил эту тему в более широком контексте, с акцентом на Германию, см.: Andreas Piekenbrock, *Das Insolvenzrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts: ein Dauerbustelle*, in Werner Ebke, Christopher Seagon, Michael Blatz (eds.), *Solvenz-Insolvenz-Resolvenz* (Baden-Baden: Nomos, 2013). См. также: M. Adalet McGowan, D. Andrews, *Insolvency Regimes And Productivity Growth: A Framework For Analysis* (OECD Economics Department Working Papers, No. 1309, OECD Publishing, Paris 2016) (см. на: <http://dx.doi.org/10.1787/5jlv2jqhxgq6-en>). Авторы представляют анализ режимов несостоятельности компаний и физических лиц почти во всех государствах – членах ЕС с точки зрения ключевых особенностей, в сравнительно-правовом аспекте. Хотя в их документе предлагается стратегия получения политических показателей, которые лучше отражают различия правопорядков в ключевых конструктивных особенностях режимов корпоративной и личной несостоятельности, с целью облегчения дальнейших исследований политики выхода и роста производительности труда, их наблюдение состоит в том, что с течением времени наблюдается некоторое сближение между правопорядками в отношении системы реструктуризации в американском стиле и что имеющиеся данные свидетельствуют о довольно успешных результатах. Они ссылаются на реформы в ряде европейских стран, способствующие успешной реструктуризации, которые привели к снижению числа ликвидаций (Соединенное Королевство, Испания), сокращению сроков производства по делу о несостоятельности (Испания) и увеличению доли реструктуризации в общем объеме процедур, связанных с несостоятельностью, и более высокому проценту удовлетворения требований кредиторов (Италия). Авторы ссылаются на: *Commission Recommendation on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, 12.3.2014, SWD(2014) 61 final (hereafter *Impact Assessment* (2014)).

<sup>2</sup> Catherine Bridge, *Insolvency – a second chance? Why modern insolvency laws seek to promote business rescue* *Law in transition* 2013. P. 28. Изменения в законодательстве о несостоятельности в Албании, Казахстане, Молдове, России, Сербии и на Украине. Поэтому гармонизация континентального европейского законодательства о несостоятельности представляется гораздо менее иллюзорной, чем более 10 лет назад, как справедливо заметил Эрик Дирикс (*Het insolventrecht anno 2014*) в работах: H. Braekmans, E. Dirix, M.E. Storme, V. Tillemans en M. Vanmeenen (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III* (Антверпен; Кембридж: Intersentia, 2014).

когда бизнес терпит бедствие, Отчет поддерживает меры, принимаемые Европейской комиссией по дальнейшей гармонизации положений законодательства о несостоятельности, связанных с оздоровлением бизнеса, в законодательстве государств – членов ЕС. С 2012 г. Комиссия приняла три важных решения: i) в 2014 г. Европейская комиссия опубликовала рекомендацию о «новом европейском подходе к несостоятельности бизнеса» (см. 2.1.1); ii) в 2015 г. был принят обновленный (переработанный) текст Европейского регламента о процедурах банкротства и (2015 г.) (см. 2.1.2); iii) в том же году комиссия опубликовала свою «Зеленую книгу» о создании Союза рынков капитала (СМУ), за которым в сентябре 2015 г. последовал план действий (см. 2.1.3) и годом позднее, в ноябре 2016 г., был опубликован проект Директивы о реструктуризации (2016) (см. 2.1.4)<sup>1</sup>.

### **2.1.1. Рекомендация о новом европейском подходе к несостоятельности бизнеса**

6. 12 декабря 2012 г. Европейская комиссия ответила на вызов Европейского парламента по гармонизации и сформулировала новую политику, названную «Новый Европейский подход к несостоятельности бизнеса» (Рекомендация). Комиссия, определяя вопросы, на которых должен быть сосредоточен Новый Европейский подход к несостоятельности бизнеса, желает «развивать практику оздоровления и восстановления бизнеса во всех государствах-членах». Комиссия опубликовала свою рекомендацию о новом подходе к банкротству предприятий и неплатежеспособности от 12 марта 2014 г., в которой заявила, что многие европейские системы реструктуризации «все еще негибкие и неподъемно дорогие»<sup>2</sup>.

7. Эта Рекомендация преследует две основные цели. Первая направлена на то, чтобы «обеспечить жизнеспособность бизнеса, испытывающего финансовые трудности, где бы он ни находился в Союзе, имел доступ к национальным механизмам несостоятельности, которые позволяли бы ему проводить реструктуризацию на ранней стадии с целью предотвращения своей несостоятельности и, следовательно, максимизировать ценность для кредиторов, работников, собственников и экономики в целом. Эта Рекомендация также направлена на то, чтобы дать

<sup>1</sup> Следует отметить, что содокладчик Вессельс выступал в качестве эксперта, консультируя Европейскую комиссию при подготовке рекомендаций Комиссии (2014) и проекта Директивы о реструктуризации (2016).

<sup>2</sup> См. оценку воздействия (2014). С. 2.

честным предпринимателям-банкротам второй шанс по всему Союзу»<sup>1</sup>. Для достижения этих целей Комиссия сочла необходимым «поощрять большую согласованность между национальными механизмами несостоятельности в целях сокращения расхождений и неэффективности, которые препятствуют скорейшей реструктуризации жизнеспособных компаний, испытывающих финансовые трудности, и возможности получения второго шанса честными предпринимателями, тем самым снизив стоимость реструктуризации как для должников, так и для кредиторов. Большая согласованность и повышение эффективности этих национальных правил о несостоятельности позволили бы максимизировать отдачу для всех типов кредиторов и инвесторов и стимулировать трансграничные инвестиции. Большая согласованность действий будет также способствовать реструктуризации групп компаний независимо от того, где члены группы находятся в Союзе»<sup>2</sup>. Кроме того, Комиссия не использует в тексте термин «гармонизация».

8. Эта Рекомендация содержит в общей сложности 20 общих положений и 36 рекомендаций<sup>3</sup>. По существу, она призывает каждое государство – член ЕС создать превентивную систему несостоятельности, которая предусматривала бы (i) более раннее обращение к мерам по реструктуризации; (ii) минимальное участие суда; (iii) модель управления, при которой руководителем остается должник, что обеспечивает минимальное отступление от обычных операций должника; (iv) предписанный судом мораторий на взыскание (*court-ordered stay*); (v) возможность подчинить волю несогласных кредиторов плану реструктуризации и (vi) необходимую защиту для нового финансирования<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Европейская комиссия подчеркнула необходимость уменьшения «стигматизации банкротства» и перезагрузки для должников, а также в более общем плане проведения сравнительного анализа с международными стандартами неплатежеспособности потребителей с 2002 г. См. также: Donna McKenzie Skene, *Credit where Credit is Due: The Effect of Devolution on Insolvency Law in Scotland* 2013.

<sup>2</sup> См. 1 и 11 Рекомендации Комиссии (2014) соответственно.

<sup>3</sup> Рекомендация комиссии (2014). См. также: Stephan Madaus, *The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?*; Bob Wessel, *Rescue on the rise? eurofenix Autumn* 2014. P. 12–15; E. Schmieman, *De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie. Ondernemingsrecht* 2014/77; A.M Mennens and P.M Veder, *Clementie en recht: het dwangakkoord buiten insolventie*, NTBR 2015/2. Uwe Goetker and Benedikt Schultz, *Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren – Warum braucht die Praxis ein solches und wie könnte es aussehen*, ZIP 44/2016, 2095; N.W.A Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (PhD, Groningen 2016). Гл. 9.

<sup>4</sup> См.: Kristin van Zwieten, *Restructuring law: recommendations from the European Commission*, Law in Transition online (EBRD publication), 2015.

9. В документе, опубликованном в сентябре 2015 г., Комиссия представила некоторые эмпирические доказательства своего утверждения о том, что эффективные предбанкротные механизмы играют важную роль в формировании культуры ранней реструктуризации и второго шанса в государствах – членах ЕС<sup>1</sup>.

Оценка комиссии, проведенная через 18 месяцев после даты публикации этой Рекомендации, показывает, что, хотя эта Рекомендация принесла пользу тем государствам-членам, которые проводили реформы в области несостоятельности, ее реализация была лишь частичной, а государства были довольно избирательны при следовании данной рекомендации. Среди этих государств были, в частности, те, которые получали рекомендации о несостоятельности в контексте так называемого Европейского семестра и процедуры макроэкономического дисбаланса<sup>2</sup>.

10. Эта Рекомендация была воспринята учеными-юристами в Европе довольно неоднозначно. Одни ученые серьезно сомневаются в самой возможности сближения или гармонизации законодательства о несостоятельности. В некоторых случаях из-за субсидиарного характера применения, в других случаях из-за сомнений в степени выгоды любой гармонизации<sup>3</sup>. Нереалистичный характер реформирования проявляется в многочисленных различиях в национальных системах несостоятельности<sup>4</sup> и темпах предполагаемого следования Рекомендации («высокая степень нетерпения», которую демонстрирует Комиссия)<sup>5</sup>. Другие ученые, напротив, в целом придерживаются или поддерживают эту рекомендацию и объясняют, как существующие проекты пересмотра национальных законов в целом соответствуют

---

<sup>1</sup> См.: Mihaela Carpus Carcea, Daria Ciriaci, Carlos Cuerpo Caballero, Dimitri Lorenzani and Peter Pontuch, *The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks in the EU*, European Economy Discussion Paper 004, 09.2015 (доступно на: [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/eedp/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eedp/index_en.htm)).

<sup>2</sup> Генеральный директорат юстиции и потребителей Европейской комиссии *Evaluation of the implementation of the Commission Recommendation of 12.03.2014 on a new approach to business failure and insolvency*, 30.09.2015.

<sup>3</sup> См.: Adrian Cohen and Gabrielle Ruiz, *Living in perfect harmony? A new European approach to business failure and insolvency*, 6 *Corporate Rescue and Insolvency*, 2013, 151.

<sup>4</sup> См.: Bennett Alan, *To harmonise or not to harmonise, that's the question* 8 *Corporate Rescue and Insolvency* 2015, 98.

<sup>5</sup> См.: Paulus Christoph, *Europeanisation of the Member States' Insolvency Laws* 3 *NIBLeJ* 2015. P. 17.

ей<sup>1</sup> или как уже обновленное законодательство может быть улучшено в соответствии с Рекомендацией, например, в Германии<sup>2</sup>, Франции<sup>3</sup>, а затем – в Великобритании<sup>4</sup>. Третьи поддерживают эту рекомендацию, но, как и Эйденмюллер<sup>5</sup>, сожалеют о том, что возможности по гармонизации ограничены из-за слишком большого простора для остаточного разнообразия в законодательстве о несостоятельности в государствах – членах ЕС<sup>6</sup>, отсутствия определений и ключевых понятий<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Что касается Нидерландов в отношении программы пересмотра (*herijking*) законодательства о несостоятельности, см.: E. Schmieman, *De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie* Ondernemingsrecht 2014/77. S. 369.

<sup>2</sup> См. Sacha Lürken, *Not so dead yet – A fresh impetus from Brussels for a pre-insolvency restructuring procedure* 6 International Insolvency Law Review 3/2015. P. 224.

<sup>3</sup> См.: Reinhard Dammann et Francois-Xavier Lucas, *‘Faut-il déjà réformer la réforme du 12 mars 2014’* Bulletin Joly Entreprises en difficulté, May-June 2014. P. 1.

<sup>4</sup> См.: UK Insolvency Service, *A Review of the Corporate Insolvency Framework. A consultation on options for reform (May 2016)* (<https://www.gov.uk/government/consultations/a-review-of-the-corporate-insolvency-framework>). Критика, см.: Jennifer Payne, *New UK Debt Restructuring Regime Critique* Insolvency Service (Business Law Blog, Oxford 2016) (<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/06/new-uk-debt-restructuring-regime-critique-insolvency-service>).

<sup>5</sup> См.: Horst Eidenmüller, *Die Restrukturierungsempfehlung der EU-Kommission und das deutsche Restrukturierungsrecht*, KTS 2014. S. 401 (<http://ssrn.com/abstract=2519010>); Horst Eidenmüller, *A New Framework for Business Restructuring in Europe: the EU Commission’s Proposals for a Reform of the European Insolvency Regulation and Beyond*, ECGI Law Working Paper No. 199, 2013 (доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2230690>).

<sup>6</sup> Например, «структура», «жизнеспособный бизнес, испытывающий финансовые трудности», «честный предприниматель», «мошенничество, уклонение или злоупотребление», «вероятность неплатежеспособности» и т.д.

<sup>7</sup> См.: Horst Eidenmüller and Kristin van Zwieten, *Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, European Corporate Governance Institute (ECGI) // Law Working Paper No. 301, 2015; Oxford Legal Studies Research Paper No. 52/2015 (<http://ssrn.com/abstract=2662213>); В Германии в 2016 г. был выбран прагматичный подход. См.: Gottwald, *‘NZI Editorial’*, Heft 18/2016. Отсутствие таких процедур привело к дискуссии о том, как лучше сделать, см. Uwe Goetker and Benedikt Schultz, *Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren, Warum braucht die Praxis ein solches und wie könnte es aussehen*, ZIP 44/2016, 2095, and the Grundsätze eines Vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren (Principles for a pre-insolvency proceeding), of VID, an insolvency practitioners association. The present situation will only strengthen a crisis, thus Volker Beissenhertz, *Bedingt sanierungsbereit. Restructuring, sanierung und Insolvenzverwaltung*, ZInsO 36/2016, 1778. For proposals to amend a pending draft in legislation in the Netherlands, см.: N.W.A. Tollenaar, *Het pre- insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (PhD Groningen 2016). Ch. 9; см. также: Juana Pulgar Ezquerro, *Corporate Restructuring: The European Recommendation and the Spanish Model*, i: Rebecca Parry and Paul Omar (eds.), *Reimagining Rescue* (INSOL Europe, Nottingham Paris, 2016). P. 119–138.

11. В июне 2016 г. в макроэкономическом исследовании<sup>1</sup> были определены следующие приоритеты реформ с экономической точки зрения:

1. Государства, в которых реформы обусловлены главным образом необходимостью решения проблемы чрезмерной задолженности и в которых имеются возможности для скорейшей реструктуризации, должны (i) завершить свои начатые реформы, контролировать результаты и оценивать эффективность реформ как количественно, так и качественно, а также выявлять любые сбои или слабые места, которые необходимо устранить<sup>2</sup>; (ii) в рамках запланированных или осуществляемых реформ, при разработке новой системы должны быть отражены основные экономические принципы и передовая международная практика<sup>3</sup>.

2. Реформы могли бы быть направлены на укрепление институциональных рамок для обеспечения эффективного функционирования процедур несостоятельности и повышения эффективности «институциональных условий» для несостоятельности, например, путем расширения потенциала судов и создания специализированных внутрисудебных структур для рассмотрения дел о несостоятельности. Необходимо повысить квалификацию специалистов, занимающихся внесудебной практикой. В исследовании делается вывод о том, что их деятельность должна подлежать надзору и мониторингу и что вознаграждение должно стимулировать быстрое разрешение проблем. Параллельно с этим следует повысить качество и доступность информации о должниках (пассивах, активах и доходах) таким образом, чтобы обеспечить надлежащее функционирование существующих механизмов несостоятельности.

3. В исследовании со ссылкой на эту Рекомендацию отмечается, что прогресс представляется возможным в том, что касается модернизации соответствующих элементов систем несостоятельности, особенно в том, что касается решения проблем задолженности на ранней стадии

---

<sup>1</sup> См.: Jean-Charles Briconge, Maria Demertzis, Peter Pontuch and Alessadro Turrini, *Macro Relevance on Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective*<sup>7</sup> European Economy Discussion Paper 032. June 2016.

<sup>2</sup> В исследовании упоминается, что несколько государств получили рекомендации, направленные на обеспечение эффективности недавних реформ в рамках программных условий, постпрограммного надзора или в контексте европейского семестра, включая Хорватию, Кипр, Ирландию, Португалию и Испанию.

<sup>3</sup> О некоторых передовых методах, которые мы изучили в связи с нашим Докладом, см. 3.1.4; Günther M. Bredow et al. *NPL-Verkäufe von insolvenzforderungen in der Praxis*, NZI 4/2017, 89.

и обеспечения возможности «перезагрузки»: «...однако даже те государства-члены, которые приняли рекомендацию Европейской комиссии, сделали это выборочно, а это означает, что различия в национальных системах продолжают сохраняться».

4. Как отмечается в исследовании, со временем можно будет добиться уменьшения асимметрии в рамках системы несостоятельности в странах ЕС с целью стимулирования трансграничных инвестиций в рамках Союза рынков капитала.

См. ниже «Союз рынков капитала», п. 2 (2.1.3).

### **2.1.2. Европейский регламент о процедурах банкротства (2015)**

12. Второе решение Комиссии было принято в результате законодательного процесса, начавшегося на основе ст. 46 Европейского регламента о процедурах банкротства (ЕС) № 1346/2000 ЕРН (2000), вступившего в силу с мая 2002 г.<sup>1</sup> Статья 46 ЕРН (2000) обязывает Европейскую комиссию представлять доклады Европейскому парламенту и Европейскому социально-экономическому комитету<sup>2</sup>. Кроме того, ст. 46 ЕРН (2000) требует, чтобы Доклад «при необходимости содержал предложение по адаптации настоящего Регламента». Предложение Комиссии от 12 декабря 2012 г.<sup>3</sup> основано на упомянутом Докладе, а также на обсуждениях и консультациях с группой экспертов и оцен-

---

<sup>1</sup> См.: Постановление Совета (ЕС) 1346/2000 от 29.05.2000 о производстве по делу о несостоятельности. Следует отметить, что сам Европейский регламент о процедурах банкротства (2000) и его Приложения менялись семь раз и что Хорватия благодаря своему присоединению была включена в приложения к ЕРН, причем последние поправки были внесены в соответствии с Постановлением Совета по имплементации (ЕС) 663/2014 от 05.06.2014, заменив Приложения А, В и С к Постановлению (ЕС) № 1346/2000 о производстве по делу о несостоятельности (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EL/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2014:179:FULL&from=GA>). На рассмотрении находится предложение 2016 г. о повторном обновлении приложений, см.: COM (2016) 366 final. Дания не связана европейскими правилами о несостоятельности (2000) и ЕРН (2015) (см. п. 33 ЕРН (2000) и п. 88 ЕРН (2015)).

<sup>2</sup> Этот доклад обычно называют докладом Гейдельберг – Люксембург – Вена, что означает участие профессоров университетов указанных городов в качестве основных составителей ([http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation\\_insolvency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf)), отдельно опубликовано: Hess Burckhart, Paul Oberhammer, Thomas Pfeiffer (Европейское законодательство о несостоятельности), The Heidelberg – Luxembourg – Vienna Report (С.Н. Beck-Hart-Nomos, 2014).

<sup>3</sup> Европейская комиссия, предложение по Постановлению Европейского парламента и Совета о внесении поправок в Постановление Совета (ЕС) 1346/2000 о производстве по делу о несостоятельности, COM(2012) 744 final.

ке последствий для существующей политики ЕС<sup>1</sup>. Существовавший ЕРН (2000) был отменен в день вступления в силу ЕРН (2015) 26 июня 2017 г., см. § 92 ЕРН (2015) («вступление в силу»).

13. В контексте спасения бизнеса следует отметить<sup>2</sup>, что ЕРН (2015) расширил сферу применения ЕРН (2000) за пределы обычного ликвидационного производства по делу о несостоятельности. Новые правила охватывают, например: i) процедуры, предусматривающие реструктуризацию должника на стадии, когда существует лишь вероятность несостоятельности; ii) процедуры, сохраняющие контроль должника над его активами и деятельностью; и iii) процедуры, предусматривающие погашение задолженности или реструктуризацию задолженности потребителей и самозанятых лиц<sup>3</sup>. Предполагается, что применение Рекомендации от 12 марта 2014 г. будет согласовано с применением ЕРН (2015). Как поясняется, одной из поправок к ЕРН (2000) было «расширение сферы его применения, включающее определенные процедуры сохранения контроля бизнеса за должником и процедуры, предшествующие несостоятельности», «рамки превентивной реструктуризации», разработанные в национальных системах несостоятель-

<sup>1</sup> Рабочий документ сотрудников комиссии, оценка воздействия, сопровождающий документ пересмотр положения (ЕС) № 1346/2000 о производстве по делу о несостоятельности, SWD (2012) 416 final ([http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-ia_en.pdf)).

<sup>2</sup> Кроме того, ЕРН (2015) разъясняет правила международной юрисдикции судов государств – членов ЕС для открытия производства по делу о несостоятельности, включая большое количество правил о сотрудничестве и связи между субъектами, участвующими в производстве по делу о несостоятельности, находящемся на рассмотрении в двух или более государствах – членах ЕС (в том числе ст. 41–44 ЕРН (2015)). Эти государства также будут обязаны публиковать соответствующую информацию по делам о трансграничной несостоятельности в общедоступном электронном реестре, что должно повысить качество информации о соответствующих кредиторах и судах. Эти реестры будут связаны между собой через портал электронного правосудия, чтобы облегчить доступ к этой информации для кредиторов и судов, расположенных в других государствах – членах ЕС. ЕРН (2015) также вводит комплекс процессуальных норм, направленных на обеспечение эффективного управления производством по делу о несостоятельности в отношении различных компаний, входящих в состав группы компаний. На добровольной основе можно назначить «координатора группы», рекомендации которого не являются обязательными для других практикующих специалистов по вопросам несостоятельности.

<sup>3</sup> Реформа законодательства о неплатежеспособности в Нидерландах приведет к законодательному режиму «досудебного договора о распределении активов», который также будет охватываться более широкой сферой применения ЕРН (2015). Для Великобритании это будет означать, что будут включены добровольные соглашения компаний (CVAs), однако не схемы договоренностей. Однако эти новые возможности не привели к изменению названия (речь идет о регулировании «производства по делу о несостоятельности»).

ности, в случае соответствия Рекомендации Комиссии также будут подпадать под сферу действия ЕРН (2015). Таким образом, система ЕРН (2015), определяющая юрисдикцию при открытии производства, и последствия открытия производства будут применяться к соответствующим процедурам реструктуризации<sup>1</sup>.

14. В мае 2002 г., когда ЕРН (2000) вступил в силу, в разд. 11 прямо указывалось, что он основан на признании того, что «из-за различающихся материально-правовых норм практически невозможно ввести универсальное производство по делу о несостоятельности»<sup>2</sup>, далее: «применение всех без исключения норм права государства – места открытия производства на этом фоне часто приводило бы к возникновению трудностей. Это относится, например, к различающимся законам об обеспеченных интересах. Кроме того, преимущественные права, которыми пользуются некоторые кредиторы в рамках производства по делу о несостоятельности, зачастую совершенно различны»<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Хорст Эйденмюллер и Кристин ван Цвитен признают, что процедура реструктуризации в том виде, в каком ее рекомендуется проводить в силу рекомендации Европейской комиссии (2014), не всегда будет полностью подпадать под регулирование ЕРН (2015). См.: Horst Eidenmüller and Kristin van Zwieten, *Restructuring the European Business Enterprise: The EU Commission on a New Approach to Business Failure and Insolvency*, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper. 2015. No. 301; Oxford Legal Studies Research Paper No. 52/2015 (доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2662213>).

<sup>2</sup> В английском, французском, немецком и нидерландском вариантах: *insolvency proceedings, eines einheitlichen Insolvenzrechts* (в нидерландском варианте: *een uniform insolventierecht*), что, по мнению адвоката Kokott, означает «единое законодательство о несостоятельности» (24.05.2012, Case C-116/11 (C-116/11 Bank Handlowy and Ryszard Adamiak v. Christianapol sp.z. o.o. EU:C:2012:739)).

<sup>3</sup> Это наблюдение имеет исторические корни в сравнительном обзоре (внутренне-го законодательства первоначальных шести государств – членов ЕЭС в то время), проведенном нидерландским профессором Sauveplanne, опубликованном в октябре 1963 г. под названием: EEC Commission Doc 8838 / IV / 63-E. см. CJEU 07.10.2015, EU:T:2015:756 (Accorinti/ECB), в котором говорится: «...то, что консультативная группа по принципам (PCG) предложила в своем докладе 2010 года *Principles for Stable Capital Flows and Fair Debt Restructuring in Emerging Markets* «в отношении» развивающихся рынков» признать применение клаузулы *pari passu* на международном уровне, не имеет никакого отношения к существованию такой нормы в правовом порядке Европейского союза. Заявителям также не помогает ссылка на Регламент Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29.05.2000 о процедурах банкротства (OJ 2000 L 160. P. 1). Напротив, в этом Регламенте отмечается существование в национальном законодательстве весьма различных механизмов в этой области, включая преференциальный режим кредиторов (п. 11 Регламента), и просто устанавливаются единообразные нормы коллизионного права с целью, в частности, координации распределения поступлений от реализации активов в целях сохранения в максимально возможной степени равенства кредиторов (п. 21 и 23 декларативной части данного Регламента).

Между тем было заявлено, что «хаос» преимущественных прав и видов обеспечения должен быть урегулирован на общеевропейском уровне,<sup>1</sup> однако данный призыв пока еще остается без ответа.

15. Тем не менее следует отметить, что некоторые положения Европейского регламента о процедурах банкротства (2000) могут быть охарактеризованы как материально-правовые нормы и поэтому в настоящее время могут быть приняты во всем Европейском союзе в качестве унифицированных правил (см., например, ст. 7(2) (Удержание правового титула в случае несостоятельности продавца актива), 20 (Возврат и вменение), 29–35 (несколько правил, касающихся вторичного производства), 39 (Право предъявлять требования) и 40 (Обязанность информировать кредиторов) ЕРН (2000)). В соответствии с ЕРН (2015) суд, рассматривающий ходатайство об открытии вторичного производства, может отложить или отказать в открытии такого производства, например, в том случае, если управляющий, назначенный в рамках основного производства, обещает локальным кредиторам другого государства – члена ЕС, что их требования будут рассматриваться в рамках основного производства так же, как если бы было открыто вторичное производство, и что права, которыми они обладали бы в таком случае в отношении определения и ранжирования своих требований, будут соблюдаться при распределении активов. Поскольку такая практика была невозможна в соответствии с законодательством многих государств – членов ЕС, была введена норма материального права, позволяющая банкротному управляющему предоставлять такое «обещание» локальным кредиторам другого государства – члена ЕС с обязательной силой для имущественной массы<sup>2</sup>.

---

Если норма, устанавливающая принцип *pari passu*, будет предусматривать равенство кредиторов без учета особого положения частных инвесторов, с одной стороны, и центральных банков Евросистемы, выполняющих свои задачи в соответствии со ст. 127 ТФЕУ и ст. 18 Статута, с другой стороны, признание такой нормы в правовом порядке ЕС вполне может быть несовместимо с принципом равенства, упомянутым в п. 87.

<sup>1</sup> См.: A. Piekenbrock, *Insolvenzprivilegien im deutschen, ausländischen und europäischen Recht*. S. 122, *Zeitschrift für Zivilprozess* 2009-1, 63 и далее, где автор проводит сравнительный обзор; см. также: Paul Omar, *The challenge of diverse priority rules in European insolvency laws* *eurofenix* Autumn, 2011, 32.

<sup>2</sup> Английская практика такого «синтетического вторичного производства» была закреплена в ст. 38 ЕРН (2015).

### 2.1.3. Создание Союза рынков капитала

16. О третьем действии Европейской комиссии было объявлено 18 февраля 2015 г., когда Комиссия приступила к осуществлению важного проекта по «разблокировке финансирования для европейского бизнеса и стимулированию роста в 28 странах — членах ЕС с помощью создания единого рынка капитала». Идея заключается в том, что такой Союз рынков капитала стремится разрушить барьеры, которые блокируют трансграничные инвестиции в ЕС и препятствуют бизнесу получить доступ к финансированию. В отличие от других регионов мира в Европе бизнес по-прежнему сильно зависит от банков и относительно меньше от рынков капитала. Вместе с рынками капитала Комиссия также хочет устранить препятствия, мешающие нуждающимся в финансировании добраться до инвесторов, и создать максимально эффективную систему распределения этих средств. В рабочем документе сотрудников Комиссии по первоначальным размышлениям о препятствиях на пути развития интеграции рынков капитала ЕС говорится, что основы несостоятельности и эффективность и правоприменение договорного права по-прежнему существенно различаются в разных государствах — членах ЕС, несмотря на продолжающиеся усилия по повышению эффективности европейских процедур несостоятельности и реструктуризации: «Значительные различия в законодательстве о несостоятельности государств-членов создают дополнительные издержки для иностранных инвесторов в плане оценок риска и тем самым препятствуют возникновению общеевропейских кредитных рынков. В частности, отсутствие или неадекватность правил, позволяющих досрочно реструктурировать задолженность во многих государствах-членах, отсутствие положений, дающих предпринимателям второй шанс, а также продолжительность и высокая стоимость производства по делу о несостоятельности во многих государствах-членах приводят к низким ставкам возмещения для кредиторов и препятствуют инвесторам, которые либо воздерживаются от инвестирования, либо сильно увеличивают размер суммы, подлежащей возврату». В своем плане Комиссия рассматривает выполнение Рекомендации от 12 марта 2014 г. только как «первый шаг, как рекомендация... он не затрагивает основной объем законодательства о несостоятельности, а именно производство по делу о несостоятельности, которое заканчивается ликвидацией должника и распределением доходов от продажи имущества между кредиторами»<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Комиссия продолжает: «Однако для большинства должников судебная процедура по делу о несостоятельности является единственным и наилучшим решением, и инве-

17. В сентябре 2015 г. Комиссия объявила о своем Плане действий по предложению законодательной инициативы по вопросам несостоятельности бизнеса, включая раннюю реструктуризацию и второй шанс, опираясь на опыт Рекомендации комиссии (2014). Она добавила к целям Рекомендации, упомянутым ранее, новую цель, а именно: «...устранение наиболее важных барьеров на пути свободного движения капитала, опираясь на хорошо работающие национальные режимы». Другими словами, Комиссия сосредоточила свое внимание на обеспечении того, чтобы законодательство о несостоятельности было разработано таким образом, чтобы инвесторам было гораздо легче оценивать кредитный риск, особенно в отношении трансграничных инвестиций<sup>1</sup>.

сторы должны быть уверены в том, что в случае несостоятельности они сохранят свои требования или, по крайней мере, высокий процент этих требований. Однако различия между законодательством и практикой государств-членов в области несостоятельности, которые до сих пор развивались вне какого-либо участия Союза, являются существенными. Минимальные стандарты в этой области обеспечили бы инвесторам большую ясность и предсказуемость, когда речь заходит о материально-правовых нормах несостоятельности, затрагивающих их требования. В качестве меры эффективности законодательства о несостоятельности производство также должно быть относительно коротким (например, максимум два года), эффективным с точки зрения затрат и прозрачным и, таким образом, способным обеспечить более высокую доходность для кредиторов. До тех пор, пока сохраняется национальное законодательство о несостоятельности, инвесторам будет трудно оценить риски, которые они принимают на себя при инвестировании в ценные бумаги, выпущенные в других юрисдикциях. Это вредно в отношении трансграничных инвестиций в обеспеченные активы, но также вредно и в отношении необеспеченного долга (например, высокодоходных облигаций), который в результате несет гораздо более высокий риск в случае дефолта. Более гармонизированное и эффективное законодательство о несостоятельности повысило бы ставки возмещения для кредиторов (потери по безнадежным долгам в ЕС в 2013 г. оценивались в 350 млрд евро) и тем самым стимулировало бы инвестиции. См. 3.7.4 в рабочем документе. Соответствующие документы см.: [http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/index_en.htm) in Five Presidents Report – plans to strengthen Economic and Monetary Union 01.07.2015 (<http://www.eubusiness.com/topics/finance/5-presidents/>), были опубликованы конкретные меры по созданию «подлинного Европейского рынка капиталов [который] обеспечит стабильность для всех граждан государств – членов ЕС, которые разделяют единую валюту, привлекательную для других государств – членов ЕС, чтобы присоединиться, если они готовы это сделать». Опять же в настоящем докладе национальные рамки несостоятельности рассматриваются как препятствие для создания Союза рынка капиталов.

<sup>1</sup> Комиссия заявила в этой связи следующее: «...сближение процедур несостоятельности и реструктуризации способствовало бы большей правовой определенности для трансграничных инвесторов и стимулировало бы своевременную реструктуризацию жизнеспособных компаний, находящихся в финансовом кризисе. Участники консультаций в целом согласились с тем, что как неэффективность, так и несовершенство

#### 2.1.4. Проект Директивы о реструктуризации (2016)

18. В ноябре 2016 г. Комиссия представила свой проект Директивы Европейского парламента и Совета ЕС о превентивных механизмах реструктуризации, втором шансе и мерах по повышению эффективности процедур реструктуризации, несостоятельности, освобождении от ответственности и внесении поправок в Директиву 2012/30/ЕС<sup>1</sup>.

В п. 1 проекта Директивы о реструктуризации (2016) сформулирована ее цель: устранение препятствий для осуществления основных свобод, таких как свободное движение капитала и свобода бизнеса, которые являются результатом отделения национальных законов и процедур по превентивной реструктуризации, несостоятельности и второму шансу. Эта Директива направлена на устранение таких препятствий путем обеспечения того, чтобы жизнеспособные предприятия, испытывающие финансовые трудности, имели доступ к эффективным национальным механизмам превентивной реструктуризации, которые позволяют им продолжать свою деятельность; чтобы честные предприниматели с чрезмерной задолженностью имели второй шанс после полного погашения задолженности по истечении разумного периода времени и чтобы эффективность процедур реструктуризации, несостоятельности и погашения задолженности повышалась, в частности, в отношении сокращения их продолжительности. Мы видим, что эта цель объединяет цели, выраженные в Рекомендации от марта 2014 г. и Плане действий Союза рынка капиталов от сентября 2015 г.

19. Проект Директивы о реструктуризации (2016) содержит пояснительную записку (23 страницы) и текст с 47 заявлениями и 36 статьями<sup>2</sup>. Для сравнения: более ранняя Рекомендация содержала в общей

---

ние законодательства о несостоятельности затрудняют инвесторам оценку кредитного риска, особенно в случае трансграничных инвестиций». План действий см. в документе COM (2015) 468 ([http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-stmu-action-plan\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/finance/capital-markets-union/docs/building-stmu-action-plan_en.pdf)). Обзор можно найти в кн.: DiegoValiante, Europe's Untapped Capital market: Rethinking financial integration after the crisis (CEPS Paperback, London: Rowman & Littlefield International, 2016). Нопт отмечает, что создание СМУ будет длительным и сложным процессом, однако необходимым. См.: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftrecht 8/2015; Marie-Luise Graf-Schlicker, Der Aktionsplan zur Schaffung einer Kapitalsmarktunion, ZIP 22/2016 (Beilage Festschrift Katherine Knaut).

<sup>1</sup> См.: (COM) (2016) 723 final ('Restructuring Directive'); также: [http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item\\_id=50043](http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50043)

<sup>2</sup> Директива вступает в силу через 20 дней после опубликования в Официальном журнале ЕС, и государства-члены (ст. 34) должны в течение двух лет с этого момента

сложности 20 заявлений и 36 рекомендаций<sup>1</sup>. Это предложение основано на семи ключевых принципах обеспечения последовательности и эффективности механизмов несостоятельности и реструктуризации во всем ЕС: (i) компании, испытывающие финансовые трудности (особенно малые и средние), будут иметь доступ к инструментам раннего предупреждения для выявления ухудшающейся ситуации и обеспечения реструктуризации на ранней стадии; (ii) гибкие механизмы превентивной реструктуризации упростят длительные, сложные и дорогостоящие судебные разбирательства. Там, где это необходимо, национальные суды должны быть привлечены для защиты интересов заинтересованных сторон; (iii) должник получит ограниченную по времени «передышку» (или мораторий) максимум на четыре месяца от принудительных действий, чтобы облегчить переговоры и успешную реструктуризацию; (iv) несогласные миноритарные кредиторы и акционеры не смогут блокировать планы реструктуризации, но их законные интересы должны быть защищены; (v) новое финансирование будет специально защищено, повышая шансы на успешную реструктуризацию; (vi) на протяжении всех процедур превентивной реструктуризации работники будут пользоваться полной защитой трудового законодательства в соответствии с действующим законодательством ЕС; и (vii) обучение, специализация практикующих юристов и судов, а также использование технологий (например, подача требований и уведомление кредиторов в режиме онлайн) повысят эффективность и снизят продолжительность процедур несостоятельности, реструктуризации и второго шанса<sup>2</sup>.

---

принять «законы, нормативные акты и административные положения, необходимые для выполнения настоящей Директивы».

<sup>1</sup> Рекомендация комиссии (2014). Общий обзор см.: Stepha Madaus, *The EU Recommendation on Business Rescue – Only Another Statement or a Cause for Legislative Action Across Europe?*, 27 *Insolvency Intelligence* 2014. № 6. P. 81, ect.; Bob Wessels, *Rescue on the rise* eurofenix Autumn 2014. P. 12–15; E. Schmieman, *De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie* // *Ondernemingsrecht* 2014/77/ P. 369, ect.; A.M Mennens and P.M. Veder, *Clementie en recht: het dwangakkoord buiten insolventie* NTBR 2015/2. Uwe Goetker and Benedikt Schultz, *‘Vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren – Warum braucht die Praxis ein solches und wie könnte es aussehen*’ ZIP 44/2016, 2095, ect.; N.W.A Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (PhD Groningen 2016). Ch. 9.

<sup>2</sup> Означенный обзор взят из пресс-релиза. В целом это предложение было одобрено. См.: Jack Barton, *Experts in harmony over strengths of proposed EU directive*, *Global Restructuring Review*, 2016, 29 November (<http://globalrestructuringreview.com/article/1078233/experts-in-harmony-over-strengths-of>) (предлагаемая Директива ЕС).

## 2.2. В глобальном аспекте

20. Ведение бизнеса — это фундаментальная составляющая современного общества. Как и в случае с самим бизнесом, существующим во всем мире, исследования по вопросам оздоровления бизнеса не могут ограничиваться Европейским союзом. Общая цель Европейской комиссии по созданию основ несостоятельности для стимулирования экономического роста и занятости находит свое подтверждение в заявлении Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций, опубликованном в 2012 г., в котором подтверждается ее приверженность верховенству права: «8. Мы признаем важность существования справедливой, стабильной и предсказуемой правовой базы для обеспечения устойчивого экономического роста и повышения занятости населения, привлечения инвестиций и содействия предпринимательству, и в этой связи мы высоко оцениваем работу комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли по модернизации и гармонизации права международной торговли»<sup>1</sup>.

21. На глобальном уровне было признано, что существует множество различий между национальными системами несостоятельности, которые «препятствуют оздоровлению финансово неблагополучного бизнеса, не способствуют справедливому и эффективному управлению трансграничной несостоятельностью, препятствуют защите активов несостоятельного должника от растраты и препятствуют максимизации стоимости этих активов. Кроме того, отсутствие предсказуемости при рассмотрении дел о трансграничной несостоятельности препятствует притоку капитала и является сдерживающим фактором для трансграничных инвестиций»<sup>2</sup>. Эта точка зрения также легла в основу разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности<sup>3</sup>.

Еще одной работой ЮНСИТРАЛ является Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности,

---

<sup>1</sup> См.: Декларация Совещания Генеральной Ассамблеи Организации Объединенных Наций на национальном и международном уровнях, 67-я сессия, резолюция, принятая Генеральной Ассамблеей 24.09.2012 A/RES/67/1.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2014). С. 13.

<sup>3</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ по принятию и толкованию (2013). № 5. Типовой закон ЮНСИТРАЛ (1997) в настоящее время применяется почти в 40 странах, включая Австралию, Японию, США и центральноафриканские государства, образующие ОНАДА (Organization pour l'Harmonisation en Afrique de Droits des Affaires, или организацию по гармонизации предпринимательского права в Африке), а также в Европе — в Греции, Польше, Румынии, Словении и Соединенном Королевстве.

первая и вторая части которого были опубликованы в 2004 г.<sup>1</sup> Цель Руководства для законодательных органов заключается в содействии созданию действенной и эффективной правовой базы для решения финансовых проблем должников. Руководство для законодательных органов предназначено для использования национальными органами власти и законодательными органами в качестве необязательного справочного материала при подготовке новых законов и нормативных актов или при рассмотрении адекватности существующих законов и нормативных актов.

22. В 2015 г. на основе оценки, в соответствии с Принципами и Руководствами Всемирного банка для эффективных систем несостоятельности и прав кредиторов (введенными в 2001 г. и впоследствии неоднократно измененными)<sup>2</sup> и в соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности Всемирный банк опубликовал свой Региональный обзор 2015 г. для Европейского союза<sup>3</sup>. Этот Обзор решительно выступает за надежную национальную систему несостоятельности, которая функционирует как фильтр, «обеспечивающий выживание экономически эффективных компаний и перераспределение ресурсов неэффективных. Быстрое и дешевое производство по делу о несостоятельности приводит к быстрому возвращению предприятий к нормальной работе и увеличению отдачи кредиторам. Улучшая ожидания кредиторов и должников относительно результатов производства по делу о несостоятельности, хорошо функционирующие системы несостоятельности могут облегчить доступ к финансированию, сохранить более жизнеспособные предприятия и тем самым усилить рост и устойчивость экономики в целом»<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> После первой и второй частей Руководства для законодательных органов в 2010 г. была представлена третья часть, посвященная режиму несостоятельности предпринимательских групп, а в 2013 г. — четвертая часть, посвященная обязательствам директоров в предбанкротный период. См.: Bob Wessels and Gert-Jan Boon (Трансграничное законодательство о несостоятельности, международные документы и комментарии (2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015)). С. 12–13.

<sup>2</sup> Последние изменения были внесены в 2011 и 2015 гг., см.: Bob Wessels and Gert-Jan Boon, *Cross-Border Investigation Law, International Instruments and Commentary*: 2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015. P. 1.

<sup>3</sup> См.: World Bank Doing Business Report (2015) ([http://www.doingbusiness.org/Reports/~/\\_/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Profiles/Regional/DB 2015/DB15-European-Union.pdf](http://www.doingbusiness.org/Reports/~/_/media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Profiles/Regional/DB%2015/DB15-European-Union.pdf)).

<sup>4</sup> См.: Garrido José M., *Out-of-Court Debt Restructuring, A World Bank Study*, (Washington: International Bank for Reconstruction and Development / International Development

23. Общеизвестно, что гл. 11 Кодекса США о банкротстве, введенная в действие в 1978 г., была источником вдохновения для многих законодателей как в Европе, так и за ее пределами. В США несколько изменений в деловой среде привели к появлению предложений по реформированию гл. 11. Существует несколько причин для критического взгляда на гл. 11. С момента принятия Кодекса США о банкротстве в 1978 г. произошло значительное увеличение использования обеспеченного кредита, что привело к размещению обеспеченного долга на всех уровнях структуры капитала. Глава 11, кроме того, предполагает наличие стоимости активов выше обеспеченного долга, но стоимость активов часто отсутствует во многих случаях из гл. 11. Долговые и капитальные структуры большинства американских компаний-должников значительно усложнились, поскольку они имеют множество уровней обеспеченного и необеспеченного долга, часто регулируемого столь же сложными соглашениями между кредиторами. Кроме того, изменился и рынок в США. Следует признать, что рост проблемных долговых рынков с появлением других типов кредиторов (хедж-фондов, нерегулируемых инвесторов) и торговли требованиями (без участия суда) привел к появлению еще одного фактора, который отсутствовал, когда в 1978 г. была принята гл. 11. Характер бизнеса изменился: гл. 11 была разработана в эпоху, когда крупнейшими работодателями были производители. Сегодня многие из крупнейших работодателей — это сервисные компании, такие как *Amazon*, *Apple*, *Facebook* и *Google*. Многие из оставшихся американских производителей в меньшей степени зависят от твердых активов и в большей степени от контрактов и интеллектуальной собственности как основных активов<sup>1</sup>. Кодекс о банкротстве США четко не предусматривает порядок обращения с такими активами и пострадавшими контрагентами. Наконец, последнее десятилетие продемонстрировало повышенное внимание к приобретению контроля над проблемным бизнесом через процесс продажи, когда первоначальная функция гл. 11 (восстановление компании)

---

Association or The World Bank 2012), автор представляет и анализирует уроки, извлеченные сотрудниками Всемирного банка в связи с использованием механизмов внесудебной реструктуризации задолженности для решения проблемы корпоративного неблагополучия.

<sup>1</sup> См.: Bo Xie, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue* (Edward Elgar Publishing 2016), автор отмечает, что основа современной экономики трансформировалась из традиционной производственной деятельности в информационную экономику, в которой наиболее ценным ресурсом может быть человеческий капитал и сети взаимоотношений.

эволюционировала в слияние предприятий или продажу активов должника. Можно сказать, что процесс реорганизации гл. 11 превратился в сложную практику сделок слияния и поглощения<sup>1</sup>. И конечно же, должники гораздо чаще являются транснациональными компаниями, чем 30 лет назад, со средствами производства и другими операциями в офшорах, с применением норм международного права или с выбором применимого права. Эти события потребовали переоценки целей и задач американского режима реструктуризации в США, которая была предпринята специальной комиссией Американского института банкротства (АИБ)<sup>2</sup>. После тщательного изучения 12 тем (разделов) Доклад Комиссии был опубликован в декабре 2014 г.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> См.: Douglas G. Baird and Robert K. Rasmussen, *The End of Bankruptcy*, 55 *Stanford Law Review* 2002, 751, ect. More recently: G. Ray Warner, *Reimagining Rescue: The View from the United States*, in Rebecca Parry and Paul Omar (eds.), *Reimagining Rescue*, (INSOL Europe, Nottingham Paris? 2016). P. 175–186; Roe Mark J., *Three Ages of Bankruptcy*, 18 November 2016 (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2871625>).

<sup>2</sup> Этими темами были: (1) Финансирование по главе 11; (2) Управление и надзор по главе 11 за делами и компаниями; (3) Вопросы группы лиц; (4) Финансовые контракты, производные финансовые инструменты и защитные возражения; (5) Длительные договоры и аренда; (6) Расширение административных требований, критические поставщики и другие факторы давления на ликвидность; создание и (или) сохранение капитала реорганизации; (7) Трудовые вопросы и вопросы льгот; (8) Полномочия по оспариванию сделок; (9) Продажа практически всех активов должника, включая продажу действующего бизнеса; (10) Вопросы плана: процедура и структура; Вопросы плана: вопросы распределения; (11) Защищенные от банкротства предприятия, защита от банкротства и государственная политика, а также (12) Роль оценки в главе 11.

<sup>3</sup> Американский институт банкротства, 2012–2014, заключительный доклад и рекомендации, (2014) (далее – доклад АИБ (2014) (<https://abiworld.app.box.com/s/vvirvc5xv83aav14dp4h>)). См.: Bob Wessels and R.J. de Weijts, *The Reform of Глава 11: Its Process and the Recommendation Made*, in Bob Wessels and Rolef J. de Weijts (eds.), *International Contribution to the Reform of Глава 11 U.S. Bankruptcy Code* (European and International Insolvency Law Studies 2, The Hague: Eleven International Publishing 2015). P. 3–40. В 2013 г. Комиссия АИБ учредила международную рабочую группу, которой было поручено рассмотреть вопросы, поднятые комиссией в отношении того, как конкретные вопросы рассматривались в нескольких странах, где подход этой страны может иметь отношение к модели гл. 11. К числу таких стран относятся, например, Австралия, Канада, Китай и Япония. Среди европейских стран-участниц были Австрия, Бельгия, Франция, Германия, Италия, Нидерланды и Испания. См.: Bob Wessels and Rolef de Weijts, *Revision of the iconic US Глава 11: its global importance and global feedback*, 5 *International Insolvency Law Review* 4/2014. P. 441–445. Кроме того, недавние судебные решения в США в соответствии с Законом о трастовом договоре (ТИА) были расценены как проведение внесудебной реструктуризации с применением облигаций, установленных ТИА менее чем единогласным голосованием держателей облигаций, более трудным, чем считалось ранее, поскольку требовалось единогласное решение пострадавших кредиторов на внесудебную реструктуризацию. Национальная конференция по банкротству (NBC) в начале 2016 г. предложила облегчить судебный надзор за реструктуризацией облигаций в соответствии с новой гл. 16 Кодекса о банкрот-

24. В этом исследовании для ИЕП мы сравнили положения, которые Рекомендация от марта 2014 г. предлагает гармонизировать с вопросами, определенными Комиссией АИБ по реформе гл. 11, а также изучили выводы, содержащиеся в Докладе Комиссии АИБ. Эти изменения были тщательно учтены при дальнейшей разработке настоящего исследования, как это будет объяснено в методике (см. 3.1)<sup>1</sup>.

25. В качестве основополагающей отправной точки в настоящем Отчете мы придерживаемся мнения о том, что законодательство о несостоятельности является неотъемлемой частью развития и функционирования внутреннего рынка по смыслу ст. 114 Договора о функционировании Европейского союза. Так, мы согласны с точкой зрения Манфреда Бальца, одного из главных создателей Европейского регламента о процедурах банкротства (2000): «...функционирующая система банкротства необходима для любой экономики, стремящейся к достижению свободы создания бизнеса и свободного движения товаров, услуг и капитала, а также к интеграции национальных рынков в единый внутренний рынок»<sup>2</sup>. Несомненно, во многих странах к термину «несостоятельность» прилепляется клеймо или как минимум предположение о провале со стороны управления компании или предпо-

---

стве США, которая фокусируется на чистой финансовой реструктуризации. Поскольку это связано с ТИА, мы решили не расширять наше исследование этого предложения, см.: Richard Levin, National Bankruptcy Conference Proposed Amendments to Bankruptcy Code to Facilitate Restructuring of Bond and Credit Agreement Debt, Harvard Law School Bankruptcy Roundtable, 2016 (<http://blogs.harvard.edu/bankruptcyroundtable/2016/02/09/national-bankruptcy-conference-proposed-amendments-to-bankruptcy-code-to-facilitate-restructuring-of-bond-and-credit-agreement-debt/>).

<sup>1</sup> Мы также более глубоко изучили английский «план реорганизации». Гесс отмечает в 2013 г., что этот английский институт в довольно разных формах был введен в Бельгии, Эстонии, Франции, Греции, Ирландии, Италии, Латвии, Литве, Мальте, Нидерландах, Польше, Румынии, Испании и Швеции. См.: Burkhard Hess, *Hybride Sanierungsinstrumente zwischen der Europäischen Insolvenzverordnung und der Verordnung*, в Alexander Bruns, Christoph Kern, Joachim Münch, Andreas Piekenbrock, Astrid Stadler и Dimitros Tsirikas (eds.), *Internationales, europäisches und ausländisches Recht, Festschrift für Rolf Stürmer zum 70. Geburtstag*, (Tübingen: Mohr Siebeck 2013). S. 1253–1261.

<sup>2</sup> См.: Manfred Balz, *The European Convention on Insolvency Proceedings*, 70 *American Bankruptcy Law Journal* 1996. P. 485, ect. 490\$ Effective and efficient insolvency and creditor rights systems are widely recognized as important elements of financial system stability. Эти системы помогают обеспечить доступ к кредитам и распределению ресурсов, повышая производительность и экономический рост. Они также позволяют коммерческим заинтересованным сторонам более эффективно управлять финансовыми рисками и другими трудностями в предпринимательских секторах своевременно, с тем чтобы свести к минимуму системный риск, особенно в банковской системе. См.: *Принципы Всемирного банка* (2011). С. 3.

ложение о мошенничестве. Однако в мире торговли и инвестиций, где законодательство о несостоятельности является «основным столпом рыночной экономики»<sup>1</sup>, возобладало мнение, что «несостоятельность стала прогнозируемым и приемлемым риском»<sup>2</sup>. И во многих странах все чаще стала признаваться важность прочной системы несостоятельности для экономики<sup>3</sup>.

26. Кто устанавливает стандарты для системы законодательства о несостоятельности? Откуда взялось законодательство о несостоятельности? Если оставить в стороне конкретные европейские нормативные акты, то общая ответственность за правовую основу процедур предварительного производства/несостоятельности, включая ее материально-правовые и процессуальные нормы, лежит на главном национальном законодателе. В национальных докладах это положение было подтверждено, равно как и мнение о том, что первичное законодательство о несостоятельности не может функционировать само по себе. В ряде государств-членов правила практики были установлены судом, иногда после консультаций, например, с местным адвокатским образованием. В настоящем Отчете также будет обсуждаться этот «саморегулируемый» набор необязательных правил.

### 2.3. Договорный контекст

27. Наконец, важно отметить, что переговоры, ведущие (или не ведущие, в зависимости от обстоятельств) к плану реструктуризации, который по сути является договором, практически во всех государствах-членах не регулируются в том смысле, что стороны могут свободно вести переговоры по заключению договора, в том числе и по его содержанию (если только закон не определяет иное)<sup>4</sup>. Таким об-

<sup>1</sup> См.: Christoph G. Paulus, Stathis Potamitis, Alexander Rokas and Ignatio Tirad, *Insolvency Law as a Main Pillar of Market Economy, A Critical Assessment of the Greek Insolvency Law*, 24 *International Insolvency Review* 2015. P. 1 ect. Сходно: Valeria Confortini, *Privatautonomie and Corporate Reorganisations: Legal Treatment of Shareholders under Insolvenzordnung and Italian Insolvency Law*, *International Insolvency Law Review* 1/2016. С. 6, и далее.

<sup>2</sup> См.: Jay Lawrence Westbrook, Charles D. Booth, Christoph G. Paulus, Harry Rajak, *A Global View of Business Insolvency Systems* (The World Bank, Washington DC 2010). P. 143, submitting «...that insolvency is an enterprise risk».

<sup>3</sup> См.: Сообщение Комиссии Европейскому парламенту, Совету и Европейскому экономическому и социальному комитету (Новый Европейский подход к банкротству и несостоятельности. 12.12.2012, COM (2012) 742 final).

<sup>4</sup> Следует отметить, что ст. 1337 Гражданского кодекса Италии предусматривает, что в ходе переговоров по договору стороны несут взаимную обязанность добросовест-

разом, должник, как правило, также может пересмотреть содержание соглашения. Иногда существующие договоры, в которых участвует должник, содержат положения, касающиеся предоставления определенной финансовой информации другой стороне или касающиеся начала переговоров, а иногда и «повторных переговоров». Это может быть тот случай, когда стороны обязаны вести переговоры, например, на основе правовых норм о «затруднениях» или форс-мажоре<sup>1</sup>. С октя-

---

ного поведения. В некоторых странах такая обязанность может вытекать из прецедентного права, например, в Нидерландах.

<sup>1</sup> Феномен «затруднений» известен в большинстве правовых систем ЕС с различными названиями (*frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, *onvoorziene omstandigheden*, *excessiva onerosità sopravvenuta*). В международной договорной практике используется термин *hardship*. См. ст. 6: 111 (ex Article 2.117) («изменение обстоятельств») принципов Европейского договорного права (PECL):

(1) сторона обязана выполнять свои обязательства даже в том случае, если исполнение стало более обременительным, независимо от того, возросла ли стоимость исполнения или уменьшилась ценность полученного ею исполнения;

(2) однако, если исполнение договора становится чрезмерно обременительным из-за изменения обстоятельств, стороны обязаны вступить в переговоры с целью адаптации договора или его расторжения при условии, что:

- a) изменение обстоятельств произошло после момента заключения договора;
- b) вероятность изменения обстоятельств не было возможности предвидеть с достаточной степенью разумности и осмотрительности;
- c) риск изменения обстоятельств не является тем риском, который согласно договору должна нести затрагиваемая сторона.

См. также ст. 6.2.2 (определение затруднений) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА:

– затруднениями считается случай, когда возникают события, существенным образом изменяющие равновесие договорных обязательств в силу либо возрастания для стороны стоимости исполнения, либо уменьшения ценности получаемого стороной исполнения, и, кроме того:

- a) события возникают или становятся известны потерпевшей стороне после заключения договора;
- b) события не могли быть разумно учтены потерпевшей стороной при заключении договора;
- c) события находятся вне контроля потерпевшей стороны и
- d) риск возникновения этих событий не был принят на себя потерпевшей стороной.

Статья 6.2.3 (последствия затруднений) Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА:

1. В случае затруднений потерпевшая сторона имеет право обратиться с просьбой пересмотреть договорные обязательства. Просьба должна быть сделана без неоправданной задержки и должна содержать обоснование.

2. Просьба о пересмотре не дает сама по себе потерпевшей стороне право приостановить исполнение.

3. При недостижении соглашения в разумный срок любая сторона может обратиться в суд.

бря 2016 г. такая обязанность по пересмотру условий была включена в Гражданский кодекс Франции<sup>1</sup>.

28. Однако финансовые трудности и (или) деятельность в условиях, близких к несостоятельности, как правило, рассматриваются как риск, который должен нести должник, а не как «особо затруднительные обстоятельства». Эти правовые нормы могут косвенным образом влиять на предпосылки ведения переговоров (повторных переговоров). Однако в национальных докладах и в нашем исследовании не было продемонстрировано конкретного влияния правил, касающихся «затруднений», на ход переговоров (повторных переговоров), ведущих к разработке плана реструктуризации.

29. Другая договорная проблема, касающаяся результата согласованной реструктуризации (т.е. плана реструктуризации), может быть рассмотрена в общем и теоретическом плане. План реструктуризации можно рассматривать как: i) совокупность взаимозависимых двусторонних договоров с кредиторами или ii) как многосторонний договор с единообразными обязательствами перед кредиторами. В литературе и научных кругах «план реструктуризации» довольно редко рассматривается как многосторонний договор в отличие от взгляда на него как на совокупность взаимосвязанных двусторонних договоров<sup>2</sup>. Однако мнение о внесудебной реструктуризации (*workout*) как о многостороннем соглашении вызывает некоторые вопросы, в частности: каково соотношение между ранее заключенным договором (между кредитором и должником) и обязательством действовать добросовестно при заключении нового договора, например, для заслушивания другой стороны и (или) чтобы эта сторона (по крайней мере) приняла участие в переговорах по реструктуризации. Будет ли общая договорная норма (о добросовестности/*Treu und Glauben*) в отношениях между должником и кредитором иметь такое значение, что этот кредитор обязан будет учитывать положение других сторон (кредиторов), имеющих договор с должником? В Германии обсуждался вопрос о том, что договорные

---

4. Если суд установит наличие затруднений, он может, если найдет это разумным:

- a) прекратить договор с определенной даты и на определенных условиях или
- b) изменить договор с целью восстановления равновесия.

<sup>1</sup> Во Франции с 01.10.2016 обновлена ст. 1195 Гражданского кодекса, вводящая правило о том, что суд может изменить (или расторгнуть) договор в случае изменения обстоятельств, которые делают исполнение слишком дорогостоящим, с обязанностью досудебного проведения переговоров.

<sup>2</sup> О немецкой договорной теории банкротных планов см.: Madaus Stephan. *Der Insolvenzplan* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2011).

положения плана реструктуризации не вытекают из ниоткуда, а скорее основаны, например, на соглашении с поставщиком, заключенном несколько лет назад. Должник может предложить изменить существующий договор или предложить новацию, но должен ли он предлагать это всем заинтересованным кредиторам? В Нидерландах обсуждается вопрос о многостороннем соглашении, содержащем коллективный элемент, в таком ключе, что ни одна из сторон не может сослаться на обман или на его порочность. Кроме того, коллективность этого нового договора приводит к тому, что принцип добросовестности или условие о затруднениях вряд ли могут иметь какое-либо место. Вывод: при введении такого института, как план реструктуризации, должны применяться принципы национального договорного права и разрабатываться нормы, обеспечивающие законодательную основу для этих планов-договоров. Кроме того, для полного понимания механики планов реструктуризации, принятых в ходе подготовки, предварительного производства и производства по делу о несостоятельности, по-видимому, необходимо провести дополнительные исследования в области пересечения законодательства о контрактах, корпорациях и несостоятельности.

30. Кроме того, переговоры по плану реструктуризации, даже если предполагается, что они будут заключены «чисто на договорной основе» (т.е. без обращения к какой-либо предоставленной государством процедуре содействия реструктуризации), естественно, будут зависеть от законодательства (о реструктуризации и несостоятельности) страны должника. Переговоры, ведущие к разработке плана реструктуризации, как правило, проходят вблизи того момента, когда в отношении должника станет возможной инициация открытия официального производства по делу о несостоятельности. Стороны обсудят условия реструктуризации «в контексте законодательства о несостоятельности», но это, конечно, не означает, что эти правила (например, касательно принудительного исполнения или навязывания плана) будут иметь какое-то прямое действие до их фактического применения. Это скорее означает, что стороны будут обсуждать свою позицию с учетом возможности открытия этих процедур и с учетом их прав. В этих договорах они могут «заимствовать» инструменты, доступные в рамках производства, такие как соглашение между кредиторами или специальное соглашение о приостановлении производства, поскольку реструктуризация и производство по делу о несостоятельности в той мере, в какой они являются эффективными и содействуют интересам, связанным с продолжением жизнеспособности бизнеса, могут способствовать

реструктуризации в рамках договора. В некоторых случаях мы задавали вопросы нашим национальным докладчикам, действительно ли в странах — членах ЕС в условиях внесудебной реструктуризации использовались такие инструменты. Это подводит нас к нашей методологии.

### 3. Методология

#### 3.1. Проектирование

31. Стартовал проект ИЕП «Спасение бизнеса в банкротном праве», в центре которого стояли правовые нормы, имеющие отношение к оздоровлению финансово неблагополучного бизнеса, и применение их на практике. Конечная цель состояла в том, чтобы разработать систему, которая позволит в дальнейшем разработать последовательные и функциональные правила для оздоровления бизнеса в Европе. Проект ИЕП по оздоровлению бизнеса осуществлялся в течение 42 месяцев и привел к разработке следующих четырех материалов:

1. Отчеты о национальных режимах несостоятельности в Европе.
2. Отчет по международным рекомендациям организаций, устанавливающих стандарты.
3. Нормативные отчеты о возможности создания надлежащей правовой базы, благоприятствующей развитию проблемных предприятий.
4. Настоящий Отчет о спасении бизнеса ИЕП.

32. В самом начале проекта ИЕП назначил трех докладчиков, которые должны были взять на себя бремя разработки проекта, координацию достижения первых трех результатов проекта и подготовить настоящий Отчет по оздоровлению бизнеса ИЕП, описывающий соответствующую правовую систему, способствующую сохранению жизнеспособности бизнеса, находящегося в затруднительном положении. Профессор, почетный доктор Боб Вессельс (Лейденский университет), профессор Стефан Мадаус (Университет Мартина Лютера в Галле-Виттенберге) и адъюнкт-профессор Кристин Ван Цвитен (Оксфордский университет) любезно согласились выступить в качестве докладчиков и возглавить проект. Они являются известными экспертами в области анализа и практической реализации правовых систем, направленных на оздоровление бизнеса. В своей работе докладчикам помогал Герт-Ян Боон (LLM, магистр) и Секретариат ИЕП («проектная группа»)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> По причинам, не связанным с проектом, с апреля 2016 г. Кристин Ван Цвитен ушла с должности докладчика. Помимо Герт-Ян Буна, доктор Саманта Ренссен, до-

33. Проект по спасению бизнеса был поддержан Консультативным комитетом, который спонсировал известных экспертов из самых разных областей права (например, трудовое право, договорное право, антимонопольное право, посредничество и разрешение споров), а также наблюдателем, который внес ценный вклад в этот проект. Члены Комитета и наблюдатель перечисляются в благодарностях. Кроме того, национальные корреспонденты представили информацию о национальных режимах несостоятельности государств – членов ЕС, подготовив отчеты, а также обзоры законодательства. Проект также опирается на экспертные знания членов Консультативного комитета (МСС), состоящего из членов ИЕП, которые проявили интерес к проекту и его результатам. Их имена перечислены в благодарностях.

### **3.1.1. Списки вопросов**

34. Докладчики разработали подробный список вопросов для получения информации о законах об оздоровлении бизнеса в каждой выбранной юрисдикции. Документ состоит из 10 частей, каждая из которых посвящена конкретной теме, связанной с оздоровлением бизнеса. Эти 10 основных тем стали результатом обобщения вопросов, отобранных докладчиками для изучения в их первоначальном предложении ИЕП, и вопросов, определенных в ходе консультаций Европейской комиссии от 5 июля 2013 г. (что привело к созданию Рекомендации от марта 2014 г.), а также сравнения с темами, изученными комиссией АИБ по реформе гл. 11 Кодекса США. По каждой из отобранных основных тем были разработаны вопросы, которые позволили национальным докладчикам представлять весьма конкретную информацию в своих отчетах. Что касается сферы охвата, корреспондентам было предложено рассмотреть все процедуры предварительного производства и производства о несостоятельности (предусмотренные национальным законодательством), которые могли бы быть использованы для достижения результата оздоровления бизнеса, и определить

---

цент кафедры корпоративного права и законодательства о несостоятельности Мaaстрихтского университета, оказала помощь в изучении ряда вопросов корпоративного права. Мы с благодарностью отмечаем поддержку студентов-интернов Лейденской юридической школы Анастасии Гришковой и Роберта Де Регта в 2015/16 учебном году, а также Ольги Корнеевой в 2016/17 учебном году. Кроме того, Иоаннис Сидиропулос, кандидат юридических наук Лейденской школы права, и Николо Ниси, научный сотрудник Университета Мартина Лютера в Галле-Виттенберге, также помогли нам в нашем исследовании.

другие правовые нормы, способствующие достижению результата оздоровления бизнеса во внесудебном порядке. Таким образом, доклады включают ответы на такие вопросы, как: i) управление и надзор за спасением в суде и вне суда (включая положение и обязательства директора и должника во владении, а также положение управляющих и антикризисных менеджеров); ii) специальная защита финансирования оздоровления и мораторий от принудительного исполнения; (iii) режим длящихся договоров; (iv) ранжирование требований кредиторов; (v) трудовые вопросы; (vi) полномочия по оспариванию сделок; (vii) продажа активов должника как действующего бизнеса; (viii) разработка и утверждение планов реструктуризации; (ix) вопросы множественности лиц/корпоративных групп; (x) специальные договоренности для малых и средних организаций<sup>1</sup>.

35. Кроме того, был разработан нормативный перечень из восьми вопросов, в котором национальным корреспондентам предлагалось критически оценить свои национальные системы несостоятельности с их собственной точки зрения и сообщить о мнении всех основных заинтересованных сторон. В нормативном перечне вопросов также содержался вопрос о мнениях в отношении областей, которые не подходят для согласования между национальными правовыми системами, а также об инициативах, подлежащих эффективной реализации, которые будут приветствоваться в качестве дополнений к национальному законодательству<sup>2</sup>.

### 3.1.2. Отбор 13 стран ЕС

36. Фактической основой настоящего Отчета по оздоровлению бизнеса ИЕП являются подготовленные национальными корреспондентами (как описано выше) отчеты о текущем положении дел в области несостоятельности в части оздоровления бизнеса, а также о положении дел в корпоративном и договорном праве в отдельных государствах — членах ЕС. В самом начале проекта по оздоровлению бизнеса докладчики решили, что было бы непрактично создавать отчеты по всем государствам — членам ЕС. Вместо этого были отобраны 13 юрисдикций ЕС, которые представляют собой репрезентативную выборку правовых традиций и целого ряда законов и практик о несостоятельности по всей Европе. Выборка включает все крупные эко-

<sup>1</sup> Образец перечня вопросов см.: Приложение 1.

<sup>2</sup> См.: Приложение 2.

номики (Германия, Франция, Великобритания, Италия, Польша, Испания, Нидерланды, Бельгия, Австрия), представителя северных государств (Швеция), Балтийских государств (Латвия) и представителей более мелких экономик (Венгрия, Греция). Этот выбор был одобрен Консультативным комитетом и Управлением ИЕП.

37. События, происходящие в неизбранных государствах – членах ЕС, разумеется, не были проигнорированы и также оказали влияние на настоящий Отчет (см. 3.3.2), так же как и международные события и документы (см. 3.3.4). Кроме того, мнения ученых (см. 3.3.5), практические подходы к оздоровлению бизнеса и непубличные дискуссии с заинтересованными группами (см. 3.3.6), а также открытые дискуссии с практиками, судьями и учеными (см. 3.3.7) оказывали помощь докладчикам в разработке их предложений.

### **3.1.3. Национальные докладчики и доклады**

38. Задача ответить на вопросы была поставлена перед 26 национальными докладчиками<sup>1</sup>. Было решено объединить усилия эксперта с академическим образованием с усилиями практикующего специалиста по вопросам несостоятельности в каждой из выбранных 13 юрисдикций, перечень всех национальных корреспондентов приведен в благодарностях. К национальным докладчикам обращались с целью получения их знаний и опыта в отношении правовых норм и практических подходов по вопросам, рассматриваемым в представленных перечнях вопросов. Все докладчики представили свои отчеты, которые привели к первому результату проекта в виде 13 отчетов по их соответствующему национальному законодательству о несостоятельности. Все отчеты находятся в открытом доступе<sup>2</sup>.

### **3.1.4. Доклад в отношении международных рекомендаций**

39. Кроме того, выдающийся молодой ученый из Лейденского университета, Герт-Ян Боон, LL.M MSc., разработал обзор международных рекомендаций организаций, устанавливающих стандарты, например Всемирного банка и ЮНСИТРАЛ. Этот обзор был опубликован вме-

---

<sup>1</sup> Независимо от того, рассматривается ли конкретный вопрос в национальной правовой системе в Законе о несостоятельности, Законе о корпоративном праве или Законе о гражданском процессуальном праве.

<sup>2</sup> См.: Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue in Europe*, T. I: National Reports and International Recommendations.

сте со всеми национальными обзорами законодательства и послужил основой для настоящего Отчета по оздоровлению бизнеса ИЕП. Как уже отмечалось, ведение бизнеса — это глобальное явление, и призыв к совершенствованию правил оздоровления попавшего в беду бизнеса звучит во всем мире. Организации, устанавливающие стандарты, разработали международные рекомендации<sup>1</sup>, включающие многочисленные (не имеющие обязательной силы) инструменты «мягкого права» для разработки и дальнейшего согласования законодательства о несостоятельности на национальном, региональном или глобальном уровнях<sup>2</sup>. Обзор законодательства охватывал 15 инструментов, отражающих некоторые вопросы в области оздоровления бизнеса<sup>3</sup>. Для анализа см. отчет, который находится в открытом доступе<sup>4</sup>.

## 3.2. Отчет по проекту

### 3.2.1. Доклады и исследования

40. Настоящий Отчет (ИЕП о спасении бизнеса) был составлен докладчиками и основан, в частности, на информации, собранной

---

<sup>1</sup> См.: Bob Wessels, *International Insolvency Law, Part. I: Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law* (4<sup>th</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2015). P. 10090.

<sup>2</sup> См.: Bob Wessels & Gert-Jan Boon (eds.), *Cross-Border Insolvency: Instruments and Commentary* (2<sup>nd</sup> Ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015). For the influence of changing market conditions and the gradual loss of function of soft law (in this case the so-called London Approach), см. также: Sarah Paterson, *Bargaining in Financial Restructuring: Market Norms, Legal Rights and Regulatory Standards*, *Journal of Corporate Law Studies*, October 2014. P. 333–365; см. также: Xie Bo, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue* (Edward Elgar Publishing 2016).

<sup>3</sup> Этими инструментами являются (вкратце): *INSOL International Workout Principles II* (2017); *International Working Group on European Insolvency Law, Principles of European Insolvency Law* (2003); *UNCITRAL Legislative Guide* (2004 and its additions of 2010 and 2013); *EBRD Core Principles for an Insolvency Law Regime* (2004); *EBRD IOH Principles* (2007); *UNCITRAL Practice Guide* (2009); *The World Bank Principles for* (2016); *Asian Bankers Association, Asia-Pacific Informal Workout Guidelines for Promoting Corporate Restructuring in the Region and Model Agreement to Promote Corporate Restructuring: A Model Adaptable for Use Regionally, by a Jurisdiction, or for a Particular Debtor* (2013); *III Guidelines for Coordination of Multinational Enterprise Group Insolvencies* (2013); *INSOL Europe, Draft Statement of Principles and Guidelines for Insolvency Office Holders in Europe* (2014); *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles* (2015) (также содержит *EU Cross-Border Insolvency Court-to-Court Communications Guidelines* (2015); *Nordic-Baltic Network, Nordic-Baltic Recommendations on Insolvency Law* (Швеция: Wolters Kluwer, 2016).

<sup>4</sup> См.: Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue in Europe: T. I: National Reports and International Recommendations*.

из всех национальных докладов (обзоры законодательства со стороны национальных корреспондентов), а также на отчете о международных рекомендациях от организаций, устанавливающих стандарты, — первые два результата проекта были опубликованы в 2017 г. Дополнительные мнения, основанные на законах, изученных докладчиками, представлены в отчете ИЕП от 28 февраля 2017 г.

41. Кроме того, докладчики изучили национальные законы и сравнительные исследования почти всех государств — членов ЕС, в том числе государств Северного и Восточного регионов Европы, которые отсутствуют в национальных докладах. К счастью, в последнее время появилось значительное количество литературы, предлагающей детальный анализ национального законодательства о несостоятельности по всей Европе. Таким образом, относительно слабое присутствие в Своде национальных докладов государств — членов ЕС в Центральной и Юго-Восточной Европе и в странах Северной Европы было компенсировано дальнейшим изучением общих обзоров национального законодательства о несостоятельности (особенно тех, которые были сосредоточены на режимах реструктуризации) государств-членов Центрально-Восточной Европы<sup>1</sup> или Северной Европы<sup>2</sup>. В 2015 г. был

---

<sup>1</sup> См.: Томас Jungreithm, EPH, Ulla Reish, Gerhard Schilcher, Christian Grininger, *Handbuch Insolvenzrecht — Osteuropa* (Vienna: Linde Verlag, 2012) (в том числе и Россия, Сербия и Украина); Hammerl Christin, Hönig Christian. *Insolvency and Restructuring Law in Central & Eastern Europe* (Vienna: Linde Verlag, 2014) (в том числе Албания, Босния и Герцеговина, Косово, Сербия и Украина); Christoph Paulus, Stathis Potamitis, Alexander Rokas and Ignatio Tirado, *Insolvency Law as a Main Pillar of Market Economy, A Critical Assessment of the Greek Insolvency Law* 24 *International Insolvency Review* 2015. Общий вывод последних авторов (идея, лежащая в основе недавних глобальных реформ, заключается в том, что сохранение жизнеспособности бизнеса должника может быть лучшим (а иногда и единственным) способом предоставления кредиторам шанса на удовлетворение, что поддерживается Confortini. См.: Valeria Confortini, *Privatautonomie and Corporate Reorganisations: Legal Treatment of Shareholders under Insolvenzordnung and Italian Insolvency Law*, *International Insolvency Law Review*.1/2016. P. 6—19.

<sup>2</sup> См.: Erik Hellström, *Nordic/Baltic company reorganisation law — a comparative report* (Uppsala: Iustus Förlag, 2013). Автор считает, что ликвидационные процедуры в правовых системах Северной Европы исторически разрабатывались в тесном сотрудничестве и поэтому весьма схожи. Однако законодательства о несостоятельности в Балтийских государствах развивались в большей изоляции друг от друга. С целью согласования ряда общих принципов законодательства о несостоятельности была создана сеть по вопросам несостоятельности стран Северной Европы и Балтики и для усиления влияния стран Северной Европы (включая Норвегию и Данию) и Балтики в международном процессе гармонизации законодательства о несостоятельности. Упомянутая книга послужила основой для компиляции национальных систем и сравнения, что привело к созданию: Nordic-Baltic Insolvency Network, Nordic-Baltic Recommendations

опубликован еще один подробный Обзор реструктуризации срочных корпоративных долгов (*expedited corporate debt*) во всех странах – членах ЕС<sup>1</sup>. Кроме того, были опубликованы подробные исследования по отдельным темам в национальном законодательстве примерно 20 юрисдикций (включая девять государств – членов ЕС), касающиеся открытия производства, договорного режима несостоятельности, а также касающиеся приоритетов и очередности требований<sup>2</sup>. Эти публикации были предметом изучения и сравнительно-правового анализа на языках, которыми владеют докладчики (голландский, английский, немецкий и отчасти французский языки)<sup>3</sup>.

42. Мы также рассмотрели имеющиеся свидетельства повседневной работы в практике оздоровления бизнеса и приняли к сведению со-

---

on Insolvency Law (Швеция: Wolters Kluwer, 2016) (доступно на: <http://www.scll.se/wp-content/uploads/2017/04/Nordic-Baltic-Recommendations-Final-Version-bok-rotated.pdf>).

<sup>1</sup> См.: Rodrigo Olivares-Caminal (ed.), *Expedited Corporate Debt Restructuring in the EU* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

<sup>2</sup> См.: Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn and Thomas Richter (eds.). *Commencement of Insolvency Proceedings* (Oxford International and Comparative Insolvency Law Series, Oxford University Press, 2012); Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn and Kathleen van der Linde (eds.). *Treatment of Contracts in Insolvency* (Oxford International and Comparative Insolvency Law Series. Oxford University Press, 2013); Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn, Thomas Richter and Ignacio Tirado, *Ranking and Priority of Creditors* (Oxford International and Comparative Insolvency Law Series. Oxford University Press, 2016).

<sup>3</sup> См.: Axel Flessner, *Insolvenzverfahren ohne Insolvenz. Vorteile und Nachteile eines vorinsolvenzlichen Reorganisationsverfahren nach französischem Vorbild* KTS 2010, 127, ect.; *Madaus Stephan*. *Der Insolvenzplan* (Jus Privatum. Beiträge zum Privatrecht, Band 157. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011) (гл. II и German ESUG law); Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, 2012); R.D. Vriesendorp and R. van den Sigtenhorst, *Herstructureringen in de modern financieringspraktijk: Nederland vs. de V.S.* Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht 2013-2. S. 94–102; Andrea Brown, *Die vorinsolvenzliche Sanierung von Unternehmen. Ein Vorschlag für ein neues Restrukturierungsverfahren unter Berücksichtigung der englischen Arrangements* (Schriften zur Restrukturierung, Band 8, Diss. Univ. Erlangen, Baden-Baden: Nomos, 2015); Jochem Hummelen, *Dynamics Distress. An efficiency assessment of Dutch Bankruptcy Law* (The Hague: Eleven International Publishing, 2015); Gerry McCormack, Andrew Keay and Sarah Brown (eds.). *European Insolvency Law: Reform and Harmonisation* (Edward Elgar Publishing, 2016); Sax Stefan, and Artur M. Swierczok, *Das englische Scheme of Arrangement – ein taugliches Sanierungsinstrument für deutsche Unternehmen!* (ZIP 41/2016, 1945, ect.); part of a discussion with Hoffmann and Giancrisofano (ZIP 2016/28, 1151, ect., ZIP 41/2016, 1951); Bo Xie, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue* (Edward Elgar Publishing, 2016); N.W.A. Tollenaar, *Het pre-insolventieakkoord. Grondslagen en raamwerk* (PhD Groningen, 2016).

ображения, которые считаются важными для проведения успешной реструктуризации. В этом отношении Отчет особенно обогатился благодаря сообщениям о реальных случаях реструктуризации<sup>1</sup>.

### 3.2.2. Презентации и дискуссии

43. С самого начала докладчики придерживались открытого, инклюзивного подхода, т.е. они обсуждали проекты между собой, а также искали идеи, мнения и подтвержденные успешные случаи реструктуризации при подготовке своего доклада:

– Ежегодная конференция ИЕП: и встреча Консультативного комитета, сентябрь 2014, Загреб (Хорватия);

– Ежегодная конференция ИЕП: заседание (включая докладчиков, профессора Пола Оберхаммера (Вена) и Стефана Тейлора, международного специалиста по вопросам несостоятельности) и совещание Консультативного комитета, сентябрь 2015 г., Вена (Австрия);

– Ежегодная конференция ИЕП, обсуждения на форумах (включая докладчиков Арно Метцлера, профессора Хайнца Валлендера и профессора Маттиаса Сторме, сентябрь 2016 г., Феррара (Италия).

44. После непубличной дискуссии с национальными корреспондентами в Вене (март 2015) по проекту ИЕП об оздоровлении бизнеса в июне 2015 г. на 16-м коллоквиуме IEEI (Лиссабон, Португалия) был представлен и обсужден ряд его тем. На более поздних стадиях проекта: – Конференция по реорганизации Arbeitskreis, Sanierung, Insolvenz, ноябрь 2015, Нюрнберг (Германия);

– Телефонная конференция с представителями Совета адвокатов и юридических обществ Европы (ССВЕ), ноябрь 2015 г.;

– Первая Люструмская конференция Института корпоративного права, управления и инновационной политики (ICGI), ноябрь 2015 г., Маастрихт (Нидерланды);

---

<sup>1</sup> См.: Christopher Mallon and Shai Y. Waisman, *The Law and Practice of Restructuring in the UK and US* (Oxford University Press, 2011); Frank Richter, Christian Timmreck (eds.), *Effizientes Sanierungsmanagement – Krisenunternehmen zielgerichtet und konsequent restrukturieren* (Stuttgart: Schäffer-Poeschel, 2013); Kon Asimacopoulos and Justin Bickle (eds.), *European Debt Restructuring Handbook. Leading Case Studies from the Post-Lehman Cycle* (London: Globe Law and Business, 2013); Andrea K. Buth, Michael Hermanns, *Restrukturierung, Sanierung, Insolvenz Handbuch* (4th ed. München: Verlag C.H. Beck, 2014); Christopher Mallon (ed.), *The Restructuring Review* (7th ed. London: Law Business Research, 2014); Lana Ashby, *The Enigma of 21<sup>st</sup> century corporate restructuring: successes and failures (ten steps best-practice framework)*, 9 *Insolvency and Restructuring International*, September 2015. S. 9, ect.

– 3-й научно-исследовательский семинар по оздоровлению и несостоятельности, дискуссии с иностранными студентами, декабрь 2015 г., Лейден (Нидерланды);

– Стокгольмский центр коммерческого права – конференция ИЕП по Скандинаво-Балтийским руководящим принципам в области законодательства о несостоятельности, февраль 2016 г., Стокгольм (Швеция);

– Международный коллоквиум в Католическом университете Лилля, март 2016 г., Лилль (Франция);

– 17-й Международный коллоквиум IEEI, июнь 2016 г., Чикаго (США);

– Конференция по сближению систем несостоятельности в рамках Европейского союза, июль 2016 г., Брюссель (Бельгия);

– Международный академический коллоквиум INSOL, июль 2016 г., Лондон (Великобритания);

– Европейский академический форум INSOL, сентябрь 2016 г., Лиссабон (Португалия);

– Колледж в Куфштейне, Институт трансграничной реструктуризации;

– Международный реструктуризационный симпозиум, октябрь 2016 г., Куфштейн (Австрия);

– Конференция ИЕП об оздоровлении бизнеса, организованная ИЕП и Лейденским университетом, 16 и 17 ноября 2016 г., Лейден (Нидерланды) (для обсуждения с национальными корреспондентами и европейскими судьями по делам о несостоятельности);

– 4-й Научно-исследовательский семинар по оздоровлению и несостоятельности бизнеса, дискуссии с иностранными студентами, декабрь 2016 г., Лейден (Нидерланды);

## **4. Отчет**

### **4.1. Цели**

45. Итоговый настоящий Отчет (ИЕП об оздоровлении бизнеса)<sup>1</sup> предназначен для оказания помощи вовлеченным в процесс правовой реформы и установления стандартов для «мягкого права» в контексте оздоровления бизнеса (рассматриваемая группа включает государства – члены ЕС, ассоциации практиков, таких как должностные лица

---

<sup>1</sup> Этот Отчет был представлен ИЕП для обсуждения и утверждения 28.03.2017.

по вопросам несостоятельности, бухгалтеры, юристы и консультанты по вопросам банкротства, а также судьи). Конечно, предложения в Отчете ИЕП об оздоровлении бизнеса не претендуют на то, чтобы быть обязательными инструментами гармонизации, поскольку государства – члены ЕС или другие заинтересованные стороны, очевидно, не обязаны следовать им. Однако темы, рассматриваемые в настоящем Докладе, призваны представить инструмент для улучшения работы в ЕС, разработанный в духе обеспечения согласованной, динамичной и гибкой европейской законодательной базы для оздоровления бизнеса. Адресатам Доклада предлагается рассматривать эти предложения в качестве набора инструментов для оценки эффективности, действенности и пригодности их нынешней системы правил или их текущих законодательных проектов. Очевидно, что наши предложения допускают возможность того, чтобы любая конкретная инициатива по реформированию была бы адаптирована к локальному контексту или согласовывалась бы с определенными тенденциями региональной конвергенции.

46. При неоднозначности «гибридного» или «добанкротного» производства ясно, что судебное производство в целом будет гарантировать эффективное производство, в рамках которого будут защищены интересы всех заинтересованных сторон. Однако преимущества таких процедур менее очевидны, если вообще принимаются во внимание при их сравнении с договорным методом оздоровления бизнеса. Последнее иногда называют «внесудебной реструктуризацией», обычно описываемой как частное, договорное урегулирование отношений между кредитором и должником. Общие преимущества внесудебной реструктуризации заключаются в том, что (i) внесудебная реструктуризация является более эффективной, чем судебное производство; (ii) в соглашениях о реструктуризации, заключаемых до подачи ходатайства, должна быть отражена хорошо продуманная идея осуществления реорганизации; (iii) снижаются административные затраты и расходы на оплату профессиональных услуг (в зависимости от навыков ведения переговоров); (iv) усиление управленческого контроля в результате реструктуризации; (v) уменьшение количества негативных отзывов в отношении бизнеса; (vi) сохранение функционирования бизнеса. Недостатки могут быть обобщены следующим образом (если только эти вопросы не рассматриваются в конкретных договорных положениях):

А. Отсутствие автоматического приостановления принудительного исполнения;

В. Отсутствие влияния кредиторов и недостаточная прозрачность для них;

С. Отсутствие какого-либо метода или возможности возложить обязанность на несогласных кредиторов;

Д. Отсутствие возможности в одностороннем порядке прекращать (отклонять) длящиеся договоры;

Е. Отсутствие возможности аннулировать предбанкротные («недобросовестные») транзакции.

В Докладе мы анализируем эти недостатки и формулируем рекомендации для их уменьшения или даже для превращения их в преимущество, т.е. чтобы заставить их функционировать с пользой для успешного достижения цели поддержания жизнеспособности бизнеса.

#### **4.2. Оказание содействия усилиям по гармонизации**

47. В п. 11 Рекомендации от марта 2014 г. сказано: «...необходимо поощрять большую согласованность между национальными системами несостоятельности, чтобы уменьшить расхождения и неэффективность, которые препятствуют скорейшей реструктуризации жизнеспособных компаний, испытывающих финансовые трудности, а также поощрять возможности второго шанса для честных предпринимателей, тем самым снизив стоимость реструктуризации как для должников, так и для кредиторов. Большая согласованность и повышение эффективности этих национальных правил о несостоятельности позволили бы максимизировать отдачу для всех типов кредиторов и инвесторов и стимулировать трансграничные инвестиции. Большая согласованность действий будет также способствовать реструктуризации групп компаний независимо от того, где члены группы находятся в ЕС». Сознательный процесс поиска такой «согласованности» можно было бы описать как «гармонизацию». Действительно, в проекте Директивы о реструктуризации (2016), опубликованном в ноябре 2016 г., термин «гармонизация» используется шесть раз, включая следующую политическую цель: «...таким образом, более высокая степень гармонизации в законодательстве о несостоятельности имеет важное значение для хорошо функционирующего единого рынка и для подлинного Союза рынков капитала». Именно поэтому данный вопрос уже давно вызывает немалый интерес на уровне ЕС<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Пояснительная записка. С. 2.

48. Однако следует иметь в виду, что было выявлено несколько препятствий для гармонизации национального законодательства о несостоятельности<sup>1</sup>. Они касаются, в частности, (i) представления о том, что гармонизация приводит к утрате национальных особенностей законодательства о несостоятельности, (ii) что она приведет к потере возможностей, связанных с регулярной конкуренцией между правовыми порядками для совершенствования правовых систем, в которых (a) правовые порядки могут учиться друг у друга, (b) также отдельные государства столкнутся с резким замедлением процесса внесения поправок в законодательство и (c) замедлением процесса его адаптации из-за необходимости поддержания соответствия законодательства с гармонизированной нормой, но также и с тем, что (iii) социальная политика, культурные проявления или политическая идеология, которые лежат в основе различных норм, например, касающихся защиты обеспеченных прав, прав работников или национальных систем приоритетов, могут не допускать гармонизацию, или (iv) гармонизированные правила будут чрезвычайно трудно реализовать, учитывая тот факт, что несостоятельность, как правило, является неотъемлемой частью системы частного (коммерческого и договорного) права<sup>2</sup>. Однако не все из этих аргументов одинаково

---

<sup>1</sup> См.: Ian F Fletcher and Bob Wessels, *Harmonisation of Insolvency Law in Europe*, Reports presented to the Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht (Netherlands Association of Civil Law) (Deventer: Kluwer, 2012). P. 49 et. Generally on legal culture (см. Peter Mankowski, *Rechtskultur, Beiträge zum ausländischen und Internationalen Privatrecht* (Mohr Siebeck 2016)) and on cultural differences to overcome in a cross-border workout (см. Allan Nakan, Paul Jr. Keenan, Jean Baron and Rodrigo Callejas, *Cultural Matters in Fashioning a Cross-Border Workout*, *Annual Review of Insolvency Law*, 2012 (доступно на: <http://www.scribd.com/doc/188819174/Restructuring-Culture-Paper>)).

<sup>2</sup> См.: Jennifer L.L. Gant, *The impact of social policy on cross-border insolvency*, *eurofenix Autumn*, 2014. P. 32–33; Michael A. Horn, *Die Anforderungen an die Arbeitnehmer in der insolvenzbedingten Unternehmenssanierung* (Nomos Universitätsschriften – Recht, Band 846. Baden-Baden: Nomos, 2014); Irene Lynch Fannon, *Comparative Corporate Law Theory and Harmonisation of EU Insolvency Law: Understanding the Impact of Path Dependency* in Michael Veder and Paul Omar (eds.), *Teaching and Research in International Insolvency Law: Challenges and Opportunities* (Nottingham: INSOL Europe & NACIL, 2015). P. 43–57; Paul Omar, *Modern prospects for European insolvency law harmonisation*, *Global Law and Business*, 15 September 2015 (<http://globelawandbusiness.com/blog/modern-prospects-for-european-insolvency-law-harmonisation>); Paul Wright, *Challenges to the Harmonisation of Business Law: Domestic and Cross-border Insolvency*, 2015 (<https://ssrn.com/abstract=2658230>); Jennifer L.L. Gant, *Convergence of Social Policy, 'Employment and Labour: The European Equation'*, 2016 4(2) NIBLeJ 11; Jennifer L.L. Gant, *Balancing the Protection of Business and Employment in Insolvency. An Anglo-French Perspective* (European and International Insolvency Law Studies (EILS) (T. 4). The Hague: Eleven International Publishing, 2017).

убедительны<sup>1</sup>. Кроме того, (i) мы утверждаем, что «процессуальные вопросы» исторически были тесно связаны с особенностями государства, однако в случаях, связанных с реструктуризацией бизнеса и делами о несостоятельности, в которых эффективное управление является необходимым условием и в которых полностью соблюдается принцип равенства сторон, не все процедурные обыкновения имеют смысл. Кроме того, рационализация процессуальных особенностей, как представляется, в целом предполагает продвижение правил «единого игрового поля» (level playing field) для функционирования и конкуренции бизнесов, находящихся в бедственном положении. Второй предполагаемый недостаток (ii) аргумент о «лучшем национальном праве» как результате регулярной конкуренции не исключает возможности того, что гармонизация приведет к лучшим результатам (при условии, что можно сформулировать, что значит «лучшим»). Третий аргумент (iii), по-видимому, сосредоточен исключительно на («жестком») праве и упускает из виду тот факт, что спасательные решения могут быть достигнуты путем переговоров со всеми заинтересованными сторонами и что правовые нормы, касающиеся бизнеса, находящегося в финансовом кризисе, также могут быть разработаны более гибким образом, допуская судебную (или кредиторскую) свободу действовать в области, где вряд ли существует одно-единственное решение и где зачастую спор возникает только в отношении «частных денег». Последний пункт (iv), несостоятельность как часть системы частного права, не имеет большого значения, так как своевременная реструктуризация наиболее благоприятна для кредиторов и иных заинтересованных лиц, а также для экономики в целом.

49. Возможное решение проблем, связанных с гармонизацией, заключается в том, чтобы сознательно стремиться к сохранению гибкости в разработке правовых норм и (или) процессов их имплементации, обеспечивая в то же время, насколько это возможно, одинаковое отношение к ситуациям в сопоставимых обстоятельствах. В связи с этим могут быть полезны и другие инструменты, например: мнение Европейской комиссии, адресованное определенной аудитории, правила «мягкого права» с инструкцией «соблюдать или объяснять» или без нее, поощрение форм саморегулирования или призыв к дальнейшему изучению определенной темы или практики и т.д.

---

<sup>1</sup> Некоторые из приведенных аргументов были критически рассмотрены Ian F. Fletcher and Bob Wessels в докладе «Harmonisation of Insolvency Law in Europe», представленном нидерландской Ассоциацией гражданского права Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht (Deventer: Kluwer, 2012).

50. Имея в виду приверженность Европейской комиссии к более эффективной законодательной технике<sup>1</sup>, предложения Отчета сформулированы как можно более понятно, ясно и последовательно. Тем не менее наши Рекомендации не предназначены для чрезмерного предписания по достижению конкретных результатов, учитывая необходимость коммерческой гибкости и признания того факта, что стороны будут совершать сделки под влиянием законодательства о несостоятельности. В определенных обстоятельствах национальное законодательство может включить положение (если оно еще не включено) для имплементации некоторых наших Рекомендаций на уровне подзаконных актов, правил процессуальной практики или информационных писем, которые легче актуализировать, чем «традиционное» законодательство, или которые были бы более адаптивны к определенным (специальным) ситуациям по сравнению с национальным законодательством. Аналогичный механизм можно предложить в части «наделения полномочиями» комитета кредиторов для разрешения определенных задач.

### 4.3. Структура Отчета

51. С юридической точки зрения докладчики предпочли изложить свои предложения в виде пронумерованных рекомендаций. Во многих случаях адресаты четко понимают из текста характер той или иной конкретной рекомендации. Адресатами, как правило, являются государства-члены, профессиональные органы (например, практикующие специалисты по вопросам несостоятельности или судьи) и (или) Европейская комиссия.

Предложения докладчиков по своему существу представляют собой свод правил для всех видов оздоровления бизнеса (включая варианты оздоровления в ходе внесудебной реструктуризации, предварительного производства по делу о несостоятельности и производства по делу о несостоятельности), выведенных из изучения, исследования и обсуждения целей таких процедур, интересов, которые ставятся на карту, и интересов, которые должны быть защищены, а также требований к обеспечению прозрачности процесса для всех участвующих сторон. Таким образом, наше исследование охватывает вопросы договорного права, корпоративного права, трудового права, вопросы обеспечи-

---

<sup>1</sup> См.: The Regulatory Fitness and Performance Programme (REFIT) ([http://ec.europa.eu/smart-regulation/better\\_regulation/documents/com\\_2015\\_215\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_en.pdf)).

тельных прав, в некоторых случаях дополняемых судебным участием (вовлечение в эти области было сведено к минимуму)<sup>1</sup>. Однако наше исследование не фокусируется на так называемых мерах поддержки<sup>2</sup>.

#### 4.4. Теоретические основы Отчета

52. Докладчики стремились добиться того, чтобы эффективный режим несостоятельности стал ключевым компонентом внутреннего рынка, свободной рыночной экономики, которая ценит предпринимательство и конкуренцию. В то же время он был признан важным инструментом для преодоления последствий глобального финансового кризиса, который затронул большую часть бизнеса и секторов экономики. Тем не менее даже в тех случаях, когда законодательство о реструктуризации и несостоятельности предусматривает меры по оздоровлению бизнеса, все равно необходимо будет тщательно сбалансировать интересы всех сторон: должника, его кредиторов, его членов или акционеров с учетом обширных интересов общества и экономики в целом. В последние годы в Европе было проведено несколько важных законодательных реформ как на национальном, так и на общеевропейском уровне. Ключевым компонентом этих реформ, отражающих общемировую тенденцию<sup>3</sup>, является стимулирование реструктуризации бизнеса, от (начинающих) средних и малых организаций до многонациональных компаний, с уделением все большего внимания частным (внесудебным) процедурам или (судебным) процедурам реорганизации, подчеркивающим смысл сохранения функ-

<sup>1</sup> Мы исключили исследования в таких областях, как (международное) налоговое право, например, переквалификация акционерных займов, финансирование на расстоянии вытянутой руки (т.е. между лицами, не имеющими связи друг с другом, за исключением непосредственно сделки финансирования). Мы также исключили вопросы антимонопольного права, в том числе правил оказания государственной помощи.

<sup>2</sup> См.: Jean-Charles Bricongne, Maria Demertzis, Peter Pontuch and Alessandro Turrini, 'Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective', European Economy Discussion Paper 032, June 2016 ([http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/eedp/pdf/dp032\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eedp/pdf/dp032_en.pdf)). Авторы заявляют, что роль национальных органов власти является двойной: i) они должны обеспечить наличие эффективной системы несостоятельности и адаптировать там, где это необходимо, как свои правовые, так и институциональные элементы к масштабам проблем, и (ii) им необходимо проводить политику поддержки и поощрения использования систем несостоятельности частными лицами (например, таких систем, как рекапитализация банков, механизмы раннего предупреждения, налоговые стимулы и меры социальной политики).

<sup>3</sup> См. призыв к реформированию гл. 11 Кодекса США о банкротстве. Аналогичные тенденции наблюдаются в Австралии, Японии и Индии.

ционирования бизнеса в интересах сообщества кредиторов, а также других заинтересованных лиц<sup>1</sup>.

53. Исходя из общетеоретических исследований, отражающих его историческое происхождение и ожидаемое развитие в будущем в течение последнего десятилетия, в европейском национальном законодательстве о несостоятельности произошел сдвиг парадигмы. Иначе говоря, цель законодательства о несостоятельности и его регулирования сместилась (i) от максимальной защиты исключительно интересов кредиторов к предоставлению возможностей для реабилитации должника и восстановления его бизнеса (увеличилась группа заинтересованных сторон); (ii) от рассмотрения процедур несостоятельности как производства по ликвидации бизнеса к признанию производства по делу о несостоятельности как возможности для потенциального оздоровления бизнеса («инструментализация» законодательства о несостоятельности); (iii) от рассмотрения несостоятельности в качестве провала бизнеса к воззрению на несостоятельность как на предпринимательский риск; (iv) от формально-правового процессуального подхода к открытости для гибкого и прагматичного выбора («деформализации», иногда «контрактуализации» несостоятельности, включая отказ от участия судов), к разработке отдельного свода законов об оздоровлении бизнеса при несостоятельности. Утверждается, что этот закон действительно может способствовать реструктуризации экономики и распределению активов внутри частного сектора<sup>2</sup>. В то

<sup>1</sup> В отдельных случаях реальная проблема (при попытке оздоровления бизнеса) заключается в восстановлении доверия между всеми вовлеченными сторонами. Законодательство и финансовая реструктуризация должны рассматриваться только как средства достижения этой цели. См. Jan Adriaanse, *The Uneasy Case for Bankruptcy Legislation and Business Rescue*, 2014 2 NIBLeJ 8.

<sup>2</sup> Мы можем только перечислить некоторые из этих исследований: Bob Wessels, *Europe Deserves A New Approach To Insolvency Proceedings* in A. Bruyneel & Jean-Pierre Buyle, *Bicentenaire du Code de Commerce – Tweehonderd jaar Wetboek van Koophandel* (uitg. Larcier, Brussel, 2007), 267 (also published in 4 *European Company Law*, December 2007. P. 253–258); H. Cousy, *Naar een nieuwe visie of het insolventierecht* in H. Braeckmans, H. Cousy, E. Dirix, B. Tillemans en M. Vanmeenen (eds.). *Curatoren en Vereffenaars: Actuele Ontwikkelingen II* (Antwerpen-Oxford: intersentia 2010). P. 2–19; Finch Vanessa, *Corporate rescue: Who is Interested?'*, *Journal of Business Law* 2012, Issue 3, 190 et seq.; Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, 2012) (Chapter 2 'Practical considerations'); Thomas H. Jackson and Davis A. Skeel, *Bankruptcy and Economic Recovery*, ILE Research Paper No. 13–27 (<http://ssrn.com/abstract=2306138>); Oscar Couwenberg and Stephen J. Lubben, *Essential Corporate and Bankruptcy Law*, Seton Hall Public Law Research Paper No. 2238613, 2013 (<http://ssrn.com/abstract=2238613>); Eric Dirix, *Het insolventierecht anno 2014* in H. Braeckmans, E. Dirix, M.E. Storme, B. Tillemans en M. Vanmeenen (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III* (Antwerpen – Cam-

время как докладчики с пиететом относятся к разнообразию различных нормативных теорий, направленных на разъяснение основ несостоятельности в контексте соответствующей системы реструктуризации, корпоративного права, мы не основываем свой анализ на конкретной теоретической концепции. Вместо этого мы будем говорить о влиянии противоречащих друг другу идей всякий раз, когда они имеют значение для оценки практики или правовых норм, например, при определении роли акционеров в голосовании по плану реструктуризации.

54. Заглядывая вперед, сообщаем, что темы, проанализированные и рекомендованные в этом Отчете ИЕП о спасении бизнеса, содержат некоторые новые предложения. Однако мы считаем, что наши предложения логически вытекают из решений, описанных в предыдущих пунктах. Мы глубоко убеждены в том, что этот Отчет даст возможность сделать решающий шаг в эволюции европейского законодательства об оздоровлении бизнеса и несостоятельности.

---

bridge: Intersentia, 2014). P. 3–38; Sarah Paterson, Rethinking the Role of the Law of Corporate Distress in the Twenty-First Century, LSE Law, Society and Economy Working Papers 27/2014 ([www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm](http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm); Horst Eidenmüller); Strategische Insolvenz: Möglichkeiten, Grenzen, Rechtsvergleichung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht ZIP 2014. S. 1197–1205; Adebola Bolanle, A Few Shades of Rescue: Towards an Understanding of the Corporate Rescue Concept in England and Wales' 2014 (<https://ssrn.com/abstract=2524488>); Christoph Paulus, § 1 InsO und sein Insolvenzmodell, Neue Zeitschrift für Insolvenz- und Sanierungsrecht (NZI) 2015. P. 1001–1006; Stephan Madaus, Schulden, Entschuldung, Jubeljahre – vom Wandel der Funktion des Insolvenzrechts, Juristenzeitung 2016. P. 548–556.

## ГЛАВА 1

### УЧАСТНИКИ И УСТРОЙСТВО ПРОЦЕДУРЫ

#### 1.1. Участники процедуры реструктуризации и несостоятельности

55. Глава регулирует процедурные основы реструктуризации и несостоятельности. Она начинается с определения ролей основных действующих лиц в таких процессах и разбирательствах (п. 55 и далее), а затем излагаются условия внесудебного урегулирования и вспомогательных институтов (п. 224 и далее), условия формальной реструктуризации и производства по делу о несостоятельности (п. 264 и след.), а также вопросы завершения неудавшихся попыток спасения бизнеса, включая их преобразование в другую процедуру (п. 318 и след.).

56. В 2012 г., подтверждая свою приверженность руководству в работе принципом верховенства права как «основы дружественных и справедливых отношений между государствами и основами, на которых строится справедливое и честное общество», Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций признала «важность справедливых, стабильных и предсказуемых правовых рамок для обеспечения широкого, устойчивого и справедливого развития, экономического роста и занятости, привлечения инвестиций и содействия предпринимательству...»<sup>1</sup>. Очевидно, что в дополнение к сбалансированному и предсказуемому закону о реструктуризации и несостоятельности в области реструктуризации и несостоятельности первостепенное значение играют роли всех вовлеченных сторон, в том числе таких правоприменителей, как суды и банкротные юристы.

57. В литературе широко признается, что качественные характеристики основных участников дела имеют первостепенное значение. В частности, бельгийский автор, профессор Дирикс писал: «Качество любого законодательства о несостоятельности зависит от уровня правоприменителей: их правовой квалификации, их взаимодействия и их эффективности. Ни один правовой порядок не является

---

<sup>1</sup> См.: Декларация Совещания на высоком уровне Генеральной Ассамблеи по вопросам верховенства права на национальном и международном уровнях, 67-я сессия, А / RES / 67/1, 24.09.2012, п. 8, где добавляется «...и в этой связи мы высоко оцениваем работу Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в деле модернизации и согласования права международной торговли».

совершенным с точки зрения законодательства о несостоятельности. Однако можно заметить, что в тех странах, где законодательство о несостоятельности действует должным образом, это главным образом обусловлено высоким уровнем его действующих лиц: судей, управляющих в деле о несостоятельности и ликвидаторов...»<sup>1</sup>. Также упоминается профессор Вестбрук из Остина (Техас): «В области несостоятельности есть два участника, чья честность и опыт являются центральными для функционирования системы несостоятельности: судьи и управляющие»<sup>2</sup>. Флетчер (Англия) и Весселс (Нидерланды) утверждают, что в каждом отдельном случае должна быть обеспечена структура, под которой эти авторы подразумевают «систему управления несостоятельностью в стране в каждом отдельном случае (распределение функций между судами и ликвидаторами, включая правовые и оперативные отношения между ними на основе закона и дополнительных нормативных актов) также институциональная система страны, связанная с требованиями для выполнения функций этих субъектов, в том числе профессиональных и этических правил, которые применяются к ним».

58. Международные агентства по разработке и установлению стандартов подчеркивают важность квалифицированных специалистов (см., например: Всемирный банк<sup>3</sup>, Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ<sup>4</sup> и Европейский банк реконструкции и развития (ЕБРР))<sup>5</sup>.

59. В 2014 г. ЕБРР еще раз подтвердил важность функционирования системы несостоятельности и реструктуризации для предприятий, испытывающих финансовые трудности, и для стран с переходной экономикой. В отчете об оценке говорится: «Надежная законодательная

<sup>1</sup> См.: Dirix E., *Het insolventierecht anno 2014* // H. Braekmans, E. Dirix, M.E. Storme, B. Tilleman en M. Vanmeenen (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen III* (Антверпен; Кембридж: Intersentia, 2014). P. 3–38.

<sup>2</sup> Jay Lawrence Westbrook et al, *A Global View of Business Insolvency Systems* (The World Bank, Washington DC, 2010). P. C. 203.

<sup>3</sup> См.: Принципы Всемирного банка (2016); Боб Вессельс и Герт-Ян Бун, *Закон о трансграничной несостоятельности: международные инструменты и комментарии*. 2-е изд.; Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, п. 1.

<sup>4</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004); Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов: Часть третья: Оздоровление групповых предприятий при несостоятельности (2010); Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов: Часть четвертая: Обязательства директоров в период, предшествующий несостоятельности (2013).

<sup>5</sup> EBRD *ION Principles* (2007).

основа или свод законов, регулирующих несостоятельность, имеют основополагающее значение. Тем не менее для системы несостоятельности также требуются специалисты, обладающие специальными юридическими, финансовыми и коммерческими знаниями, которые способны выполнять различные задачи, связанные с управлением финансово проблемным или несостоятельным бизнесом. В число этих специалистов входят судьи, юристы, бухгалтеры и управляющие в деле о банкротстве, а также антикризисные управляющие – профессия, продолжающая свое развитие»<sup>1</sup>.

60. Кто устанавливает стандарты национальной системы законодательства о несостоятельности и специалистов, участвующих в применении этой системы? Оставляя в стороне конкретные европейские нормы<sup>2</sup>, государства-члены являются основным источником первичного законодательства о несостоятельности. Однако наши национальные доклады показывают, что процессуальные правила так же важны, как и материальное право. В некоторых государствах-членах процессуальные правила устанавливает суд, иногда после консультаций, например, с местными адвокатскими образованиями. Например, в Нидерландах процессуальные правила изложены в руководящих принципах, установленных неофициальной группой надзорных судей по делам о несостоятельности (действующих на национальном уровне), а также в подробных правилах судопроизводства, разработанных национальными консультациями с председателями гражданских депар-

---

<sup>1</sup> Оценка управляющего в деле о несостоятельности: Обзор профессии в регионе ЕБРР (2014) (<http://assessment.ebrd.com/insolvency-office-holder/2014/report.html>). В Отчете представлены результаты глубокого исследования должностных лиц по делам о несостоятельности, проведенного ЕБРР в 27 юрисдикциях. Оценка проводилась 2012–2014 гг. В исследование были включены следующие государства – члены ЕС: Латвия, Польша, Румыния, Болгария, Хорватия, Эстония, Венгрия, Латвия, Литва, Польша, Румыния, Словацкая Республика и Словения. Стремясь поддержать переходные страны Центральной и Восточной Европы и Средиземноморья к рыночной экономике, ЕБРР признал важность устойчивого законодательства о несостоятельности. Они полагают, что «современные системы несостоятельности и регулирование отношений «должник – кредитор» являются краеугольным камнем устойчивого экономического развития и являются предохранительным клапаном от финансовых сбоев». ЕБРР разработал два набора необязательных сводов принципов: Основные принципы Закона о несостоятельности (2004) и Принципы управляющего делами о несостоятельности (2007) (Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue in Europe*, Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация предстоит)).

<sup>2</sup> Например, Европейский регламент о процедурах несостоятельности (2015), основанный на ст. 81 Договора о функционировании Европейского союза (TFEU), и проект Директивы о реструктуризации (2016), основанный на ст. 53 и 114 TFEU.

таментов всех (одиннадцати) районных судов<sup>1</sup>. Нидерландские суды, за некоторым исключением, следуют этим необязательным правилам. Этот уровень единообразия, по-видимому, отсутствует в Бельгии, где председатель каждого коммерческого суда принимает решения относительно процессуальных норм в соответствующем округе. К сожалению, это влечет за собой различия между (девятью) округами в отношении производства по делу о несостоятельности. Кроме того, в Испании и Италии при рассмотрении дел о несостоятельности/производству по делу о несостоятельности конкретные и неформальные правила обычно неофициально устанавливаются каждым судом по делам о несостоятельности. Например, миланский суд регулярно устанавливает и обновляет правила, касающиеся назначения судебных комиссаров и других специалистов, работающих с судом, а также его расходы<sup>2</sup>.

61. В Англии и Уэльсе источником правового регулирования процедур несостоятельности является: (i) первичное законодательство, принятое парламентом Великобритании, в том числе Закон о компаниях 2006 г. (который регулирует варианты процедур) и Закон о несостоятельности 1986 г. (который регулируется процедурой добровольного урегулирования долгов и администраторами); (ii) Правила неплатежеспособности от 1986 г., которые подчиняются законодательству, принятому лордом-канцлером в соответствии со ст. 411 и 412 Закона о несостоятельности 1986 г. после консультаций с Комитетом по правилам несостоятельности, назначенным в соответствии с разд. 413 Закона о несостоятельности от 1986 г.<sup>3</sup>; (iii) общее право, посредством которого судьи разработали дополнительные правила, применимые к процедурам несостоятельности (например, к юрисдикции суда применяются определенные условия общего права (*sanction a scheme of arrangement* — санкционирование схемы мероприятий) в отношении

---

<sup>1</sup> *Recofa* (судьи по банкротству) и LOVC (национальная консультация президентов гражданского сектора). Такая национальная консультация проводится как на уровне первой инстанции, так и на уровне апелляции.

<sup>2</sup> С обновленными инструкциями Миланского суда можно ознакомиться по адресу: <http://www.ifallimento.it/wp-content/uploads/2010/10/tribunale-milano-circolare-4-2010.pdf>.

<sup>3</sup> Комитет по правилам несостоятельности является консультативным комитетом, в состав которого входят представители различных юридических и бухгалтерских профессий, которые добровольно предлагают свои услуги для рассмотрения предлагаемых поправок к Правилам о несостоятельности 1986 г. Эти Правила устареют с 6 апреля 2017 г., когда вступят в силу новые Правила неплатежеспособности 2016 г., заменив Правила несостоятельности 1986 г. Мы считали, что это не меняет наш общий анализ Правил как подзаконных актов.

иностранный компании); и (iv) руководящие указания или заявления о принципах, которые выходят за рамки законодательной базы и при этом устанавливают обязательные требования практики, которые параллельно применяются к лицензированным практикам несостоятельности<sup>1</sup>; и (v) Гражданские процессуальные правила и практические указания, изданные Министерством юстиции, которые составляют Процессуальный кодекс, регулирующий порядок рассмотрения дел в судах Англии и Уэльса<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Эти руководящие указания и заявления включают в себя (а) Кодекс этики несостоятельности, выпущенный Службой несостоятельности (исполнительный орган Департамента деловых инноваций и навыков, отвечающий за разрешение и регулирование профессиональной деятельности в сфере несостоятельности) и устанавливающий основополагающие принципы, которые должны регулировать поведение всех лицензированных специалистов по вопросам несостоятельности; и (б) Заявления о практике несостоятельности (SIP), выпущенные в соответствии с процедурами, согласованными между органами регулирования несостоятельности, действующими через Объединенный комитет по несостоятельности (JIC), которые устанавливают принципы и ключевые стандарты соответствия, которым должны соответствовать лицензированные практики несостоятельности. SIP кажется живым документом. Он периодически изменяется, следуя новому или желаемому развитию событий. В январе 2016 г. сообщалось, что JIC работает над обновлением SIP, а также Кодексом этики. Поскольку новые заявления в значительной степени основаны на принципах, а не на практике, было высказано предположение, что новое заявление будет озаглавлено «Заявления о принципах и практике несостоятельности» (SIPPs). См.: Philip Reynolds and Lee Manning, *Pre-packaged Sales in Administrations: Statement of Insolvency Practice 16 (SIP 16) in 13 International Corporate Practice 2016*, 1 et seq.; David Menzies, *What's ahead for the insolvency profession in 2016? ICAS 2016* (<https://www.icas.com/technical-resources/whats-ahead-for-the-insolvency-profession-in-2016>). Однако необходимо упомянуть критическую оценку системы саморегулирования, которая применяется в Великобритании, последнее приводит к утверждению, что профессиональные органы играют двойную роль в продвижении профессии и в то же время в ее регулировании, с небольшой эффективностью в продвижении самых высоких стандартов и защита заинтересованных сторон. Тем не менее реформы должны «значительно повысить общественное доверие к роли профессионального регулирования, играющего особую эффективную роль в их соответствующих возможностях» (см.: Bo Xie. *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue* (Edward Elgar Publishing 2016), 154 et seq. (см. с. 211)).

<sup>2</sup> Применимость этих источников в каждом случае зависит от характера рассматриваемой процедуры. Например, руководство для управляющих в делах о несостоятельности будет уместным только в тех случаях, когда в дело вовлечен управляющий в деле о несостоятельности. Как правило, служба неплатежеспособности отвечает за санкционирование и регулирование профессии несостоятельного персонала и предоставляет руководящие указания по вопросам несостоятельности в этом качестве. В других вопросах роль службы несостоятельности в спасении бизнеса довольно ограничена. Это может быть связано с другими государственными ведомствами или органами, например, в вопросах спасения авиакомпаний или в вопросах, касающихся окружающей среды или пенсий.

62. Чтобы разработать эффективный и действенный национальный закон о несостоятельности, в Рекомендации 7 для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004 г.) перечислено около 20 общих характеристик, которые следует учитывать. В Рекомендации 7 (а) – (с) предусмотрено, что в таком законе следует учитывать следующее:

а) выявление должников, которые могут быть привлечены к производству по делу о несостоятельности, включая тех должников, которым может потребоваться специальный режим несостоятельности;

б) определение момента, когда может быть начато производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть начато, стороны-инициатора и должны ли начальные критерии действовать в зависимости от инициирующей стороны;

с) степень, в которой должнику должно быть разрешено сохранить контроль над предприятием после начала производства по делу о несостоятельности или его смещение и назначено независимое лицо для надзора и управления должником, а также проводится различие между ликвидацией и реструктуризацией в этом отношении<sup>1</sup>.

63. Что касается Рекомендации 7 (а), то в отчете ЕЛІ нами акцентировано внимание на «спасении бизнеса», которое включает в себя как спасение должника (так, что само предприятие сохраняется), так и восстановление бизнеса должника на основании принципа непрерывности деятельности (независимо от того, продолжает ли бизнес свою деятельность в одной и той же организации). Это следует отличать от продажи активов должника по частям. Это не касается банковских и страховых организаций-должников и банкротства потребителей. К должникам относятся индивидуальные предприниматели и юридические лица.

64. Положения Рекомендации 7 (b) будут рассмотрены ниже (1.2–1.5).

65. Рекомендация 7 (с) служит введением для распределения ролей должника, «независимой стороны» (такой, как администратор или должностное лицо в деле о банкротстве) и (или) суда. Как правило,

---

<sup>1</sup> Рекомендация 112 добавляет: «112. В законодательстве о несостоятельности должна быть указана роль должника в продолжении деятельности предприятия во время производства по делу о несостоятельности. Могут быть использованы разные подходы, в том числе: [...]»

б) ограниченное перемещение, при котором должник может продолжать вести свою деятельность на ежедневной основе при условии контроля со стороны управляющего в деле о несостоятельности, и в этом случае следует определить разделение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности...».

формальные (реструктуризация и производство по делу о несостоятельности) разбирательства имеют два основных типа: разбирательства с ликвидационным или завершающим характером и (возможно) разбирательство, ориентированное на восстановление предприятия<sup>1</sup>. Принцип Сб.2 Принципов Всемирного банка (2016 г.) определяет три подхода к спасению: ориентированное на восстановление платежеспособности или реорганизационное производство, в котором выражено распределение ролей: «Сб.2 Обычно в процессе реструктуризации используются три предпочтительных подхода: (i) исключительный контроль над процессом возлагается на независимого управляющего в деле о несостоятельности; или (ii) обязанности по управлению остаются за исполнительными органами должника; или (iii) надзор за управлением осуществляется беспристрастным и независимым управляющим или должностным лицом в деле о несостоятельности. В соответствии со вторым и третьим подходами полная административная власть должна быть передана управляющему в деле о несостоятельности, если руководство окажется некомпетентным или небрежным или совершит мошенничество или другие неправомерные действия».

66. Как указано во Введении, пересмотр национальных законов многих стран ЕС демонстрирует несколько общих тенденций в судопроизводстве, которые преследуют общую цель спасения бизнеса компании. Продолжающиеся законодательные изменения в нескольких государствах-членах, вдохновленные Рекомендацией от марта 2014 г. или сами по себе, приведут к новым или возобновленным разбирательствам по делам о несостоятельности или предварительной несостоятельности. Основная парадигма заключается в смещении акцента на спасение бизнеса как в законодательстве, так и на практике, что означает, что традиционные роли (суда или должностного лица в деле о банкротстве) будут переходными. В своем функционировании эти участники будут отражать законодательные изменения и внесенные обновления. В дополнение к упомянутым лицам и органам в процессе (до) несостоятельности могут функционировать другие лица, например, назначенный судом медиатор или назначенный судом наблюдатель или — на ранней стадии общих финансовых проблем — антикризисный менеджер. Все эти участники реструктуризации и несостоятельности играют важную роль не только для надлежащего функционирования переговоров или эффективного управления процедурами в интересах кредиторов, а так-

<sup>1</sup> См. п. 1.2 в отношении процедурного оформления структуры реструктуризации и несостоятельности.

же других заинтересованных сторон, но также в защите гражданских прав и повышении общего благосостояния.

67. Европейский экономический и социальный комитет в 2014 г. опубликовал свое мнение о роли и будущем гуманитарных профессий в европейском гражданском обществе 2012<sup>1</sup>. ЕЭСК убежден в том, что особый общественный интерес к гуманитарным профессиям и связанные с ними требования к предоставляемым услугам должны быть защищены посредством обязательных профессиональных норм и различных общепризнанных этических стандартов для каждой профессии. Поэтому все государства-члены уже имеют минимальный уровень регулирования. В связи с этим ЕЭСК рекомендует, чтобы «все организации и ассоциации гуманитарной профессии имели кодексы поведения и этические стандарты, а также свои комиссии по профессиональной этике» (5.3). ЕЭСК продолжает подчеркивать, что «строгие этические требования к гуманитарным профессиям в будущем также должны быть гарантированы посредством практических руководств и четко определенных этических принципов. Это может включать как стандартизированные и подлежащие исполнению профессиональные нормы, так и кодексы профессиональной этики. Это повысит доверие потребителей» (6.3). В тех случаях, когда в процессе реструктуризации определенные роли могут предусматривать сильное влияние действующих лиц друг на друга, например, в тех государствах-членах, где непрерывной является работа медиатора, наблюдательного органа по делу о несостоятельности (отбор, назначение, контроль за работой, определение сборов) может зависеть от одного (местного) суда, основа для этих правил должна быть предусмотрена в первичном законе. Детали могут быть упорядочены в профессиональных правилах и (или) в кодексах поведения (путем саморегулирования профессиональными организациями).

68. В ЕС природа этих разбирательств недостаточно определенная. В 28 государствах-членах действует более 100 процедур неплатежеспособности<sup>2</sup>. Почти все они имеют свои собственные национальные уни-

<sup>1</sup> Мнение Европейского экономического и социального комитета (ЕЭСК) о роли и будущем гуманитарных профессий в европейском гражданском обществе, 2012, INT / 687, опубликовано 25.03.2014 (докладчик г-н Метцлер) ([www.eesc.europa.eu](http://www.eesc.europa.eu)). Согласно мнению г-н Метцлера, гуманитарная профессия включает в себя налоговых консультантов, консультантов по банкротству и медиаторов (см. п. 2.8). Г-н Метцлер принял участие в двухчасовой дискуссии о роли профессионалов в ежегодной конференции ELL в Ферраре (Италия) в сентябре 2016 г.

<sup>2</sup> См.: Приложение А к Постановлению о несостоятельности 848/2015 (EIR (2015)), которое предусматривает более 110 процедур неплатежеспособности в 27 связанных с ним государствах-членах. Дания не связана этим.

кальные наименования и различаются по целям и масштабам, а также по тому, кто может инициировать такие процедуры по их проведению, их прекращению, правам и обязанностям заинтересованных сторон, участвующих в каждом из этих разбирательств<sup>1</sup>. Кроме того, в рамках текущих законодательных изменений нескольких государств-членов, стимулированных Рекомендацией от марта 2014 г. или произведенных по собственному усмотрению, уже были или будут введены новые или возобновленные разбирательства по вопросам несостоятельности или предварительной несостоятельности. Кроме того, некоторые из этих разбирательств не перечислены в Приложении А ЕРПН (2015), такие как английская *Scheme of arrangement*<sup>2</sup>, во Франции *Mandat ad hoc and Conciliation*, в Италии *Concordato preventivo*, в Испании *Procedimiento de homologación de acuerdos de refinanciación*, или в Нидерландах то, что называется *pre-pack*<sup>3</sup>. В данном отчете мы должны ограничиться предоставлением общей информации о процедурах (до) банкротства и производства по делу о несостоятельности, включая его наиболее важных участников (или ролей участников), и контроле за ними.

69. Реформа посредством повышения значимости мер по спасению бизнеса проводится или проводилась не только в отношении процедур несостоятельности в государствах-членах. Также были внесены изменения (или планируются) относительно лиц, участвующих в этих разбирательствах. Традиционно во многих европейских странах при производстве по делу о несостоятельности к таким лицам или органам относятся: суд, управляющие в делах о несостоятельности и в некоторых странах надзорный судья, или в некоторых странах комитет кредиторов.<sup>4</sup> Очевидно, что отражая законодательные изменения

<sup>1</sup> В ст. 7 EIR (2015) («Применимое право») перечислены 13 тем, которые во многих случаях по-разному регулируются в государствах-членах.

<sup>2</sup> *Scheme of arrangement* подлежит надзору со стороны суда, который назначается в ходе двух судебных слушаний: одно для получения судебного решения о созыве соответствующего собрания по плану (разд. 896 Закона о компаниях Великобритании), а другое — для получения судебного решения, санкционирующего план (разд. 899 Закона о компаниях Великобритании).

<sup>3</sup> Упомянутые разбирательства могут подпадать под действие ст. 1 EIR (2015). То, что голландцы называют «пре-пакетом», — это процесс, предшествующий несостоятельности, сам по себе, и его не следует путать с его эквивалентом в Англии (см.: Stef Vullings. *The Dutch Pre-Pack: An Alternative on the Rise*. 4 (1) NIBLeJ 2016, 6).

<sup>4</sup> Из Принципа 7 (Отчетность и надзор) в соответствии с п. (b) Принципов МБ ЕБРР (2007) можно сделать вывод о том, что комитет кредиторов может выполнять надзорную роль: «Кредиторы, должник и другие лица, имеющие интерес в деле о несостоятельности (например, суд или регулирующий орган), имеют право регулярно

и обновления, такие участники также находятся на переходном этапе<sup>1</sup>. В дополнение к упомянутым лицам и органам, другие могут играть роль или функцию в предбанкротных или банкротных процедурах, в том числе назначенные судом медиаторы или назначенные судом наблюдательные органы или — на более ранней стадии общего процесса финансовых трудностей — антикризисный менеджер<sup>2</sup>.

70. Эта глава начинается с описания сторон, вовлеченных в реструктуризацию или несостоятельность (1.1). Это касается роли суда, в том числе надзорного судьи (1.1.1). Кроме того, будут обсуждаться

---

получать информацию о ходе дела и чтобы такая информация была релевантна. Лучше всего это можно сделать с помощью отчетов. Это также обеспечивает основу для контроля за работой управляющего и ходом дела о несостоятельности. Соответственно, закон должен предусматривать: (b) назначение в соответствующих случаях комитета кредиторов, которые могут «контролировать» работу управляющего. Это не должно поощрять вмешательство в выполнение работы должностного лица, скорее, должно дать возможность группе кредиторов рассмотреть ход и качество работы. Иногда это может быть достигнуто путем консультаций между должностным лицом и комитетом в отношении более важных вопросов, которые возникают. Комитет кредиторов будет уместным не во всех случаях. Факторы, которые необходимо учитывать при определении потребности, включают размер имущества по отношению к расходам комитета, количество кредиторов и т.д.» (см.: «Комитеты кредиторов». 4.4. Управляющая роль кредиторов (V квартал)).

<sup>1</sup> Для специалистов по несостоятельности с существующими квалификациями будет непросто изменить фокус и инвестировать в новые квалификации согласно Рольфу Лейтаусу (Auf ein Wort, NZI Heft 1-2 / 2016. P. V).

<sup>2</sup> В качестве приоритета реформы с экономической точки зрения (Jean-Charles Bricongne, Maria Demertzis, Peter Pontuchand, Alessandro Turrini, Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective, European Economy Discussion Paper 032, June 2016 ([http://ec.europa.eu/economy\\_finance/publications/eedp/pdf/dp032\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/economy_finance/publications/eedp/pdf/dp032_en.pdf) (с. 22 и далее))) утверждается, что «реформы могут быть направлены на укрепление институциональной основы для обеспечения эффективного функционирования процедур несостоятельности... различия в результатах систем несостоятельности могут быть весьма существенными по всему ЕС, что отражается, в частности, в значительных колебаниях показателей, касающихся коэффициентов взыскания, а также времени и затрат на урегулирование задолженности. Такие различия подразумевают, что в некоторых странах существуют возможности для повышения эффективности институциональных условий для несостоятельности. Реформы в этом отношении должны быть направлены, в частности, на расширение возможностей суда и создание специализированных судебных ресурсов по делам о несостоятельности... Необходимо повысить навыки судебных исполнителей. Их деятельность должна подлежать надзору и мониторингу, в то время как их вознаграждение должно быть направлено на усиление стимулов для быстрого решения. Параллельно следует улучшить качество и доступность информации о должниках (обязательствах, активах и доходах) таким образом, чтобы обеспечить надлежащее функционирование действующей системы несостоятельности».

два участника: назначенный судом медиатор (1.1.2) или назначенный судом наблюдательный орган (1.1.3)<sup>1</sup>.

71. В то время как участники обычно относятся к судебной сфере, в повседневной практике несостоятельности и спасения играют роль четыре доминирующих субъекта: банкротный управляющий (1.1.6), должник во владении (1.1.7) антикризисный менеджер (1.1.8) или директор по реструктуризации (CRO) (1.1.9). Рассматривается статус каждого участника, его полномочия и надзор за ним, включая статус, полномочия и контроль над должником во владении (или аналогичной функцией), когда сам должник (совет компании) отвечает за реструктуризацию или несостоятельность, включая обязанности и ответственность собственника должника.

72. В 1.1.10 рассматриваются общие обязанности и ответственность директоров, когда банкротный управляющий участвует во всем процессе.

### 1.1.1. Роль суда

73. Довольно традиционная ситуация во многих государствах-членах при производстве по делу о несостоятельности, особенно в тех случаях, когда целью является «ликвидация» или «ликвидация под контролем суда», заключается в том, что надзор за такими процессами обеспечивается судом, а национальные или международные правила определяют соответствующий компетентный суд. Компетентный суд осуществляет надзор за назначенным судом банкротным управляющим и назначает, если это позволяет национальное законодательство, надзорного судью, который осуществляет надзор за повседневным ведением дел банкротным управляющим. Роль самого суда остается довольно отдаленной, и в основном она касается вопросов юриди-

---

<sup>1</sup> В ст. 2 (15) Директивы о реструктуризации предложений (2016) такой субъект определяется как «практикующий специалист в области реструктуризации», что означает: «...любое лицо или орган, назначенный судебным или административным органом для осуществления одной или несколько из следующих задач: (а) оказание помощи должнику или кредиторам в разработке или согласовании плана реструктуризации; (b) контроль деятельности должника в ходе переговоров по плану реструктуризации и отчет перед судебным или административным органом; (c) частичный контроль активов или дел должника во время переговоров». В качестве пояснения к ст. 5 («Должник во владении») предусмотрено: «...должник должен оставаться во владении своими активами и делами. Медиаторы или наблюдательные органы (практикующие в области реструктуризации) могут играть определенную роль, но такие практикующие специалисты не должны назначаться судебным или административным органом в каждом случае».

ческого характера и споров (конфликты с кредиторами, слушание дела, отстранение управляющих или, если возможно, переход процесса из одной стадии в другую)<sup>1</sup>. Мы выявили такое регулирование, например, в Австрии, Бельгии, Германии и Нидерландах. Роль суда также может быть дополнительно ограничена: в Англии, например, в процедуре добровольного урегулирования долгов компании (CVA) подлежит надзору за лицензированным банкротным управляющим или любым другим лицом, уполномоченным действовать в качестве кандидата или наблюдателя по добровольному соглашению назначенного для этой цели. Управляющий реализовывает план, представляя отчеты в суд, но без обращения в суд в порядке CVA, суд не участвует каким-либо иным образом. Также определенные виды процедур – такие как индивидуальное добровольное соглашение (IVA) и процедура списания долгов (DRO) – начинаются вне суда, но суд всегда надзирает в том смысле, что рассматривает обращения в случае возникновения спорных вопросов.

74. В Германии стандартная процедура несостоятельности осуществляется под руководством специалиста по несостоятельности, даже если целью разбирательства является реструктуризация, его полномочия остаются широкими. Он является «хозяином разбирательства» и может принять любые меры, необходимые для реструктуризации бизнеса, вплоть до реструктуризации сделок с активами, и может совершать эти действия самостоятельно. При этом управляющий контролируется двумя способами. Как правило, он находится под надзором суда. Кроме того, задача комитета кредиторов состоит в том, чтобы следить за осуществлением управляющим своих полномочий по делу о банкротстве. Также в других государствах – членах ЕС суды имеют аналогичные надзорные функции, например, в Греции, где суд в банкротстве выступает в качестве основного органа, контролирующего процедуры несостоятельности и предбанкротные процедуры (процедура восстановления платежеспособности и специальная административная процедура). Что касается судов, другие страны сообщили об аналогичных ролях и функциях<sup>2</sup>.

75. Примечательно, что в некоторых государствах-членах суд использует термин «судьи с широкими полномочиями». Например,

<sup>1</sup> Обзор различных полномочий и обязанностей судей в некоторых 12 государствах – членах ЕС. См.: Judicial Wing of INSOL Europe; The Role of the Judge in the Restructuring of Companies Within Insolvency (Nottingham; Paris, 2013).

<sup>2</sup> См.: Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.). Business Rescue in Europe, Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация ожидается).

в Бельгии во время судебной реструктуризации основной задачей такого надзорного судьи является утверждение отчетов и предоставление консультаций. Надзорный судья должен внимательно следить за должником, он консультирует по всем важным решениям, которые должны быть приняты в ходе процедуры реорганизации. Однако в Бельгии такой надзорный судья не принимает решений в отношении должника, и при этом он не может давать обязательные инструкции должнику<sup>1</sup>. Концепция надзорного судьи существует в нескольких государствах-членах (хотя и в разных разбирательствах, и с разными полномочиями), например: во Франции, Греции и Нидерландах.

76. Принцип С9.1 Принципов Всемирного банка (2016) характеризует следующую роль суда в процессе производства по делу о несостоятельности: «С9.1. Бизнесу должно быть разрешено работать в обычном порядке. Сделки, которые не являются обычной хозяйственной деятельностью должника, должны быть проверены судом». В принципах D1.4 («Исполнение решения суда в производстве по делу о несостоятельности») и D1.5 («Роль судов в коммерческом исполнении») Принципов Всемирного банка (2016) определено следующее: «D1.4... Суд должен обладать достаточными надзорными полномочиями для эффективного принятия решений в ходе разбирательства в соответствии с законодательством без осуществления функций руководителя либо осуществления управления бизнесом должника, который обычно осуществляется руководством либо управляющим по делу о несостоятельности» и «D1.5... Обычная судебная система должна включать элементы, которые эффективно обеспечивают соблюдение прав как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов вне производства по делу о несостоятельности. По возможности, данные органы должны быть укомплектованы специалистами по коммерческим вопросам. В качестве альтернативы могут быть созданы специализированные административные агентства с таким опытом». Наконец, Принцип D1.2 («Роль судов в производстве по делу о несостоятельности») Принципов Всемирного банка (2016) предусматривает: «D1.2... Производство

---

<sup>1</sup> В 2013 г. бельгийский законодатель расширил компетенцию надзорного судьи, чтобы усилить контроль над должниками и избежать злоупотреблений. Надзорный судья может инициировать досрочное прекращение процедуры, когда должник не выполняет каких-либо требований, предусмотренных в Законе Бельгии о непрерывности деятельности. В случае если должник не сотрудничает или удерживает соответствующую информацию, судья может инициировать процедуру досрочного прекращения. Однако фактическое решение о прекращении незавершенного производства принимается хозяйственным судом.

по делу о несостоятельности должно контролироваться и беспрепятственно передаваться независимому и назначаемому суду, а где это целесообразно, судьям, обладающим специальными знаниями в области несостоятельности. Несудебные учреждения, осуществляющие юрисдикционные функции в производстве по делу о несостоятельности, должны подчиняться тем же принципам и стандартам, которые применяются к судебной системе»<sup>1</sup>.

### 1.1.1.1. Требования к судьям

77. В целом вышеизложенное предполагает, что суд/судья должен соответствовать пяти критериям: (i) иметь общее понимание управления бизнесом (без возложения на себя управленческих задач); (ii) иметь понимание того, что ему нужно для эффективного управления обеспечивать соблюдение прав как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов вне производства по делу о несостоятельности (например, приостановление дела может повлиять на права по обеспечению исполнения перед банкротством); (iii) предпочтительно являться специалистом по коммерческим вопросам; (iv) быть беспристрастным и независимым и; (v) где это целесообразно, иметь специализированную экспертизу несостоятельности.

78. Докладчики заметили, что в литературе редко поднимается вопрос о требованиях к суду/судье для профессионального рассмотрения дел о несостоятельности. Но совсем иначе обстоит дело с требованиями для управляющего в деле о банкротстве. В ноябре 2011 г. Европейский парламент<sup>2</sup> предложил согласовать общие аспекты требований к квалификации и работе ликвидатора. В нашем анализе требований, которые могут быть применены к судье, мы приводим совокупность требований, установленных Европарламентом для ликвидатора (управляющего в деле о банкротстве). Управляющий (i) должен быть одобрен компетентным органом государства-члена или должен быть назначен судом компетентной юрисдикции государства-члена, должен иметь хорошую репутацию и иметь образование, необходимое для выпол-

<sup>1</sup> Стоит упомянуть еще два принципа Всемирного банка:

«D5.1 Правосудие. Принятие судебных решений должно поощрять консенсусное урегулирование между сторонами, где это возможно, и в противном случае суд должен своевременно принимать решение по данным вопросам.

D5.2 Исполнимость решений. Суд должен иметь четкие полномочия и эффективные методы исполнения своих решений».

<sup>2</sup> Директива о реструктуризации предложений (2016).

нения своих обязанностей; (ii) должен быть компетентным и квалифицированным, чтобы оценивать положение предприятия должника и брать на себя обязанности по управлению компанией; (iii) должен быть независимым от кредиторов и других заинтересованных сторон в деле о несостоятельности и (iv) в случае конфликта интересов должен уйти в отставку.

79. В отчете за 2012 г. Флетчер и Вессельс спросили, почему Европейский парламент не сделал аналогичного предложения по введению общих (минимальных) стандартов для судей по делам о несостоятельности. Этот вопрос был мотивирован системой признания, которая была введена в 2002 г. Европейским регламентом о процедурах банкротства (2000)<sup>1</sup>. В области (международной) несостоятельности в соответствии с 22-м изложением Европейского регламента о процедурах банкротства (2000) — это правило о том, что производство по делу о несостоятельности, открытое в одном государстве-члене, должно признаваться во всех государствах-членах с момента, когда оно оказывает свое влияние в государстве, где открыто производство, основано на принципе взаимного доверия. Суд Европейского союза в 2006 г. постановил, что именно такое взаимное доверие позволило установить обязательную юрисдикцию, которой присуще то, что суд государства-члена рассматривает заявление об открытии основного производства по делу о несостоятельности, проверяет *ex-officio*, что он обладает юрисдикцией с учетом ст. 3 (1) Европейского регламента о процедурах банкротства (2000), т.е. проверяет, тесно ли связаны интересы должника с этим государством-членом. Суд подчеркнул, что такое рассмотрение должно проводиться таким образом, чтобы соответствовать существенным процессуальным гарантиям, необходимым для справедливого судебного процесса<sup>2</sup>. Из этого можно сделать вывод, что для европейских судов, занимающихся вопросами гражданского и коммерческого права, два из требований, указанных выше ((ii) понимание того, что необходимо для эффективного обеспечения прав как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов вне производства по делу о несостоятельности; (iv) быть беспристрастным и независимым), следует считать выполненным. Что же насчет других трех принципов? Если кратко, (i) должно ли быть общее понимание

<sup>1</sup> Постановление Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29.05.2000 о производстве по делу о несостоятельности [2000] OJ L 160/1, вступившее в силу с мая 2002 г. Оно было отменено ст. 91 EIR (2015).

<sup>2</sup> ECJ 02.05.2006, дело № C 341/04 (Eurofood IFSC) ECR I 3813. Проверка юрисдикции *ex officio* теперь включена в ст. 4 EIR (2015).

управления бизнесом, (iii) предпочтительно ли быть специалистом по коммерческим вопросам и (v) иметь практический опыт в области несостоятельности?

80. В Европе только в последнее десятилетие стали доступны полезные (хотя и ограниченные) данные, чтобы охарактеризовать общую европейскую ситуацию в процедурах, продемонстрировав, что не существует общеевропейского определения «суда», что судебные бюджеты радикально отличаются, и то, что профессиональный статус судей не гармонизирован<sup>1</sup>. Что касается положения дел с процедурами несостоятельности в 12 странах с переходной экономикой, то около 10 лет назад был сделан вывод о том, что в правовых институтах сохраняются недостатки (как правило, это касается судов и управляющих) правовых институтов, необходимых для эффективного применения законов о несостоятельности. Что касается судебной власти, то был сделан вывод: «Сохранившаяся проблема — это слабая система юридического образования, которая предоставляет судьям недостаточные знания экономических и финансовых вопросов», из-за чего 10 лет назад был сделан вывод: «Данные ограничения приводят к выводу, что в странах с переходной экономикой участие судов в делах о несостоятельности должно быть сведено к минимуму»<sup>2</sup>.

81. В рамках ЕС дальнейшее развитие области «Свобода, безопасность и правосудие» требует надлежащего функционирования внутреннего рынка на основе того, что процедуры трансграничного банкротства должны функционировать эффективно и продуктивно. Любые инструменты («мягкого права») должны активно стремиться к дальнейшему укреплению взаимного доверия между государствами-членами, что включает в себя укрепление доверия к европейской судебной сфере. Это вызов. В отчете, опубликованном в 2015 г., пять европейских банкротных судей ответили на 45 больших вопросников, признав, что в некоторых государствах-членах качество судей нуждается в улучшении, инфраструктура суда и имеющиеся средства недостаточные, недостаточно знают Европейский регламент о процедурах банкротства (2000 г.), отсутствует опыт рассмотрения трансграничных

<sup>1</sup> См.: Alan Uzel, *Harmonised Civil Procedure in a World of Structural Divergences? Lessons Learned from the CEPEJ Evaluations*, in X.E. Kramer and C.H. van Rhee, *Civil Litigation in a Globalising World* 9T.M.C. Asser Press 2012). P. 175 ect.

<sup>2</sup> См.: Ewa Balcerowicz, Hashi Iral, Jens Lowitzsch and Miklós Szanyi, in Jens Lowitzsch (ed.), *The Insolvency Law of Central and Eastern Europe. Twelve Countries Screening of the New Member and Candidate Countries of the European Union and Russia: A Comparative Analysis* (Insol Europe, Volume 2/2007

дел о банкротстве или нет владения вторым языком (например, английским, немецким или французским)<sup>1</sup>, при этом значение международного бизнеса или интересов, связанных с планом восстановления платежеспособности бизнеса, не всегда полностью осознается<sup>2</sup>.

82. В июне 2016 г. Сообщество стран Северной Европы и стран Балтии по вопросам банкротства рекомендовало (разд. XI («Управление делами о несостоятельности») 13 и 14) следующее:

Квалификация и роль суда в управлении

13. Производство по делу о несостоятельности, а также другие дела и вопросы, тесно связанные с законодательством о несостоятельности, должны рассматриваться судами по делам о несостоятельности, коммерческими судами, обладающими специальной квалификацией в области законодательства о несостоятельности, или составами суда, или некоторыми судьями, которые являются специализированными или обладают специальной квалификацией в сфере банкротства.

14. Если квалификационные требования в условиях предыдущего раздела не могут быть выполнены, законодательство о несостоятельности не должно отводить суду центральную или активную роль в управлении процессом ликвидации или реорганизации. В частности, суд в этом случае не должен принимать решения по вопросам бизнеса<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См. в целом по этому вопросу: Astrid Sadler, Practice Obstacles in Cross-border Litigation and Communication between (EU) Courts», in Erasmus Law Review 2012, Vol. 5, Issue 3) ([www.erasmuslawreview.nl](http://www.erasmuslawreview.nl)); Steve Parker and Nick Hood, Reform mania: why is the whole world upgrading its insolvency regimes? Ч. 1–3, in 9 Корпоративное спасение и несостоятельность 2016, Nrs. 1, 2 и 3, 18, 62 и 107 соответственно: «Во многих странах судебный потенциал, опыт и знания строго ограничены. И это, несмотря на отличную работу, которую проводит INSOL International, Американский институт банкротства, INSOL Europe...» Недостаточное владение юридическим английским языком стало одним из ключевых результатов оценки 66 судей из 22 государств – членов ЕС (см.: Boon Gert-Jan, Tromp Joran & Santen Bernard. ‘Grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking in insolventies’, Nederlands Juristenblad 2016/199). Некоторые из этих судей, участвовавших в опросе, критиковали использование переводчиков по причине дороговизны, недостаточной оперативности и наличия опыта, которого переводчики могли бы придерживаться.

<sup>2</sup> Bob Wessels (ed.), EU Cross-border Insolvency Court-to-Court Cooperation Principles (European and International Insolvency Law Studies 1, The Hague: Eleven International Publishing 2015). P. 24. Отметим, что несколько респондентов также подвергли критике лиц, действующих в качестве управляющих по делу о несостоятельности, их понимание Положения о несостоятельности, отсутствие у них опыта и осведомленности о важности в делах о несостоятельности за рубежом для рассмотрения дел о несостоятельности за рубежом.

<sup>3</sup> См.: Содружество стран Северной Европы и Балтии по вопросам несостоятельности, Рекомендации стран Северной Европы и Балтии по законодательству о несостоятельности (Швеция: Wolters Kluwer, 2016). С текстом этих рекомендаций можно ознакомиться

Хотя не все эти данные являются исчерпывающими и новыми, они позволяют нам сделать вывод о том, что понимание деловых, в том числе экономических и финансовых, вопросов и специализация в области законодательства о несостоятельности имеют важное значение и требуют улучшения.

83. Глядя на общую картину судов в ЕС, во многих странах континентального права дела о несостоятельности рассматриваются не специализированными судами (например, суды по банкротству США), а судом, обладающим общей компетенцией в гражданских делах и спорах. К этим странам относятся Австрия, Бельгия, Чехия, Эстония, Франция, Германия, Греция, Венгрия, Италия, Латвия, Нидерланды, Польша, Испания и Швеция. В некоторых странах (надзорные) судьи могут быть непрофессиональными народными заседателями, например: в Бельгии и Франции<sup>1</sup>. Суды во всех упомянутых странах участвуют в большом количестве дел – начиная от оценки того, были ли соблюдены критерии признания должника банкротом, выбор, назначение или отстранение управляющего, назначение временных мер, организация уведомлений или публикаций, утверждение определенных (существенных) действий (таких, как возбуждение гражданского разбирательства должностным лицом в деле о банкротстве, утверждение плана продолжения или прекращения деятельности должника, подтверждение требований к массе (включение требований в реестр), прекращение производства по делу, привлечение к ответственности руководства). Как следствие, почти во всех упомянутых странах практически все судебные решения и акты суда могут быть обжалованы, хотя в зависимости от конкретной страны будут отличаться стороны, имеющие право на апелляцию, основания и сроки на подачу апелляции.

84. Докладчикам неизвестно, о каких-либо систематических исследованиях относительно того, достаточно ли специализированы судьи в этих судах (в применении довольно сложных вопросов законодательства о несостоятельности, зачастую в довольно короткие сроки) и обладают ли достаточным коммерческим опытом. В своем

---

по адресу: <http://www.sccl.se/wp-content/uploads/2017/04/Nordic-Baltic-Recommendations-Final-Version-bok-rotated.pdf>. В это Содружество входят Швеция, Финляндия, Эстония, Латвия и Литва, а также страны, не входящие в ЕС, Норвегия и Дания.

<sup>1</sup> В настоящее время в Нидерландах надзорную роль выполняют только судьи. Результаты сравнительного исследования в делах общего коммерческого права показывают, что непрофессиональные судьи только в исключительных случаях участвуют в апелляционных делах. См.: Fleischer Holger and Danninger Nadja, 'Die Kammer für Handelssachen: Entwicklungslinies and Zukunftperspektiven' // ZIP 5/2017. P. 205–214.

Отчете за 2012 г. Флетчер и Вессельс утверждают: «Основополагающим принципом в вопросах трансграничной несостоятельности в рамках ЕС является то, что признание решений, вынесенных судами государств-членов, происходит автоматически» (см. ст. 16 РПБ (2000)), оно «должно основываться на принципе взаимного доверия» (см. п. 22 декларативной части к Европейскому регламенту о процедурах банкротства (2000)). Этот принцип служит краеугольным камнем доверия к судебному потенциалу государства-члена<sup>1</sup>. В проекте Директивы о реструктуризации (2016) Комиссия подняла тему квалификации судей в ст. 24, в которой говорится, что «государства-члены должны обеспечивать, чтобы члены – судебные и административные органы, занимающиеся вопросами реструктуризации и банкротства, получали начальную и дальнейшую подготовку до уровня, соответствующего их обязанностям». Комиссия добавляет во второй абзац: «...без ущерба для независимости судебных органов и различий в организации судебной власти в рамках Союза, где судебными властями рассматриваются вопросы реструктуризации, несостоятельности, государства-члены должны обеспечить, чтобы эти вопросы решались эффективным образом, что включает быстрое рассмотрение процедур и что члены судебной системы имеют необходимую экспертизу и специализацию»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Флетчер и Вессельс предлагают проводить систематическую экспертизу в этой конкретной области с целью получения точных и сравнительных данных по аспектам функционирования судов в делах о несостоятельности, см.: Ian F. Fletcher, Bob Wessels, Гармонизация законодательства о несостоятельности в Европе, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht (Deventer: Kluwer, 2012). P. 123 и след. Об исследованиях, выходящих за рамки традиционных судебных ценностей, таких как независимость судей, см. Devlin Richard and Dodek Adam, *Regulating Judges. Beyond Independence and Accountability* (Cheltenham, UK / Northampton, MA, USA: Edward Elger Publishing 2016); Sandra Taal, *Working separately together: A quantitative study into the knowledge sharing behaviour of judges* (Diss. Utrecht, Stämpfli Verlag AG 2016).

<sup>2</sup> Мы оставляем в стороне идею (постепенного) введения европейских судов, как это предлагает Диего Валианте: Диего Валианте, *Europe's Untapped Capital Market: Rethinking financial integration after the crisis* (CEPS Paperback, London: Rowman & Littlefield, 2016), заключение (с. 226). Следовательно, разумно ожидать, что полноценный режим банкротства ЕС не появится в ближайшее время, но разрозненная система законов о банкротстве может нанести ущерб трансграничным финансовым операциям. В этом отношении существуют важные области, в которых гармонизация может быть достигнута, не ставя под сомнение различные правовые системы, в настоящее время сосуществующие в Европе, предоставляя контрагентам трансграничной финансовой операции возможность оценить различия (измеримые *ex ante*) в окончательной цене. Существуют две важные области в отношении производства по делу о несостоятельности, которые заслуживают большего внимания: нормативная база и судебный надзор со стороны специализированных судов».

85. Хотя обычно (коммерческие или гражданские) суды участвуют в делах о банкротстве, в нескольких национальных докладах упоминаются определенные формы специализации. В Англии только около 20 судей Высокого суда назначены в Канцелярское отделение, поэтому его можно считать весьма специализированным в вопросах его юрисдикции, в том числе в делах о несостоятельности и корпоративных спорах. В Бельгии коммерческие суды могут состоять из профессиональных судей и народных заседателей. Народные судьи страны — это бизнесмены, председатели и руководители независимых компаний, бухгалтеры, банкиры и т.д. Когда они не работают народными судьями раз в неделю, они осуществляют профессиональную деятельность вне суда. Во Франции только непрофессиональные судьи (бизнесмены) рассматривают дела о несостоятельности на уровне коммерческих судов. В некоторых странах коммерческие суды могут иметь в качестве одной из специализаций одну или несколько «палат несостоятельности». В коммерческих судах во Франции дела о несостоятельности будут рассматриваться отделами суда по банкротству, как в Бельгии, также состоящей из народных судей<sup>1</sup>. Феномен внутреннего подразделения или департамента в суде первой инстанции суда также можно увидеть в Германии, Греции, Венгрии, Италии, Латвии, Нидерландах, Швеции и в меньшей степени в Испании.

86. Во Франции с 1 марта 2016 г. конкретные коммерческие суды имеют исключительную юрисдикцию в отношении процедур примирения, гарантий, реорганизации и ликвидации, если должник соответствует определенным критериям. Этот пакет изменений внесен в августе 2015 г. во французскую систему законодательства о несостоятельности. К ним относятся (i) специализация некоторых коммерческих судов, (ii) изменения в применимых правилах для администраторов и судебных работников и (iii) другие поправки, имеющие непосредственное отношение к ведению производства по делу о несостоятельности. Закон 2015-990 от 6 августа 2015 г. «О росте, активности и равных экономических возможностях» (называемый *Loi Macron*) вводит специализацию некоторых коммерческих судов. Эти положения будут применяться к коллективным разбирательствам, начатым после 1 марта 2016 г. либо позднее (ст. 231), и должны быть дополнены постановлением, в котором перечислены эти специализированные коммерческие суды. В ст. L. 721-8 Торгового кодекса указывается, что эти

---

<sup>1</sup> Как и в английских верховных судах, они не обязательно специализируются в вопросах оздоровления или несостоятельности.

суды правомочны рассматривать определенные французские производства по делам о несостоятельности (фр. *les procédures de conciliation, de sauvegarde, de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, lorsque le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale*), и в случае, если должником является (а) компания, численность работников которой превышает или равна 250, и где должником является компания, чей чистый оборот составляет не менее 20 млн евро, или (б) когда должник – это компания, чей чистый оборот составляет не менее 40 млн евро. В частности, одни и те же специально назначенные коммерческие суды будут обладать компетенцией в отношении процедур открытия производства по делу о несостоятельности в соответствии с актами Европейского союза, касающимися производства по делу о несостоятельности (которое представляется более расширенным, чем Европейское постановление о несостоятельности (2015 г.)), или в отношении процедур, которые возникают из-за наличия в его юрисдикции центра основных интересов (ЦОИ) должника. Компании, сталкивающиеся с производством по делу о несостоятельности с дочерними компаниями, находящимися в аналогичном положении, будут подчиняться одному и тому же суду, что позволит вести переговоры о досудебной реструктуризации гораздо эффективнее. Если специализированный коммерческий суд обладает юрисдикцией в отношении материнской компании, он также будет иметь юрисдикцию в отношении дочерних компаний<sup>1</sup>.

87. В Великобритании в 2015 г. введена процедура рассмотрения финансовых споров при Высоком суде (*Financial List*) в качестве особого суда и процедура рыночного теста, где стороны в отсутствие спора пытаются получить рекомендации относительно применения английского права. С 1 октября 2015 г. в Великобритании действует процедура рассмотрения финансовых споров при Высоком суде. Это совместная инициатива Канцелярского отделения и Отделения Королевской скамьи, которая основана на опыте судей Коммерческого суда и Канцелярского отделения. Судьи из обеих юрисдикций были назначены на должности судей отделения Высокого суда по финансовым спорам. Финансовые рынки играют важную роль на национальном и международном уровнях и постоянно развиваются. Многие

---

<sup>1</sup> <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPubliee.do?idDocument=JORFDOLE000029883713&type=general&legislature=14>. Catherine Ottaway and Fanny Seroke, *The Impact of the Macron Law on French Insolvency Procedure* International Corporate Rescue 2016. С. 48 и след.; Paul Omar, 'IP regulation in France set for a shake-up!', *eurofenix* Winter 2015/16, 30 ect.

стороны на финансовых рынках выбирают английское право для регулирования своих отношений. Признавая, что Великобритания является финансовым центром, в Лондоне был создан новый суд для разрешения споров между ними. Отделение Высокого суда по финансовым спорам в первую очередь предназначено для удовлетворения потребностей международного финансового сообщества и для обеспечения того, чтобы дела рассматривались судьями, обладающими соответствующими знаниями, и для предоставления пользователям Financial List быстрого, эффективного и качественного разрешения споров по их претензиям или спорам. Рассмотрению подлежат те дела, которые в основном связаны с финансовыми спорами на сумму более 50 млн фунтов стерлингов или эквивалентной сумме, или требующие специальных коммерческих знаний в рыночной сфере или «затрагивают вопросы, имеющие важное значение для рынка». Сюда также входят вопросы реструктуризации и несостоятельности, такие как планы (схемы) урегулирования. Означенный порядок полностью соответствует существующей процедуре. Стороны проводят разбирательства либо в Коммерческом суде, либо в Канцелярском отделении. До назначения судьи стороны имеют возможность указать особенности экспертизы, которая может быть полезна. Так называемая процедура рыночного теста — это процедура, способствующая разрешению «рыночных вопросов, для которых необходимо незамедлительное соответствующее авторитетное руководство по английскому праву», без необходимости участия сторон в споре. Заинтересованные стороны должны «активно заниматься бизнесом на соответствующем рынке», при этом в соответствующих случаях может быть привлечен соответствующий торговый орган или ассоциация для обеспечения того, чтобы аргументы всех заинтересованных сторон были должным образом представлены в суде.

Процедура «рыночного теста» направлена на то, чтобы рынки были наиболее эффективными, когда их участники располагают механизмами оперативного и окончательного устранения неопределенностей<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Это экспериментальный проект, рассчитанный на два года, он предоставляет суду механизм декларативной помощи на том основании, что это отвечает общественным интересам. Дополнительная информация доступна на: <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/financial-list/> До ноября 2016 г. было рассмотрено около 22 дел. См.: Выступление канцлера Высокого суда сэра Джеффри Воса «Взгляд в будущее в деле о несостоятельности и ведении дел в Лондоне», 09.11.2016, доступно на: <https://www.judiciary.gov.uk/announcements/speech-by-the-chancellor-of-the-high-court-a-look-at-the-future-for-insolvency-and-business-litigation-in-london/>

88. Другая форма специализации имеет место в Нидерландах в Палате по предпринимательским спорам (Ondernemingskamer) – Отделение Апелляционного суда Амстердама. Его юрисдикцией является не несостоятельность, а скорее смежная область: внутрикorporативные споры. В целом Палата по предпринимательским спорам обладает юрисдикцией в корпоративных спорах, которые регулируются примерно тридцатью нидерландскими актами. В большинстве случаев дела касаются права на расследование (*recht van enquête*)<sup>1</sup> и права участия работников в управлении предприятием<sup>2</sup>; другие случаи, как правило, относятся к области корпоративных судебных процессов<sup>3</sup>.

Право на запрос предоставляет право акционерам (группа не менее 10% акционеров в BV или NV, или владельцу акций или депозитарных расписок общей номинальной стоимостью не менее 225 000 евро) и профсоюзам, запросить у палаты расследование дел компании. Эти разбирательства делятся на две стадии. На первой стадии процедуры расследования Палата решает, действительно ли должно быть проведено расследование (расследование). Палата может назначить такое расследование, если имеются «обоснованные основания сомневаться в правильности курса действий корпорации». Если Палата, с учетом баланса вовлеченных интересов, включая интересы корпорации, назначает расследование, она назначает одного или нескольких следователей. Компания должна (в первую очередь по крайней мере) нести расходы по расследованию. Следователи достаточно свободны в организации и проведении расследования. Эта фаза заканчивается, когда следователи подают свой отчет в суд.

Разбирательство заканчивается, если только истцы не считают, что в отчете указано ненадлежащее руководство компанией (т.е. какие-либо незаконные действия). Обычно правление и (или) наблюдательный совет несут ответственность за свои правонарушения. Чтобы установить, что нарушение имело место, истцы должны подать новый запрос, инициируя второй этап. Если Палата действительно устанавливает ненадлежащее управление компанией, она может принять

---

<sup>1</sup> Статья 2: 344 и в соответствии с Гражданским кодексом Нидерландов.

<sup>2</sup> Особенно ст. 25 и 26 Закона о производственных советах.

<sup>3</sup> Например, иски в первой инстанции по вытеснению миноритарных акционеров, запросы на исправление финансовой отчетности, годового отчета или путем добавления других данных компаний и некоторых других лиц, апелляционное обжалование в соответствии с правилами урегулирования споров между акционерами и возражения в отношении отказа от односторонних заявлений в отношении объема остаточных обязательств, например, холдинговой компании по отношению к дочерней компании.

одну или несколько мер, чтобы прекратить нарушения, например, отстранение от должности директоров, приостановление либо отмена любого решения любого органа компании. Палата может начать процедуру ликвидации корпорации. Таким образом, Палата обладает рядом мощных инструментов. Она может по соответствующему запросу сторон также принять немедленные временные меры по оказанию помощи (которые будут применяться в течение всего разбирательства), которые включают отстранение от должности директора, назначение директора или директора по надзору со специальными полномочиями, приостановку определенных полномочий любого органа компании и (на определенное время) передачу акций. Ясно, что Палата может значительно вмешиваться в деятельность юридических лиц и предприятий с целью создания корпоративной обстановки, в которой можно восстановить положительный баланс внутри компании и ее органов.

Палата имеет общенациональную юрисдикцию. В большинстве назначенных процедур она является единственным судом первой инстанции. Разбирательства в Палате характеризуются гибкостью, неформальным характером, компетентностью и быстротой, последнее, при возможности, особенно когда это необходимо. Экспертиза является качественной, также потому, что Палата использует специалистов (*raden*). Они не являются экспертами в области права, строго говоря, но они занимаются отношениями, в которых Палата осуществляет юрисдикцию, имеют качественные знания и опыт, включая знания в области финансов и корпоративного управления. Палаты обычно рассматривают и слушают дела в нескольких составах: три профессиональных судьи и два специалиста.

89. Поскольку корпоративная реструктуризация или несостоятельность в различных странах различаются, необходимо упомянуть ряд обстоятельств, касающиеся роли суда. По состоянию на 26 июня 2017 г. роль суда, занимающегося вопросами несостоятельности (и роль банкротного управляющего) в трансграничных делах о несостоятельности, будет заметно увеличена (EIR (2015)). Пересмотр положений ЕС о несостоятельности в ст. 41–44 предусматривает сотрудничество и обмен информацией, когда имеется несколько процедур неплатежеспособности в отношении одного должника. Существующая взаимная обязанность сотрудничать расширена несколькими способами. Принимая во внимание, что в ст. 31 ЕРПБ (2000) эти обязанности ограничены управляющими в делах о несостоятельности (в ЕРПБ (2000) определенных как «ликвидаторы»), в ст. 41–44 ЕРПН (2015) будут налагаться обязанности сотрудничества и обмена информацией между судами

(ст. 42) и между управляющими в деле о несостоятельности и судами (ст. 43 ЕРПН (2015)), а также между управляющими в деле о несостоятельности (ст. 41 ЕРПН (2015), преемник ст. 31 ЕРПБ (2000)). Эти положения не только расширяют число участников, на которых распространяются обязанности Европейского союза в отношении несостоятельности (2015) на сотрудничество и обмен информацией, но также предоставляют более подробную информацию о содержании этих обязанностей и (в случае ст. 43 ЕРПН (2015)) устанавливают правило регулирования расходов такого сотрудничества и обмена информацией (ст. 44 ЕРПН (2015))<sup>1</sup>. Параллельные положения к ст. 41–44 ЕРПН (2015) можно найти в гл. V Правил, которая регулирует сотрудничество, обмен информацией и координацию при банкротстве корпоративных групп. Поэтому в делах о трансграничном банкротстве суды столкнутся с новыми проблемами<sup>2</sup> и качество, профессионализм и добросовестность будут иметь первостепенное значение<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Bob Wessels, Комментарий к статьям 41–44 Регламента о процедурах несостоятельности ЕС (Recast), in Reinhard Bork и Kristin van Zwieten (ред.), Комментарий к Европейскому регламенту о процедурах несостоятельности (Oxford University Press, 2016). С. 457–506.

<sup>2</sup> См.: Vallender Heinz, Neue Herausforderungen für Richter und Insolvenzverwalter durch reformierte EulnsVO, NZI 2015/18. В 2015 г. был разработан комплекс из 26 Принципов межгосударственного сотрудничества между странами в области несостоятельности (Принципы EU JudgeCo (2015)), сопровождаемый 18 Руководящими принципами по межгосударственной связи в области несостоятельности ЕС (Принципы EU JudgeCo (2015)). Принципы EU JudgeCo (2015) включают принципы, касающиеся их необязательного статуса и их целей, ведения дел в судах и равного отношения к кредиторам, а также принципы, касающиеся самих судебных решений, их обоснования и, например, предоставления приостановления или моратория. Несколько принципов относятся к ходу разбирательства, например, к уведомлениям и удостоверению подлинности документов, а также к принципам результатов судебного сотрудничества, например, трансграничных продаж, помощи в реорганизации или правил связывания кредиторов международным планом реорганизации. Руководящие принципы EU JudgeCo (2015) представляют собой набор практических руководящих принципов, облегчающих общение в отдельных трансграничных делах. См.: Воб Вэссельс (ред.), Принципы межгосударственного сотрудничества в области несостоятельности ЕС (Исследования по европейскому и международному праву о несостоятельности 1, Гаага: Eleven International Publishing, 2015) (см. [www.eujudgco.eu](http://www.eujudgco.eu) для ознакомления с полным текстом Принципов судейства ЕС (2015) и Руководства судейства ЕС (2015)).

<sup>3</sup> См. по теме, касающейся судов, также абз. 1.6.1.3 с точки зрения ИОН, например: Bob Wessels., De onafhankelijkheid van de faillissementscurator (Preadvies Christen Juristen Vereniging 2013, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2013. P. 84), где утверждается, что «основной вопрос каждого судьи по делам о несостоятельности будет таким: как я узнаю, когда кто-то обращается к моему суду и говорит, что он является практикующим управляющим в деле о несостоятельности, назначенным на судебном процессе на Кипре,

### 1.1.1.2. Мотивы рекомендаций

90. Мы утверждаем, что многие этические характеристики, применяемые к «ликвидатору» Европейским парламентом ((i) компетентность, назначаемость, наличие хорошей репутации, наличие специального образования; (ii) компетентность и квалифицированность для оценки положения предприятия должника; (iii) независимость; (iv) отстранение в случае конфликта интересов) для судьи или суда регулируются в конституционном и (либо) в процессуальном законодательстве государств-членов. В любом государстве – члене ЕС функция судей является прерогативой суверенного государства.

91. Тем не менее государства-члены должны использовать свои регулирующие полномочия для обеспечения определенной специализации в судебной системе и обеспечения надлежащей квалификации судей для рассмотрения повседневных дел о ликвидации, а также сложных процедур санации или трансграничных банкротств.

92. Государствам-членам следует оценивать свои судебные системы с точки зрения определенных ключевых факторов, которые могут указывать, какой подход является наилучшим, с учетом обстоятельств дела и соответственно использовать регулирование, позволяющее сбалансировать эти факторы в конкретном случае. Ключевые показатели включают в себя:

- (i) избежание больших судебных расходов;
- (ii) общую необходимость принятия срочных и оперативных решений по делам о несостоятельности<sup>1</sup>;
- (iii) предпочтение сторон в отношении конфиденциальности и ограниченное участие в деле суда;
- (iv) желание сэкономить ресурсы и имущество должника; а также
- (v) обеспечение более простой имплементации (например, трансграничного плана санации) или

---

во Франции или в Финляндии, что он достаточно благороден и неподкупен? Более существенным является практический вопрос: как я узнаю, как голландский судья, с которым я общаюсь, сотрудничаю или иногда предоставляю информацию кому-то, каким образом его профессия и работа регулярно оцениваются по профессиональности и честности?» (см. с. 303).

<sup>1</sup> Мы оставляем в стороне другой метод достижения срочности и оперативности, а именно технологию или индивидуальный цифровой форум, см.: Chaz Rainy, Поиск форума для несостоятельности: использование цифровых форумов для улучшения надлежащей правовой процедуры в процессах неплатежеспособности при сохранении: соображения. 10.07.2015 (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2657473>).

(vi) упорядочивание уведомлений для кредиторов, а также общих деловых решений, таких как оперативность, эффективность и использование имеющегося опыта<sup>1</sup>.

93. Учитывая большое разнообразие дел о реструктуризации и несостоятельности, государства-члены должны не только предусматривать создание специализированных судов или палат по делам о несостоятельности. Они также должны ввести дополнительное специализированное подразделение или судопроизводство для (более крупных) санационных и (или) трансграничных дел, потому что такие дела требуют особой квалификации и опыта, которые могут иметь конкретные судьи в более специализированных судах. Устройство Высокого суда в Англии или последние реформы во Франции дают отличный пример такой возможной структуры.

94. Судьи, назначенные для рассмотрения дел о несостоятельности, должны обладать специальной квалификацией, в то время как судьи в специальных реструктуризационных или трансграничных палатах должны проходить дополнительную подготовку. Каждый судья в суде по делам о несостоятельности должен:

- 1) быть беспристрастным и независимым во всяком случае;
- 2) в целом понимать вопросы управления бизнесом;
- 3) понимать то, что необходимо для эффективной защиты прав как обеспеченных, так и необеспеченных кредиторов вне производства по делу о несостоятельности;
- 4) специализироваться в вопросах коммерческого права; а также
- 5) иметь опыт в сфере банкротства.

95. Государствам-членам следует учитывать эти предварительные положения при назначении судей в суды или палаты по делам о банкротстве. Назначенные лица могут иметь как юридическое, так и бизнес-образование — в зависимости от задачи судьи по делам о банкротстве в данной юрисдикции. Опыт работы с непрофессиональными судьями на местном уровне во Франции показал, что такие назначения возможны. Если подходящие кандидаты отсутствуют, государства-члены должны обеспечить соответствующее обучение. Кроме того, государствам-членам следует обеспечить необходимый уровень опыта и знаний, требуя и гарантируя срок полномочий судьи в течение как минимум нескольких лет в области несостоятельности и реструктуризации. При назначении

---

<sup>1</sup> Эти индикаторы в целом также отражают наиболее недавнюю тенденцию во многих западных правовых системах по сокращению проблемы чрезмерного и дорогостоящего обращения в суд, см.: Neil Andrews, *The Modern Civil Process* (Mohr Siebeck, 2008).

судей для дополнительных специализированных палат по реструктуризации или трансграничным делам государства-члены должны гарантировать экспертные знания, необходимые для выполнения этой задачи, назначая судей, имеющих опыт в области коммерческого права и законодательства о несостоятельности, которые получают дополнительную подготовку по вопросам реструктуризации и международного права в области несостоятельности. Создание национальных и международных организаций судей по делам о несостоятельности (например, BAKInsO в Германии, Судебное крыло в INSOL Europe или в Международном институте несостоятельности (III), или сообщество судей (и других экспертов) в IEEI (Международный обмен опытом в банкротстве)) доказало свою способность обучать судей на дополнительном (необязательном) уровне, а также организовывать их влияние в политическом процессе в государствах-членах или на уровне ЕС.

96. Суды могут повышать свой уровень качества и эффективности. Они могут разрабатывать профессиональные стандарты, постоянно тестировать уровень основных навыков для того, чтобы быть «хорошим судьей». Инициатива на национальном уровне может быть предпринята национальной конференцией судей или самими отдельными судами. В дополнение к национальному стандарту может быть разработан профессиональный стандарт в вопросах реструктуризации и несостоятельности. Части этого стандарта должны быть сосредоточены на самом судебном решении, а именно на том, что такие решения должны быть своевременными, на гибкости организации вовлеченных лиц (судей, а также вспомогательного персонала) и их опыте<sup>1</sup>.

97. Если такие квалификационные требования не могут быть выполнены, государства-члены не должны придавать суду центральную

---

<sup>1</sup> Мы с удовлетворением отмечаем п. 39 декларативной части проекта Директивы о реструктуризации (2016): «Наконец, учитывая усиленные механизмы сотрудничества между судами и практиками в трансграничных делах, установленных Регламентом (ЕС) 2015/848, профессионализм всех участников должен быть доведен до сопоставимых высоких уровней по всему Союзу... Государства-члены должны обеспечить, чтобы члены судебных и административных органов были должным образом подготовлены и обладали специальными знаниями и опытом по вопросам несостоятельности. Такая специализация работников судебных органов должна позволить принимать решения с потенциально значительными экономическими и социальными последствиями в течение короткого периода времени и не должна означать, что судебные органы могут заниматься исключительно вопросами реструктуризации, несостоятельности и дополнительных дел. Например, создание специализированных судов или палат в соответствии с национальным законодательством, регулирующим организацию судебной системы, могло бы стать эффективным способом достижения этих целей». См. ст. 24 проекта Директивы о реструктуризации (2016).

или активную роль в управлении процессом ликвидации или реструктуризации. В частности, суд в данном случае не должен принимать решения по деловым вопросам.

### 1.1.1.3. Рекомендации

**Рекомендация 1.01:** Как ЕС, так и государствам-членам следует признать, что успех любой системы реструктуризации и банкротства прежде всего зависит от управляющих ею лиц. Соответствующая система может действовать успешно лишь в тех случаях, когда все ее действующие лица, включая общество в целом, с уважением и доверием относятся к судебной системе и управляющим, а участники процесса должным образом исполняют свои обязанности и пользуются необходимыми законными гарантиями.

**Рекомендация 1.02:** Как ЕС, так и государства-члены в любой системе реструктуризации и банкротства должны обеспечить прозрачность норм, регулирующих полномочия, обязанности, назначение, лицензирование, образовательные, профессиональные и этические стандарты ключевых ее участников и надзор за их деятельностью. Европейское или национальное законодательство может содержать развернутое и более подробное соответствующее регулирование, включая порядок применения необходимых норм. При установлении профессиональных и этических стандартов ЕС и государства-члены должны прибегать к консультациям со стороны соответствующих профессиональных объединений и специализированных органов и обеспечивать их участие в разработке. При этом следует принимать во внимание передовой опыт правового регулирования соответствующей деятельности, как это предписывается Принципами и Рекомендациями, разработанными и утвержденными европейскими и международными неправительственными организациями в сфере реструктуризации и банкротства.

**Рекомендация 1.03:** Государства-члены должны создать специализированные суды или палаты по рассмотрению споров о реструктуризации и банкротстве. Кроме того, государствам-членам следует сформировать подразделения, предназначенные для рассмотрения дел по оздоровлению бизнеса и трансграничных споров, с соответствующими квалификационными требованиями к судебскому корпусу.

**Рекомендация 1.04:** Государствам-членам и судам следует признать, что отправление правосудия в сфере реструктуризации и несостоятель-

ности требует создания и непрерывного укрепления самостоятельной судебной власти.

**Рекомендация 1.05:** При назначении судей специализированных судов государствам-членам следует отбирать лиц с должной квалификацией и обеспечивать их дальнейшее обучение с помощью образовательных мероприятий и установления обязательных минимальных требований, побуждающих судей к приобретению необходимых знаний и опыта. Следует также способствовать активному участию судейского корпуса в работе национальных и международных объединений банковских судей.

**Рекомендация 1.06:** ЕС, государствам-членам и судам следует усердно разрабатывать и применять, как по отдельности, так и совокупно, следующие способы улучшения работы судей:

- (i) создание специализированных судов с отнесением к их подсудности споров в сфере реструктуризации и несостоятельности;
- (ii) отнесение к подведомственности таких судов определенных вопросов рыночной нестабильности;
- (iii) разработка специализированных программ последипломого образования;
- (iv) разработка и применение профессиональных стандартов в сфере несостоятельности; или
- (v) сочетание вышеперечисленных способов.

### 1.1.2. Роль медиатора (посредника)

98. Рекомендация от марта 2014 г. вводит двух относительно новых участников в области реструктуризации и несостоятельности, а именно медиатора и наблюдательный орган<sup>1</sup>. Соответствующий пункт декларативной части в Рекомендации гласит: «(17) Для повышения эффективности и сокращения задержек и затрат национальные механизмы превентивной реструктуризации должны включать гибкие процедуры, предусматривающие судебные формальности только там, где они необходимы, соразмерно для защиты интересов кредиторов и других лиц, чьи интересы могут быть затронуты. Например, чтобы избежать ненужных затрат и учесть начальный характер процедуры, должники в принципе должны контролировать свои активы, а назначение медиатора или наблюдательного органа

<sup>1</sup> Подтверждено в п. 18 декларативной части и ст. 5 проекта Директивы о реструктуризации (2016).

не должно быть обязательным, а должно применяться в каждом конкретном случае.

99. Далее в разд. II В («Содействие переговорам по планам реструктуризации»)

«Назначение медиатора либо наблюдательного органа»

8. Должники должны иметь возможность вступить в процесс реструктуризации своего бизнеса без обязательного официального открытия дела о банкротстве.

9. Назначение судом медиатора или наблюдательного органа не должно быть обязательным, а должно осуществляться на индивидуальной основе, когда он считает такое назначение необходимым: предусматривая оговорку на случай рассмотрения дела с участием медиатора... (а) в случае участия медиатора, чтобы помочь должнику и кредиторам успешно осуществлять переговоры относительно плана реструктуризации»<sup>1</sup>.

100. В Рекомендации дальше ничего не сказано об этих двух функциях. Отчет об оценке немного более проработан: «Роль медиатора заключается в оказании сторонам помощи в достижении компромисса по плану реструктуризации. Медиатор может быть назначен ex officio или по требованию должника или кредиторов, если стороны не могут самостоятельно вести переговоры. Роль наблюдательных органов заключается в том, чтобы осуществлять наблюдение за действиями должника и кредиторов и обеспечивать их добросовестность по отношению к органам кредиторов и соответствие закону. Он не осуществляет повседневную деятельность по управлению бизнесом должника. Наблюдательный орган может быть назначен в каждом конкретном случае, например, когда существует риск злоупотребления мораторием на исполнительские действия или существует высокий риск заключения определенных сделок должником. Однако назначение наблюдательного органа должно быть исключительным случаем»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Важное значение для посредничества имеет также положение о координации несостоятельности групп компаний в ст. 72 ЕРПН (2015) («Задачи и права координатора»), п. 2: «2. Координатор также может: (а) быть заслушанным и участвовать, в частности, посещая собрания кредиторов, в любом разбирательстве, возбужденном в отношении любого члена группы; (б) посредничество в любом споре, возникающем между двумя или более неплатежеспособными членами группы».

<sup>2</sup> Рекомендация Комиссии (2014) 32.

### 1.1.2.1. Медиация в вопросах гражданского и коммерческого права

101. В Европе Директива о некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих спорах вступила в силу в 2008 г.<sup>1</sup> Директива должна была быть имплементирована в законодательство государств-членов до 21 мая 2011 г.

102. Директива регулирует медиацию не в национальных делах, а в трансграничных спорах, в которых по крайней мере одна сторона находится или проживает в государстве-члене, отличном от государства другой стороны, на дату, к которой, например, стороны соглашаются использовать медиацию после возникновения спора<sup>2</sup>. В Директиве медиация рассматривается как категория альтернативного разрешения споров (ADR), которая определяется как «ряд процедур, которые служат альтернативой судебному разбирательству в судах для разрешения споров, в основном посредничество и помощь нейтральной и беспристрастной третьей стороны»<sup>3</sup>.

103. Медиация отличается от других процедур альтернативного разрешения споров, таких как арбитраж, поскольку стороны в конечном счете принимают свое собственное решение. Существует третья сторона, посредник, но он (она) только направляет стороны, их разбирательство и переговоры о заключении соглашения. Другое отличие состоит в том, что медиация является добровольным процессом, в то время как арбитраж часто обязателен, а его результат (арбитражное решение) подлежит принудительному исполнению<sup>4</sup>. Хотя арбитраж

---

<sup>1</sup> Директива Европейского парламента и Совета 2008/52 / ЕС от 21.05. 2008 «О некоторых аспектах медиации в гражданских и коммерческих вопросах» (Директива о медиации).

<sup>2</sup> Статья 2 (1) Директивы о медиации.

<sup>3</sup> H.J. Brown & A.L. Marriot, ADR Principles and Practice (London: Sweet & Maxwell, 1999). P. 12.

<sup>4</sup> Примерно через шесть лет с момента его принятия медиация в гражданских и коммерческих делах, несмотря на его доказанную и многочисленную выгоду, все еще используется менее чем в 1% случаев в ЕС. Общий обзор различий в регулировании медиации в Европе см.: Manon Schonewille and Fred Schonewille (eds.)? Пестрый ландшафт медиации (The Hague: Eleven International Publishing, 2014). Для более глубокого изучения ср.: Guiseppe De Palo, Leonardo D'Urso, Mary Trevor, Bryan Branon, Romina Canessa, Beverly Sawyer & L. Reagan Florence «Перезагрузка» Директивы о медиации: оценка ограниченного воздействия ее реализации и предложение мер увеличения числа медиаций в ЕС: Отчет для Европейского парламента за 2014 год (доступно на: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/Join/2014/493042/IPOL- JURI\\_ET \(2014\)493042\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/Join/2014/493042/IPOL- JURI_ET (2014)493042_EN.pdf)).

в делах о несостоятельности имеет место в Европе, в Отчете его рассмотрение не предусмотрено<sup>1</sup>.

104. В Европейском союзе с 1998 г. уделяется внимание вопросам медиации. Европейская комиссия вынесла Рекомендацию об альтернативных способах разрешения потребительских споров<sup>2</sup>. В 2001 г. Комиссия опубликовала вторую Рекомендацию о согласованном разрешении потребительских споров<sup>3</sup>. Впоследствии была выпущена «Зеленая книга об ADR»,<sup>4</sup> разработан Кодекс поведения медиаторов<sup>5</sup> и в 2008 г. вступила в силу Директива о медиации.

105. Европейская комиссия заявила о цели обеспечения наилучшего доступа к правосудию в рамках политики ЕС по дальнейшему созданию зоны свободы, безопасности и правосудия, которая должна включать доступ к судебным, а также внесудебным методам разрешения споров. Директива о медиации должна способствовать надлежащему функционированию внутреннего рынка, особенно в том, что касается доступности посреднических услуг. В Директиве «медиация» определяется как «структурированный процесс, как бы он ни назывался

---

В мае 2016 г. Европейская комиссия должна сообщить о применении Директивы и, если необходимо, предложить поправки к Директиве. Процесс консультаций начался в конце сентября 2015 г. ([http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/150910\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/civil/opinion/150910_en.htm)).

<sup>1</sup> См., например: Girsberger, Die Stellung der gesicherten Gläubiger in der internationalen Insolvenz // 70 *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2006, 535. В качестве иллюстрации см.: Канцелярский отдел 8 апреля 2004 г. (Dobb White & Co). Английский ликвидатор добивался санкции суда в соответствии с разд. 168 (3) Закона о несостоятельности 1986 г. за соглашение о сотрудничестве между ним и назначенным США управляющим компании, зарегистрированной на Багамах. Считалось, что обе компании были вовлечены во всемирную схему мошенничества с пирамидами. Поскольку между двумя должностными лицами имелись споры относительно того, какие активы находятся под их юрисдикцией, соглашение было направлено на то, чтобы избежать потенциальных споров путем объединения всех активов, где бы они ни находились за пределами США, с любыми разногласиями, которые должны быть разрешены в арбитраже, с последующей санкцией суда.

<sup>2</sup> Рекомендация Комиссии 98/275 / ЕС, 30.03.1998.

<sup>3</sup> Рекомендация Комиссии 01/310 / ЕС, 04.04.2001.

<sup>4</sup> COM (2002) 196, 04.2002 («Зеленая книга» об альтернативном разрешении споров в гражданском и коммерческом праве).

<sup>5</sup> Кодекс содержит принципы, которым могут следовать посредники. Медиаторы могут делать это добровольно и под свою ответственность. Кодекс может использоваться во всех гражданских и коммерческих делах. Кодекс описывает экспертизу, беспристрастность и независимость посредника, основные принципы мирового соглашения и конфиденциальность. См.: [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf)

или упоминался, посредством которого две или более стороны спора пытаются на добровольной основе самостоятельно достичь соглашения об урегулировании своего спора с помощью посредника». Этот процесс может быть инициирован сторонами или предложен, или предписан судом или предписан законодательством государства-члена<sup>1</sup>. В Своде 6 разъясняется, почему следует поощрять медиацию: «Медиация может обеспечить эффективное по затратам и быстрое внесудебное решение, разрешение споров по гражданским и коммерческим вопросам с помощью процессов, адаптированных к потребностям сторон. Соглашения, являющиеся результатом медиации, с большей вероятностью будут выполняться добровольно и с большей вероятностью сохранят дружеские и устойчивые отношения между сторонами. Эти преимущества становятся еще более заметными в ситуациях, когда присутствуют трансграничные элементы».

106. В тех случаях, когда в ЕС институт медиации получил большую поддержку в форме Директивы о медиации 2008/52/ЕС, последнее исследование утверждает, что его реализация вызывает только неоднозначные впечатления. Исследование показывает, что минимальная общая правовая основа для медиации в государствах-членах не была ратифицирована в Бельгии, в Финляндии только в отношении судебного посредничества, в то время как Нидерланды и Великобритания внедрили Директиву только в отношении трансграничного посредничества. Полностью международная имплементация состоялась, например, в Испании и Португалии. Согласно упомянутому исследованию хорошо развитые и широко применимые медиационные инструменты доступны в Болгарии, Хорватии, Италии и Испании, в то время как Швеция и Нидерланды предоставляют только минимальный набор правил, в основном связанных с обеспечением соблюдения регулирования<sup>2</sup>. Хотя с точки зрения происхождения Директивы о медиации упомянутое исследование не раскрывает, а докладчики не нашли подтверждения тому, имела ли в виду Комиссия также споры по вопросам реструктуризации или несостоятельности, предполагается, что «гражданские и коммерческие вопросы» включают вопросы «санации и несостоятельности»<sup>3</sup>. Однако в некоторых странах, в том числе

<sup>1</sup> Статья 3 (а) Директивы о посредничестве.

<sup>2</sup> Carlos Esplugues Mota (ed.), *Civil and Commercial Mediation in Europe (Volume II: Cross-Border Mediation)*, Cambridge-Antwerp-Portland: intersentia 2014), 769 ect.

<sup>3</sup> В том же духе: Horst Eidenmüller and David Griffiths, *Mediation in Cross Border Insolvency Procedures*, 2009 (доступно на: <http://www.gforensics.com/resources/CrossBorderMediation.pdf>).

в Бельгии и Испании, медиация относится к санации и несостоятельности. Прежде чем раскрыть национальные меры по данному вопросу, следует упомянуть несколько международных и сравнительно-правовых источников по данному вопросу.

### 1.1.2.2. Международное развитие медиации в банкротстве

107. На глобальном уровне медиация в период до банкротства «неформальной реструктуризации» поощряется<sup>1</sup>. Например, Принципы эффективной системы несостоятельности и прав кредиторов Всемирного банка, Принцип В4 («Неформальные процедуры санации»):

«В4.1. Неформальные процедуры реструктуризации могут действовать лучше, если они позволяют кредиторам и должникам использовать неформальные методы, такие как добровольные переговоры или медиацию или неформальное разрешение споров. Принимая во внимание, что для своевременного разрешения споров между кредиторами важен надежный метод, финансовый наблюдатель должен играть вспомогательную роль, согласуемую со своими обязанностями по регулированию, а не принимать активное участие в разрешении споров между кредиторами.

В4.2. Если внесудебная процедура основывается на формальной реструктуризации, формальное разбирательство должно позволять быстро утвердить соглашение, предварительно принятое во внесудебном порядке.

В4.3. В контексте системного кризиса или когда уровни корпоративной несостоятельности достигли системной стадии, неофициальные правила и процедуры, возможно, должны быть дополнены временными системными мерами по решению острых вопросов и обстоятельств, направленными на последующее содействие проведению реструктуризации. Такие временные меры обычно предназначены на период кризиса и урегулирования без ущерба для обычных процедур и систем».

Из приведенной формулировки и контекста, по-видимому, следует, что предусмотренному неформальному процессу урегулирования будет способствовать добровольное ведение переговоров или посредничество, проводимое государственным финансовым наблюдателем<sup>2</sup>. Также

---

<sup>1</sup> Предварительное исследование. См.: Bob Wessels, *Mediation in restructuring and insolvency*, in *Tijdschrift voor Arbitrage* 2016/03. P. 59 и т.д.

<sup>2</sup> Азиатский банк развития разработал принципы, касающиеся внесудебного урегулирования, включая ссылки на медиацию, которые должны быть приняты и применяться в качестве стандартов банковской и финансовой индустрии, например, Прин-

представляется, что Принцип не затрагивает дела о несостоятельности корпораций, которые не достигли системных уровней.

108. INSOL International, Всемирная федерация национальных организаций бухгалтеров и юристов, широко специализирующаяся в области несостоятельности, опубликовала в 2000 г. Заявление о принципах глобального подхода к *оздоровлению с участием множества кредиторов* – неформальная реструктуризация с большим количеством кредиторов (*Multi-Creditor Workouts*) (которое было пересмотрено в 2017 г.). Заявление содержит восемь принципов, предусматривающих «лучшие

---

цип 15 («Стремясь разрешать споры между кредиторами или между должником и его кредиторами, следует учитывать возможность передачи таких споров с согласия участвующих сторон посредничеству»). Неформальный подход к роли финансового надзора, выступающего в качестве посредника или обеспечивающего доступ к независимым посредникам, который создает условия для переговоров между всеми вовлеченными сторонами, получил название «лондонский подход» (см.: Кент П., Лондонский подход // 33 Ежеквартальный бюллетень Банка Англии. 1993. С. 110; Он же, Корпоративное внесудебное урегулирование долгов – перспектива Великобритании // Международный обзор неплатежеспособности. 1997. С. 165; Армор Дж. и Дикин С. Нормы частной несостоятельности: лондонский подход к разрешению финансовых проблем // Журнал исследований корпоративного права. 2001. № 1. С. 251 и след.; Либерман Айра, Гоббо Мария, Мако Уильям П. и Нейенс Рут Л., Недавний международный опыт использования добровольных тренировок в трудных условиях // Майкл Померлеано и Уильям Шоу (ред.), Корпоративная реструктуризация: уроки из опыта (Всемирный банк. 2005). С. 59; Бо Се. Сравнительное законодательство о несостоятельности: подход; пакетное решение в области корпоративного спасения // Edward Elgar Publishing, 2016. С. 22 и след.). Описывающие четыре фазы в процессе. Этот особый подход, использованный финансовым инспектором для стимулирования или организации «корпоративного внесудебного урегулирования долгов», был введен или применялся в Индонезии в 2000 г. («джакартская инициатива»), Турции («стамбульский подход»), Кореи и некоторых других странах (см.: Гарридо Хосе М., Внесудебная реструктуризация долга: исследование Всемирного банка. Вашингтон: Международный банк реконструкции и развития / Международная ассоциация развития или Всемирный банк, 2012). В 2005 г. в Нидерландах был сделан призыв со ссылкой на «лондонский подход», на «голландский подход» к внесудебным корпоративным реорганизациям в Нидерландах (см.: Адриансе Ж.А.А., Перестройка в тени закона: неформальная реорганизация в Нидерландах: докт. дис. Университет Лейдена. Девентер: Kluwer, 2005). Однако следует отметить, что из-за изменений в (международном) кредитовании и финансировании (более строгие правила в отношении капитала банков, рост хедж-фондов) «лондонский подход» в значительной степени утратил свою первоначальную функцию (см.: Вэссельс Боб., Международное законодательство о несостоятельности. Ч. I: Глобальные перспективы в области законодательства о трансграничной несостоятельности: Закон о несостоятельности Весселя: Т. X. 4-е изд. Deventer: Kluwer, 2015), п. 10107; см. также: Патерсон Сара, Торг в финансовой реструктуризации: рыночные нормы: юридические права и нормативные стандарты // 14 Journal of Corporate Law Studies. 2014-2. Р. 333 и след.: «...особенно приход инвесторов с проблемной задолженностью на лондонский рынок ослабил и в конечном счете разрушил эффективность лондонского подхода».

практики» для компаний, испытывающих финансовые затруднения и имеющих большое количество (иностранных) кредиторов.

109. Принципы не зависят от юрисдикции и поэтому применимы независимо от правовой системы в этой конкретной стране<sup>1</sup>.

110. В Практическом руководстве ЮНСИТРАЛ (2009) предлагаются конкретные положения, которые должны быть включены в трансграничные соглашения о несостоятельности (Протоколы). Разделив разрешение споров в таких трансграничных соглашениях на две группы<sup>2</sup>, Практическое руководство (Practice Guide) на основе оценки трансграничных протоколов, используемых в международной практике, объясняет, как можно обеспечить продолжение кооперации между процедурами разных государств и sobлюсти основную структуру, установленную соглашением.

111. Практическое руководство (*Practice Guide*) выявило, что в некоторых пунктах об урегулировании споров используются положения, в которые включено привлечение третьей стороны для разрешения споров: «...в соглашении может быть конкретизирована процедура медиации, которой необходимо следовать, регулируя такие вопросы, как открытие производства; отказ от участия; график; выбор и назначение медиатора; компенсация; иммунитет; а также конфиденциальность процесса»<sup>3</sup>.

112. В США медиация часто используется в процедурах несостоятельности, в том числе в случаях, предусмотренных гл. 11<sup>4</sup>. В качестве альтернативы судебному разбирательству по делу о банкротстве в делах о личном банкротстве медиация использовалась в спорах, связанных

---

<sup>1</sup> Публикация демонстрирует, что Принципы одобрены Всемирным банком, Банком Англии и Ассоциацией британских банкиров. Текст Принципов см.: Вессельс Боб и Бун Герт-Ян., Закон о трансграничной несостоятельности: международные инструменты и комментарии: 2-е изд.: Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, п. 18.

<sup>2</sup> Первый вид относится к спорам, которые могут возникнуть в связи с намерением, толкованием, выполнением или исполнением соглашения. Другие споры могут касаться определенных видов (потенциальных) конфликтов в производстве по делу о несостоятельности и предусматривают особые правила их разрешения. Примером устройства второго типа для разрешения споров является создание схемы подачи особых претензий (например, претензий по гарантии) в специальный трибунал или арбитражную комиссию для решения вопросов, которые в противном случае могли бы включать сложные и неопределенные вопросы коллизионного права или выбор форума (см.: Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009), п. 74 и след.).

<sup>3</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009), п. 68.

<sup>4</sup> I. Meier, Mediation and Negotiation in a Court or in an Out-of-Court Reorganization Procedure, in H. Peter, The Challenges of Insolvency Law reform in the 21<sup>st</sup> Century: facilitating Investment and Recovery to enhance Economic Growth. Zürich: Schulthess, 2006. P. 292 ect.

с взысканием активов с третьих сторон в пользу имущественной массы, спорах, связанных с исками против должника и спорах между кредиторами о распределении недвижимых активов<sup>1</sup>. В 2015 г. заявлено, что в США для сложных реструктуризаций с большим количеством сторон «использование медиации для согласования плана реструктуризации, хотя в данных случаях и не является стандартным протоколом, стало общепринятым и больше не является спорным»<sup>2</sup>. Сферы использования медиации включают собрания кредиторов (чтобы кредиторы договаривались и соглашались относительно своего голосования по плану реструктуризации – плану урегулирования долгов) или структурированные переговоры для управления и разрешения большого количества претензий. О медиации много говорилось в связи с банкротством *Lehman Brothers* в порядке гл. 11, где медиация использовалась для ведения переговоров и посредничества в сотнях споров, возникающих из деривативных контрактов из-за подачи *Lehman* на банкротство.

113. Из Отчета за январь 2016 г. в деле *Lehman Brothers Holding Inc.* и его филиалов следует, что совокупная сумма 495 альтернативных процессов превысила 3 млрд долл. для различного имущества. Расчеты были сделаны по 424 спорам, рассмотренным с помощью альтернативных методов с участием 541 контрагента. До 13 января 2016 г. 245 споров достигли стадии медиации и были завершены, 232 были урегулированы в ходе или после медиации; только 13 медиационных процедур были прекращены и остаются неразрешенными<sup>3</sup>. В последнее время в США медиация использовалась в более крупных, многосторонних реструктуризациях. Расходы на медиацию, включая компенсацию услуг медиатора, были оплачены имуществом из конкурсной массы<sup>4</sup>. Цель

<sup>1</sup> См. *Jacob Aaron Esher, Lisa Hill Fenning Erwin I. Katz, The ABI Guide to Bankruptcy Mediation: 2<sup>nd</sup> ed.*, 2009.

<sup>2</sup> *Jack Esher, Recent Use of Mediation for Resolution and Effective Management of Large Case Insolvencies // International Corporate Rescue. 2015-6. P. 349 et.*

<sup>3</sup> Письмо уважаемому Шелли Чепмену по поводу семьдесят третьего ДОПОГ. Отчет о состоянии см.: <https://www.americancollegeofbankruptcy.com/file.cfm/31/docs/Mediation%20in%20restructuring%20and%20insolvency%20-%20Tijdschrift%20voor%20Arbitrage.pdf>

<sup>4</sup> Случаи включают Residential Capital LLC, Cengage Learning Inc., Nortel Networks, Radio Shack и Energy Future Holdings Corp. (см.: Эшер Джек, Недавнее использование посредничества для разрешения и эффективного управления крупными банкротствами // *International Corporate Rescue 2015-6. 350/351*, а также: Федер Бенджамин Д. и Хан Дэвид, Посредничество в крупных случаях по главе 11 (доступно: <http://www.abi.org/committee-post/mediation-in-large-chapter-11-cases>). Многие судьи по банкротству назначаются посредниками, см., например: Пек Джеймс М. Нон., Переговоры по урегу-

этих медиационных услуг заключается в том, чтобы все стороны нашли точки соприкосновения при защите своих интересов: «Основной успех в больших и сложных делах по главе 11 исходит из способствования сторон в достижении результата, а не просто оценки требований... и интересов всех кредиторов для оперативного разрешения, вместо многолетнего дедлока»<sup>1</sup>. Эшер утверждает, что в ЕС медиация в деле о несостоятельности «может быть проблематичной без какой-либо процессуальной формы или обязательной принудительной силы»<sup>2</sup>.

114. Согласно сообщению Комиссии АИБ по реформе гл. 11 в декабре 2014 г., Комиссия обсудила предложение о более структурированном процессе обмена информацией и установлении параметров ведения переговоров, а также о том, должен ли суд участвовать в этом процессе с самого начала. Комиссия осознала ценность роли медиатора, но выразила обеспокоенность по поводу издержек и одностороннего подхода к медиатору. Она пришла к выводу, что медиатор, скорее всего, станет ценным приобретением во многих случаях, но полагала, что он будет более эффективным инструментом, если его привлекать на основании обстоятельств конкретного дела<sup>3</sup>.

### 1.1.2.3. Банкротная медиация в ЕС

115. В ЕС медиация в делах о несостоятельности рассматривается в некоторых государствах-членах, но, как представляется, ее развитие остается в зачаточном состоянии. Во многих государствах-членах медиация является инструментом, используемым при банкротных

---

лированию в главе 11, после WAMU: точка зрения посредника по плану, in 22 American Bankruptcy Law Review. 2014. P. 65 et seq. О причинах привлечения судей к посредничеству см.: Миллер Карлин Дженис, Слово «М»: размышления о медиации // ABI. 2015. 26 нояб., 26 и след. Американский институт банкротства (АБИ) установил свое правило о местном посредничестве суда по делам о банкротстве (Правило 9019), чтобы помочь судам в установлении стандартов для организации назначенного судом посредничества, см., например, для суда США по делам о банкротстве округа Делавэр «Правило 9019-5. Посредничество» (<http://www.deb.uscourts.gov/content/rule-9019-5-mediation> посредничество). Спустя примерно пять лет 40-часовое обучение American Bankruptcy Institute/St. John's Bankruptcy Mediation было открыто для всех, кто заинтересован в посредничестве в деле о несостоятельности.

<sup>1</sup> Benjamin D. Feder and David Hahn, Mediation in Large Chapter 11 Cases (доступно на: <http://www.abi.org/committee-post/mediation-in-large-chapter-11-cases>).

<sup>2</sup> Jack Esher, Recent Use of Mediation for Resolution and Effective Management of Large Case Insolvencies // International Corporate Rescue. 2015-6. P. 351.

<sup>3</sup> Отчет АБИ (2014), 161. В Отчете (181) предлагается использование посредника в вопросах оценки.

переговорах без конкретных положений в соответствующем банкротстве либо в законе<sup>1</sup>, хотя ряд юрисдикций фактически предусматривают регулирование медиации. В Бельгии по вопросам несостоятельности *schuldbemiddelaar* ‘*ulu*’ *mediateur dettes*’ упоминается в Приложении В к ЕРПН (2015). С момента вступления в силу в 2009 г. Закона Бельгии о непрерывности деятельности компаний *Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO)* содержит статью о медиаторе компании (*ondernemingsbemiddelaar*), который может помочь реорганизовать компанию<sup>2</sup>. Однако WCO не уточняет его конкретную роль. В Великобритании Руководство канцелярии Суда 2016 г. заявило, что «где это уместно, суд будет поощрять стороны использовать альтернативное разрешение споров (об этом см. гл. 17) или иным образом помогать им урегулировать дело»<sup>3</sup>. В частности, суд с готовностью предоставит паузу при назначении или на любом другом этапе для назначения медиатора или любой другой формы переговоров об урегулировании. Суд, однако, обычно не предоставляет бесконечное количество времени для этого, и если по какой-либо причине предоставляет большое количество времени, то на условиях, когда стороны регулярно отчитываются перед судом о своих переговорах. Во французской *legal system of mandataire, ad hoc* и *règlement amiable/conciliation* внесудебная санация усиливается. Как правило, она инициируется должником.

116. Следует особо упомянуть пилотный проект «Медиация при рассмотрении дел о банкротстве», реализуемый в Нидерландах и инициированный Окружным судом в Амстердаме в 2012 г. Цель состоит в том, чтобы установить, могут ли быть процедуры, инициированные банкротным управляющим (*curator*), или против него, разрешены быстрее и с меньшими затратами посредством медиации, чтобы сохранить большую часть имущества должника в интересах кредиторов<sup>4</sup>. Проект соответствует заявленному намерению министра юстиции и безопас-

<sup>1</sup> См., например: Uwe Kassing, *Mediation im Insolvenzrecht – Sanierungsmediation* // Fritjof Uwe Haft and Katharina Gräfin von Schlieffen (eds.), *Handbuch Mediation* (3<sup>rd</sup> ed. Beck 2016) for Germany.

<sup>2</sup> Раздел 13 Закона о преемственности компаний (доступно на: <http://www.staatsblad-clip.be/staatsblad/wetten/2009/02/09/wet-2009009047.html>); см.: Moor Bart de, *Gegevensverzameling, de handelonderzoeken en de ondernemingsbemiddelaar* // Stan Brijs Yves Brulard, Bart De Moor, Charles Gheur, Sophie Jacmain, *De wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen* (Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2010). S. 48 ect.

<sup>3</sup> См. ст. 18.2 Руководства (доступно на: <https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/02/chancery-guide-feb-2016.pdf>).

<sup>4</sup> С.Н. Lankhorst, *Mediation ook in faillissementszaken, Bedrijfsjuridische berichten* 2012/32.

ности содействовать разрешению споров посредством медиации. Посреднические процессы контролируются опытными медиаторами. (Надзорный) судья не участвует в посредничестве, но в контексте своей надзорной роли согласится с ним в решении, достигнутом посредством медиации. Протокол был подготовлен для процедуры, и суд создал Бюро по посредничеству и составил список профессиональных медиаторов, которые разбираются в несостоятельности. Хотя еще рано делать выводы, первые впечатления (примерно через два года, основанные на примерно 20 делах) были расценены как положительные<sup>1</sup>, хотя более поздние впечатления показывают, что другие суды в Нидерландах (кроме Окружного суда в Роттердаме), кажется, неохотно полностью поддерживают медиацию<sup>2</sup>. В свете Рекомендации от марта 2014 г. в Нидерландах было предложено дальнейшее изучение методов недопущения (угрозы) несостоятельности.

117. В 2013 г. в Закон Испании о несостоятельности была включена новая глава, регулирующая «медиатора в деле о несостоятельности» и внесудебное урегулирование платежей (*ESP*) в качестве одной из форм ведения переговоров о долгах предпринимателей. Цель *ESP* состоит в том, чтобы гарантировать, что банкротство бизнеса не приведет к обнищанию и разочарованию в той степени, которая не позволяет предпринимателю начать новый бизнес, а скорее, станет средством обучения и прогресса. Этот процесс контролируется независимым профессионалом, медиатором в деле о несостоятельности. Он продвигает и координирует процесс урегулирования, выполняя различные задачи и применяя процедуры, как указано в Законе. Медиатор по делу о несостоятельности имеет право вызывать кредиторов и должника на собрание и составлять план платежей по всем подлежащим уплате долгам.

<sup>1</sup> Annet Draaijer and *Toni van Hees*, Pilot mediation in faillissementszaken // Tijdschrift voor Insolventierecht 2013/40; J.A.A. Adriaanse and *E.J.M. van Beijkerling-Rosmuller*, ADR / Mediation bij (dreigende) insolventie // Tijdschrift voor Arbitrage 2014/51. Первоначальный мотив для метода предотвращения (международной) несостоятельности – также с использованием психологических методов, см.: Jan A.A. Adriaanse, Ellen J.M. van Beukering and I. van der Rest Jean-Pierre, Een aanzet voor een methodiek tot het voorkomen van (internationale) insolventies // Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation and conflictmanagement. 2015 (19) 1. P. 45 ect., где заключается, что Принципы переговоров Гарварда и Принципы INSOL для глобального подхода к внесудебной реструктуризации с участием нескольких кредиторов (см. 1.1.2.2) вносят полезный вклад в структурированный процесс финансовой реструктуризации, в котором участие нейтрального посредника с конкретными ноу-хау и методами управления конфликтами будет иметь важное значение для решения, приемлемого для всех сторон.

<sup>2</sup> <http://www.innovatierechtsbestel.nl>

Он/она назначается коммерческим регистратором или государственным нотариусом по месту жительства должника из числа медиаторов, включенных в список испанских медиаторов и учреждений-медиаторов. Стороны сообщают управляющему в деле о несостоятельности о начале ESP. В течение первых 10 дней после назначения медиатора по делам о несостоятельности составляется список всех долгов и в течение следующих двух месяцев проводится встреча должника и его кредиторов для обсуждения обязывающего соглашения. Посредник в деле о несостоятельности отвечает за оказание сторонам помощи в достижении ESP и контроль за его соблюдением. Медиатор по делу о несостоятельности также имеет право требовать начала производства по делу о несостоятельности перед судьей, если переговоры не продвигаются вперед, если план платежей не принят или ESP нарушен. В случае если медиатор по делу о несостоятельности передает дело о несостоятельности судье для принятия решения, судья назначает медиатора по делу о несостоятельности в качестве управляющего в деле о несостоятельности, что приводит к так называемой последовательной несостоятельности<sup>1</sup>. В других государствах — членах ЕС медиация при несостоятельности еще не стала конкретным инструментом<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> ESP позволяет принуждать несогласных кредиторов (также обеспеченных кредиторов), если достигнуто определенное большинство. ESP открыт только для физических лиц (предпринимателей или нет) или небольших компаний (т.е. компаний с менее чем 50 кредиторами, оценочными обязательствами или оценочной оценкой активов, которые не превышают 5 млн евро), которые находятся в несостоятельной ситуации, могут прибегнуть к этому механизму рефинансирования. Во время переговоров посредством уведомления о несостоятельности должник может подать на трехмесячный дополнительный срок для проведения внесудебных переговоров без необходимости подачи заявления о несостоятельности. Такое уведомление может быть подано должником, торговым регистратором или нотариусом, ответственным за назначение посредника. Если по истечении этого периода ситуация с неплатежеспособностью сохраняется, должник должен будет подать заявление о несостоятельности в следующем месяце. См.: Августин, Слишком много неэффективных поправок к испанскому закону о несостоятельности // International Corporate Rescue 2015. P. 162 ect.; Руис Лаура. Испанский Закон о несостоятельности: законодательство, созданное в результате кризиса // Международная организация по вопросам несостоятельности и реструктуризации, 2015, сент. С. 25 и след.; Burguera Alberto Núñez-Lagos, Recently Enacted Spanish Out-of-Court Debt Restructuring Laws Join the Current European Trend for Efficient Restructuring and lead Innovation for Restructuring Solutions, in International Corporate Rescue. 2015. P. 216 ect. В 2015 г. были внесены некоторые поправки в механизм ESP и роль посредника. См. Pilar.Galeote, Mediación Concursal El acuerdo extrajudicial de pagos y el mediador concursal', 2015 (доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2659255>).

<sup>2</sup> В Германии в предложении о законодательстве, касающемся несостоятельности групп, может быть назначен координатор группы (Koorditionsverwalter), незави-

#### 1.1.2.4. Мотивы рекомендаций

118. Позитивный опыт в некоторых юрисдикциях, где медиация активно используется для разрешения споров, связанных с реструктуризацией и несостоятельностью, должен побудить законодателей признать, что введение медиатора позволит избежать ненужных затрат и судебных процессов или тупиковых ситуаций в отношении нерешенных споров. Медиация может также эффективно помочь сторонам в достижении компромисса по плану реструктуризации при условии, что медиатор действует независимо. Осторожный баланс состоит в том, что возрастающая роль медиаторов будет иметь смысл только при наличии споров, соответствующих компетенции медиаторов. Например, когда бизнес просто продается как бизнес на ходу новому владельцу, участие медиатора необязательно. Более того, введение обязательной медиации может быть рискованным, учитывая, что они будут получать оплату за счет имущества, поэтому необходимы механизмы сдержек и противовесов (например, контроль со стороны кредитора в случае решения о назначении медиатора).

119. Для продвижения идеи медиации европейские институты должны поддерживать проведение сравнительного и эмпирического исследования по вопросу использования медиации в реструктуризации и несостоятельности. Такое исследование должно охватывать определенный подход к статусу «медиации при реструктуризации и несостоятельности» в государствах — членах ЕС, а также к роли и профессиональной квалификации «медиатора по несостоятельности» в национальном контексте. Он будет включать изучение и предложения относительно общих гражданско-процессуальных рамок, необходимых для полноценного функционирования в качестве такого медиатора, таких как критерии, в соответствии с которыми суд должен назначить медиатора, основы соглашения о медиации, профессиональные качества медиатора, правила конфиденциальности, правила обращения судов к медиации, инициирующих медиацию, юридические последствия медиации (условия давности, незавершенное производство). Такое исследование должно быть сравнительным по своему характеру (страны — члены ЕС), должно также включать в себя США и должно также концентрироваться на вопросе, какие темы должны быть пред-

---

симое лицо, которое может координировать производство по делу, а также может выступать в качестве посредника между индивидуально назначенными управляющими в делах о несостоятельности. См.: Deutscher, Бундестар, 18. Wahlperiode, Drucksache 18/407. S. 23.

метом регулирования на уровне ЕС, а какие могут быть оставлены на усмотрение государств – членов ЕС<sup>1</sup>.

### 1.1.2.5. Рекомендации

**Рекомендация 1.07:** Государствам-членам следует рассмотреть возможность разработки недвусмысленных норм, предусматривающих участие медиаторов в разрешении споров по реструктуризации и банкротству. Следует также учесть, что возложение определенных задач на медиаторов, при условии независимости таковых, помогает избежать лишних расходов и содействует сторонам в согласовании взаимоприемлемого плана реструктуризации.

**Рекомендация 1.08:** Государствам-членам, в которых медиация является допустимой формой разрешения предпринимательских споров или в скором времени будет являться таковой, следует призвать профессиональные объединения разработать профессиональные стандарты для медиаторов в сфере реструктуризации и банкротства, что позволило бы им должным образом осуществлять свою профессиональную деятельность, помогая сторонам избегать излишних расходов.

**Рекомендация 1.09:** Европейской комиссии и другим институтам ЕС следует поддержать проведение сравнительного практического исследования (возможного) использования медиации в вопросах реструктуризации и банкротства.

### 1.1.3. Роль наблюдателя

120. Рекомендация от марта 2014 г., аналогичная введению посредника, открывает двери рынка реструктуризации и законодательства

---

<sup>1</sup> Для дальнейшего изучения см., например: Richard Heuser, *Schiedsgerichtbarkeit und Mediation im Insolvenzverfahren* (Франкфурт-на-Майне: Питер Ланг, 2011); Граф-Шликер Луиза, *Посредничество в Германии: Auf dem Weg zu gesetzlichen Regelungen*; Андреас Бюхлер, Маркус Мюллер-Чен, Ингеборг Х. Швенцер (ред.). *Частное право – национальное – глобальное – сравнительное // Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag* (Stämpfli Verlag AG Bern / intersentia 2011). S. 609–622; Гарридо Хоце М., *Внесудебная реструктуризация долга: исследование Всемирного банка*. Вашингтон: Международный банк реконструкции и развития / Международная ассоциация развития или Всемирный банк, 2012. § 94 и след.; Maximilian Gimbel, *Mediation in Unternehmenskrise und Insolvenz*. Bremen: EHV Academic GmbH, 2014; Sarah Paterson, *Bargaining in Financial Restructuring: Market Norms, Legal Rights and Regulatory Standards*, 14 *Journal of Corporate Law Studies*. 2014-2. P. 333 ect.; Remo Caponi, *Just Settlement or Just About Settlement? Mediated Agreements. A Comparative Overview of the Basics*, 79 *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2015. S. 117.

о несостоятельности для «наблюдателя» (также – наблюдательный орган)<sup>1</sup>. Такой наблюдатель назначается судом в каждом конкретном случае для того, чтобы ограничить судебные формальности и повысить эффективность и сократить судебные издержки. Под заголовком «Содействие переговорам в составлении плана реструктуризации» и подзаголовком «Назначение медиатора или наблюдателя» Рекомендации 8 и 9 определяют (в отношении наблюдателя):

8. Должники должны иметь возможность участвовать в процессе реструктуризации своего бизнеса без открытия банкротства в рамках судебного разбирательства.

9. Назначение наблюдателя судом не должно быть обязательным, а должно совершаться в каждом конкретном случае, когда суд считает такое назначение необходимым: ... (b) в случае с наблюдателем, с целью осуществления надзора за деятельностью должника и кредиторов и принимать необходимые меры для защиты законных интересов одного или нескольких кредиторов или другой заинтересованной стороны»<sup>2</sup>.

### **1.1.3.1. Международное регулирование в отношении наблюдателя**

121. Термин «наблюдатель» не является неизвестным в сфере несостоятельности. Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ в Рекомендации 156 предусматривает:

«(156) Законом может быть установлен механизм контроля за реализацией плана, который может включать надзор со стороны суда, назначенного судом наблюдательного органа, управляющего в деле о несостоятельности или назначенного кредитором надзорного органа».

При сравнении Рекомендаций становится ясно, что последний «наблюдатель» имеет гораздо более ограниченную задачу (контроль

---

<sup>1</sup> Подтверждено в пояснении к ст. 5 проекта Директивы о реструктуризации (2016). Рекомендация от марта 2014 г. гласит: «(17) Для повышения эффективности и сокращения задержек и издержек национальные механизмы превентивной реструктуризации должны включать гибкие процедуры, ограничивающие судебные формальности тем местом, где они необходимы и соразмерны для защиты интересов кредиторов и других заинтересованных сторон. Например, чтобы избежать ненужных затрат и отразить ранний характер процедуры, должники в принципе должны быть оставлены контролировать свои активы, и назначение посредника или наблюдателя не должно быть обязательным, а должно осуществляться в каждом конкретном случае».

<sup>2</sup> С аналогичной ролью в Директиве о реструктуризации предложений (2016) представлен «практик в области реструктуризации». См.: Уэссельс Боб, «Если вы – IP, я – Пифор». Обзор глобальной реструктуризации, декабрь 2016 г. С. 26–27.

за реализацией плана), хотя назначенное лицо также может быть другим лицом или органом, а не судом. В Руководстве<sup>1</sup> отправной точкой является то, что на практике многие планы реструктуризации могут быть выполнены должником без необходимости дальнейшего вмешательства или надзора со стороны суда или управляющего в деле о несостоятельности. Руководство установило, что это особенно важно в случае реструктуризации должника во владении. Однако в соответствии с другими нормами, которые предусматривают, что разбирательство завершается после полного выполнения плана реструктуризации, иногда может потребоваться, чтобы выполнение плана осуществлялось под надзором или контролем независимого лица. В Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов говорится: «В соответствии с несколькими законами о несостоятельности суд постоянно осуществляет надзор за должником после утверждения плана реструктуризации и до завершения его осуществления. Это важно, когда возникают проблемы с толкованием исполнения или обязательств должника или других лиц. Некоторые страны предусматривают, что суд позволяет продолжать осуществлять надзор за делами должника, в той или иной степени, надзорным органом или управляющим в деле о несостоятельности после утверждения плана. Дальнейший подход позволяет кредиторам назначать наблюдателя или представителя для контроля за реализацией плана»<sup>2</sup>.

122. В общую структуру управления Комиссия АИБ, предлагающая пересмотреть процедуру гл. 11<sup>3</sup>, рекомендует ввести новое понятие «нейтральное управление» (*estate neutral*), которое заменит в тексте Кодекса о банкротстве США любые ссылки на «наблюдателя». Согласно существующему американскому Закону о банкротстве наряду с относительно редкой фигурой гл. 11 «доверительный управляющий» (*trustee*), в дополнение к должнику во владении, это «проверяющий», который может быть назначен для расследования дел должника. Что

<sup>1</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009), п. 69.

<sup>2</sup> Затем в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004) (п. 70) для тех случаев, когда должник не выполняет свои обязательства по плану или не выполняет план по какой-либо другой причине, было установлено: одни законы о несостоятельности предусматривают, что суд может прекратить действие плана и преобразовать производство в ликвидацию, другие законы законодательства предусматривают, что план будет прекращен только в отношении конкретного нарушенного обязательства (в противном случае оно остается в силе) или иногда план сам содержит положения, касающиеся дефолта.

<sup>3</sup> См.: Отчет АВИ (2014). Глава 1: Введение, п. 22.

касается его юридических полномочий, то отмечается, что проверяющий не замещает должника во владении или его менеджмент<sup>1</sup>. Комиссия АИБ представляет исследование, из которого следует, что с начала 1990-х гг. проверяющий был назначен примерно в 7% крупных дел, главным образом в крупных спорах. Заявления о корпоративном мошенничестве и неправомерных действиях со стороны инсайдеров или аффилированных лиц должника часто являются причиной для назначения проверяющего, с тем чтобы он мог расследовать такие обвинения. В качестве примера Комиссия упоминает отчеты проверяющих по делам в отношении *Lehman Brothers, Residential Capital u Tribune Company*, проведенных по гл. 11. Эти отчеты оценивали существо претензий, заявленных сторонами в деле, определяли дополнительные потенциальные претензии и основания для иска и предоставляли заинтересованным сторонам важную информацию, касающуюся должника и его дела, которая в противном случае, вероятно, была бы не обнаружена или недоступна<sup>2</sup>. Несмотря на существующую роль проверяющего, Комиссия пришла к выводу, что новая концепция «нейтральное управление» должна заменить проверяющих в Кодексе о банкротстве США. Задача такого нейтрального управления была бы очень гибкой и во многом зависела бы от рассматриваемого случая. Следовательно, задачи или функции не будут четко обозначены или разграничены в Кодексе. Нейтральное управление может быть назначено, в частности, в случаях, когда, например, заинтересованные стороны видят необходимость в оставлении должника во владении, но некоторые вопросы в этом случае нуждаются в независимой оценке либо потому, что должнику было трудно провести расследование, либо потому, что должник и акционеры имеют слишком широкие должностные полномочия, чтобы определить области потенциального компромисса. В целом нейтральный управляющий может играть более широкую роль по сравнению с ролью традиционного проверяющего в случаях, описанных в гл. 11,

---

<sup>1</sup> Экзаменаторство доступно только в том случае, если доверенное лицо не назначено, и только по запросу заинтересованной стороны или попечителя США, а также после уведомления и слушания. См.: Клиффорд Дж. Уайт III и Уолтер У. Теус-младший, Глава 11 Попечители и экзаменаторы после ВАРСА // 80 *American Bankruptcy Law Journal*. 2006. P. 289 *et seq.*

<sup>2</sup> Отчет Кеннета Н. Клее, эксперта, *In re Tribune Co.*, № 08-13141 (26.07.2010); Отчет Антона Р. Валукаса, ревизора, *In re Lehman Bros. Holdings, Inc.*, № 08-13555 (Bankr. S.D.N.Y. 11.03.2010); Отчет Артура Дж. Гонсалеса, ревизора, *In re Residential Capital, LLC*, № 12-12020 (Bankr. S.D.N.Y. 13.05.2013). Отчет раскрывает, что Кеннет Н. Клее и Артур Дж. Гонсалес являются комиссарами.

включая такие роли, как содействие разрешению споров и уменьшение информационной асимметрии<sup>1</sup>.

### 1.1.3.2. Наблюдатели, назначенные судом в ЕС

123. О функции наблюдателя сообщили в двух государствах – членах ЕС. В некоторых случаях в Австрии наблюдение за исполнением в соответствии с планом реструктуризации осуществляет доверенное лицо (*Treuhänder*). Надзор за процессом реструктуризации с самоуправлением поделен между судом по делам о несостоятельности, администратором реструктуризации (*Sanierungsverwalter*) и комитетом кредиторов (*Gläubigerausschuss*). Однако в некоторых случаях надзор за исполнением в соответствии с планом реорганизации также осуществляет доверенное лицо (*Treuhänder*). Во Франции как *Mandat ad hoc*, так и примирительные процедуры (*conciliation proceedings*) проводятся под надзором назначенного судом специалиста (*mandataire ad hoc* или *conciliateur*), чтобы помочь должнику достичь соглашения со своими кредиторами. Во французской практике это обычно подразумевает переговоры по сокращению или отсрочке задолженности должника.

### 1.1.3.3. Мотивы рекомендаций

124. Учитывая, что несколько субъектов могут выполнять задачу по наблюдению за управлением имущественной массой должника, отсутствует какая-либо дополнительная необходимость во введении еще одного наблюдательного органа в правовую базу. Следовательно, государствам-членам следует тщательно оценить, может ли наблюдательный орган быть полезным, возможно, для качества и эффективности исполнения и осуществления плана реструктуризации или для обеспечения моратория на защиту переговоров перед банкротством или в рамках банкротства. Если наблюдательный орган введен, государства-члены должны установить правовые и профессиональные

---

<sup>1</sup> См.: Michelle Harner, *Creating Right Tools for Distressed Companies and Their Creditors* // *ABI Journal* 8 November 2015. P. 8 ect. Пояснив, что вдохновением для концепции «имущественного нейтралитета» послужил также доклад международной рабочей группы. Эту группу возглавляли Вессельс и Де Вейс. См.: Bob Wessels and Rolef J. de Weijs, *The Reform of Chapter 11: Its Process and the Recommendations Made* // Bob Wessels and Rolef J. de Weijs (eds.), *International Contribution to the Reform of Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code (European and International Insolvency Law Studies 2)*, The Hague: Eleven International Publishing 2015. P. 3 ect. Книга содержит доклады из 13 стран мира.

правила, обеспечивающие наблюдательный орган законной основой в национальном законодательстве и набором прав, обязанностей и профессиональных правил, которые гарантируют надлежащее функционирование в его деятельности. В любом случае надзорный орган должен действовать независимо и должен нести ответственность за свои действия перед назначенным им лицом, будь то суд или комитет кредиторов.

#### **1.1.3.4. Рекомендации**

**Рекомендация 1.10.** Государствам-членам следует оценить добавляет ли наблюдатель дополнительную ценность их правовой системе. В случае положительного решения им следует внести в законодательные и профессиональные требования положения о независимости и подотчетности таких наблюдателей.

#### **1.1.4. Управляющие в деле о несостоятельности (также – банкротный управляющий, управляющий)**

125. В ЕС в вопросах реструктуризации и несостоятельности наиболее важными участниками практически любого производства по делу о несостоятельности являются суды и соответствующие лица, управляющие в деле о несостоятельности. Их полномочия и функции основаны на положениях внутреннего законодательства или ограничены ими. В тех случаях, когда роль субъекта выходит за рамки применения обязательных норм законодательства о несостоятельности, она будет определяться, как правило, контрактом, например, договором об оказании услуг управляющего. Статус, полномочия и контроль такого управляющего будут регулироваться договором и в зависимости от обстоятельств применимыми профессиональными или этическими правилами, которые применяются к соответствующим субъектам.

##### **1.1.4.1. Значимые вопросы из национальных отчетов**

126. Национальным докладчикам был задан перечень вопросов, касающихся банкротного управляющего. Ответы на эти вопросы упорядочены в общем порядке ниже. Следует подчеркнуть, что этот порядок не оценивает вопросы, которые имеют косвенное или прямое влияние на эффективность деятельности управляющих в делах о несостоятельности, такие как сила или слабость национальной системы

несостоятельности, открытость к (или нежелание) изменениям в законодательстве о несостоятельности или общий профессионализм ассоциации управляющих в деле о несостоятельности, в то время как также не было проведено исследований эффективности и действенности функционирования управляющего в его повседневной работе. Ответы служат демонстрацией неоднородности того, как принципы и практические вопросы, касающиеся управляющих, включены в национальную правовую базу. Вопросы следующие.

*Кто может быть назначен на должность банкротного управляющего?*

127. В 13 рассмотренных странах управляющим может быть:

(i) юрист с адвокатской лицензией (в Бельгии по делам о банкротстве; Греция; в Италии *commissari giudiziali*; общей практики в Нидерландах);

(ii) специально назначенный специалист (в Англии и Уэльсе: лицензированный управляющий в деле о несостоятельности, лицензия должна быть предоставлена одним из семи профессиональных органов, включая орган в сфере бухгалтерского и юридического дела; во Франции *mandataire judiciaire*; Латвии; в Греции: лицензированный государственный аудитор или бухгалтер/налоговый консультант класса А);

(iii) эксперт, имеющий опыт работы в бизнесе (различные требования в Австрии, в Бельгии по делу о несостоятельности, Германии; Швеции).

128. Во всех этих случаях применяются специфические национальные критерии приемлемости, такие как возраст, уровень знаний, репутация, определенный опыт работы, независимость, беспристрастность, обязательное обучение, «доброе имя» (отсутствие судимости, признание его самого банкротом, отсутствие просроченных долгов и т.д.). Могут быть назначены только отдельные лица (Германия, Англия и Уэльс, Швеция), а не компании (как это требуется в Венгрии)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Фундаментальный взгляд: Конституционный суд Германии (Bundesverfassungsgericht) 12.01.2016 указал:

«36: ...Работа управляющего в деле банкротстве уже не может рассматриваться в качестве отдельной деятельности в качестве юриста, налогового советника, бизнес-консультанта или бухгалтера ... Несомненно, что функция управляющего должна основываться на требованиях независимой автономной профессии... 62: Исключение юридических лиц с позиций управляющих по делам о несостоятельности заключается в обеспечении надлежащего ведения производства по делу о несостоятельности, которое обеспечивает высокий юридический стандарт (*dient einem Rechtsgut von hohem Rang*). Как было продемонстрировано, процедура несостоятельности, являясь частью законодательства об обращении взыска-

В Испании организация может быть назначена, в случае если один из ее членов является зарегистрированным юристом, а другой ее член является экономистом или аудитором.

*Как они назначаются?*

129<sup>1</sup>. Результаты нашего опроса позволили выделить пять моделей:

(i) выбор и назначение управляющего судом, например, Франция, Германия (если предварительный комитет кредиторов одобрит), Греция, Нидерланды, Польша, Испания, Швеция);

(ii) кредиторы влияют на выбор управляющего (Бельгия, Болгария, Англия, Эстония, Румыния);

(iii) на выбор влияет должник, либо назначается должником (Бельгия);

(iv) выбор без участия суда или кредиторов (например, путем жеребьевки или электронной системы) (Венгрия, Литва, Словакия, Словения); или

(v) выбор и назначение государственным органом (Латвия, если должник и кредиторы не могут договориться о конкретном канди-

---

*ния, направлена на защиту и исполнение конституционного защищаемого частного интереса и является значимым элементом судебных гарантий, предоставляемых государством (der vom Staat geschuldeten Justizgewähr)... Учитывая высокую значимость банкротных процедур для прав, защищаемых конституцией, исключение юридического лица не является непропорциональным по отношению к цели обеспечения эффективного производства по делу о несостоятельности, которое закреплено в законе, гарантирующее личное доверие к управляющему, находящемуся под надзором суда по делу о банкротстве». (ZIP 7/2016, 321), с комментариями Römermann; EWiR 5/2016, с комментариями Flöther; Бек «Wann – endlich – kommt das Berufsrecht für Insolvenzverwalter?» (NZI 5/2016); Ханнс Прюттинг «Eigenständiges Berufsrecht für Insolvenzverwalter?», Мари Луиза Граф-Шликер, Вильгельм Уленбрюк, Ханнс Прюттинг (eds.), Festschrift für Хайнц Валлендер цум 65. Geburtstag. С. 471–488.*

<sup>1</sup> В Германии ведутся ожесточенные дебаты о том, является ли оправданным ограничение назначения на должность управляющего (Seagon Christopher, Beschränkung des Verwalteramts auf natürliche Personen: Ungleichbehandlung aus gutem Grund! (NZI. 2015. S. 825 и след.). Профессиональные правила юристы применяют к автономной функции ИОН, принятой AGH Munich 17.02.2014 (ZIP 17/2014, 830), с критическим комментарием Römermann и Федерального верховного суда 06.07.2015 (ZIP 2015, 1546). Verband Insolvenzverwalter Deutschlands (VID), Немецкая ассоциация ИОН. См. также: Торстен Грэбер, Die Entwicklung der Verwalterauswahl in der Insolvenzordnung // Marie Louise Graf-Schlicker, Вильгельма Уленбрука, Hanns Prütting (eds.). Festschrift für Heinz Vallender zum 65. Geburtstag Komus GmbH: 2015, Köln. S. 165–182; Поллмахер Фрэнк и Симон Клаус, Der Bunderinsolvenzverwalter für die InsO or die unverbindliche Vorauswahlliste // NZI 4, 2017. S. 93–99.

дате). В Латвии надзор за управляющим в деле о несостоятельности осуществляет государственный орган и суд. Агентство контролирует деятельность управляющего в деле о несостоятельности и имеет право принимать обязательные решения (например, обязать администратора требовать прекращения определенной процедуры, поскольку должник не соблюдает требования).

*Какие полномочия они имеют в каждой соответствующей процедуре?*

130. Как указывается в национальных докладах, почти во всех правопорядках полномочия банкротного управляющего вытекают непосредственно из применимого законодательства. Национальное законодательство разрешает лицам, практикующим в делах о несостоятельности, принимать меры или вмешиваться в деятельность на юридических должностях, которые им не разрешалось бы занимать без таких законов. В разных странах полномочия управляющего привязаны к конкретным процедурам, но поскольку они касаются активов должников, они, как правило, достаточно широкие, например: управление бизнесом должника, заключение новых контрактов от его имени, продажа его активов, принятие решения по исполнению контрактов, выявление требований кредиторов должника, сохранение прав и претензий должника, принятие решений по незавершенным судебным процессам или платежам кредиторов. В разных странах существуют различия в отношении того, как регулируются определенные особые действия, которые желает предпринять управляющий, например, требуется ли управляющему предварительное одобрение надзорного судьи, суда или комитета кредиторов, например, на продолжение предпринимательской деятельности, немедленная продажа скоропортящихся товаров, продолжение незавершенного производства, завершение урегулирования с кредиторами, промежуточный платеж кредиторам, возбуждение производства по делу о привлечении менеджеров к ответственности, платеж обеспеченному кредитору вместо реализации залога, или частная (неаукционная) продажа определенного имущества. Определенные полномочия управляющего напрямую связаны с выполнением упомянутых полномочий или вытекают из них, такие как (опять-таки по-разному в зависимости от страны и конкретного рассматриваемого процесса) (а) сбор имущества и его активов, среди которых также действия по «реструктуризации» имущества, например, путем аннулирования предшествующих транзакций; (б) составление инвентаризационного

списка активов и сохранения имущества и обеспечения того, чтобы активы не были распроданы; (с) опись имущества, а также оценка его составных частей и (d) составление отчета об активах и обязательствах, демонстрирующих характер и размер активов и пассивов, а также установление кредиторов и размер их требования (включая при необходимости проверку обоснованности их требований).

*Какие у него обязанности и перед кем он отвечает? Какие санкции применяются за нарушение обязанностей и есть ли какой-либо риск личной ответственности?*

131. В этом разделе ответы тоже различаются. Практически во всех странах, где есть применение санкций, проводится различие между официальными разбирательствами и действиями управляющих, выходящих за рамки официальной сферы. Обязанности управляющего основаны на общей норме (например, надзор за бизнесом, Австрия в процедурах URG; обязанность — обеспечить справедливый баланс заинтересованных сторон, кредиторов и любых других сторон, участвующих в английском CVA) с общими требованиями (например, усердие, требование быть «хорошим» исполнительным лицом; профессиональные стандарты и поведение, ожидаемые от уполномоченного управляющего в деле о несостоятельности; он должен действовать так, как это разумно ожидается от администратора с должным пониманием и опытом, который выполняет свою задачу пунктуально и исполнительно), иногда выявляются небольшие нарушения (небольшой небрежности) либо для конкретных лиц, либо для всех лиц в сфере интересов, которые управляющий в деле о банкротстве должен защищать. В Швеции Закон о реструктуризации компании не содержит каких-либо положений об ответственности в виде возмещения убытков для администратора, но в литературе утверждается, что такая же ответственность, как в соответствии с Законом о банкротстве, применяется также к администраторам при реструктуризации компании, но это все еще открытый вопрос. Конкретные обязанности могут существовать на основе конкретных норм (например, отчитываться, созывать собрание), а во французском отчете также упоминается уголовная ответственность для должностных лиц. В вопросах гражданской ответственности применяются либо конкретные правила, либо часто общие принципы гражданского права страны. В Греции, например, управляющие в делах о несостоятельности (*syndicos*), специальный администратор в соответствии с L. 4307/2014 и специ-

альный агент отвечают перед должником и кредиторами за любые правонарушения, тогда как перед любой третьей стороной они несут ответственность только за умышленную или грубую неосторожность и небрежность.

132. Сама ответственность связана с функциями управляющего (при выполнении соответствующих обязанностей), а также может быть личной, например, на общую сумму причиненных убытков и подлежит установлению в рамках производства по делу о несостоятельности или в рамках общего гражданского судопроизводства. В Польше, например, управляющий конкурсной массой, судебный надзорный орган и администратор, назначенные в соответствующем разбирательстве, действуют от своего имени, но за счет обанкротившегося должника; они не несут ответственности по обязательствам, связанным с имуществом банкрота, но могут нести ответственность за любой ущерб, вызванный ненадлежащим исполнением своих обязанностей. Почти во всех странах в ходе официального разбирательства управляющий может быть отстранен или заменен по просьбе всех сторон либо конкретной стороны, либо по ее собственному прошению, либо по инициативе суда *ex officio*. В некоторых случаях суд может обязать администратора выполнить конкретное действие или воздержаться от него, или обязать созвать собрание кредиторов для принятия конкретного решения.

133. В некоторых странах применяется дисциплинарный процесс, когда нарушения общих норм (например, любое нарушение профессиональной этики и любое нарушение честности или порядочности, даже не связанные с профессиональной практикой) могут быть основанием для привлечения к дисциплинарной ответственности (например, во Франции, Англии, Венгрии). В испанском докладе отмечается, что для медиатора в деле о несостоятельности не предусмотрено каких-либо конкретных обязанностей, кроме общих полномочий, которыми он обладает, при этом для медиатора в деле о несостоятельности отсутствует режим санкций в отличие от того, что происходит с управляющими в делах о несостоятельности.

#### *Какие обязанности по информированию существуют?*

134. По разным вопросам публикуют сведения или направляют уведомления различными способами (Интернет, официальная газета, общие уведомления) для различных адресатов: неограниченному кругу лиц (доступная информация о любом управляющем, что делает

общедоступной информации о его возможных услугах), всем кредиторам или конкретным адресатам, такие как регистрационный учет компаний (в Венгрии онлайн-подача), акционеры, представители работников или прокурор (Бельгия, Франция). В Германии собрание кредиторов (которое связано условиями конфиденциальности) может потребовать от банкротного управляющего предоставить конкретную информацию. В случае уведомлений необходимо соблюдать определенные формальности и определенные сроки, например: факт назначения, дата начала определенных разбирательств, цель разбирательств, уведомления о собраниях кредиторов, касается ли это разбирательство кредиторов из других стран. Главной обязанностью почти во всех странах является требование уведомлять всех (известных) кредиторов о представлении своих требований для целей включения в реестр кредиторов. Обязанности по представлению отчетности могут быть связаны с конкретной целью привлеченного эксперта (мнение третьего лица в суде, подача определенных документов), в отношении конкретных вопросов, связанных с имуществом, или с намерением инициировать определенные разбирательства (в случае уклонения от совершения сделки или привлечения директоров к ответственности), в отношении определенных сделок (например, превышение определенной суммы). Обязанности по предоставлению информации или отчетности также могут относиться к продолжению деятельности предприятия после начала процесса реструктуризации или к обязательному участию комитета кредиторов. Часто представление предварительных или промежуточных отчетов в суд, орган по регистрации компаний (Италия)<sup>1</sup> или комитета кредиторов являются обязательным, как и составление полной и подробной отчетности (об управлении делами должника, включая финансовую ответственность, причины затруднений компании) может быть связано с завершением процесса реструктуризации или прекращением, или преобразованием определенных процедур. В Польше периодически и ежегодно отчетность представляется в налоговые органы и органы социального обеспечения. Часто (промежуточные) отчеты доступны широкой публике, но в некоторых странах доступ ограничен определенным заинтересованным лицам, таким как кредиторы, в некоторых

---

<sup>1</sup> В ст. 161.VIII итальянского Закона о несостоятельности говорится, что «после подачи ходатайства о предварительном производстве *concordato* и до подачи плана и предложения кредиторам должник должен ежемесячно представлять финансовое положение своей деятельности. Такая ситуация публикуется в реестре компаний секретарем суда (*cancelliere*)».

случаях доступ возможен только после одобрения (надзорного) судьи. Доступ может различаться (и частично совпадать): в офисе управляющего или офисе судебного пристава (в Германии отчеты являются частью материалов суда и могут проверяться кредиторами без дополнительных предварительных согласований) или на веб-сайте. Во Франции отчеты о проделанной работе не должны быть публичными. В Греции управляющий в деле о несостоятельности (*syndicos*) обязан представить собранию кредиторов отчет о финансовом положении должника и причинах, приведших к банкротству, перспективах сохранения бизнеса в целом или его части, его потенциальной жизнеспособности и возможности вступления должника в план реструктуризации, а также прогнозируемые последствия в отношении удовлетворения требований кредиторов. Кроме того, управляющий в деле о несостоятельности обязан представлять доклад о ходе своей работы надзорному судье каждые шесть месяцев. В специальной административной процедуре администратор несет ответственность за все публикации, относящиеся к публичному аукциону (публикация для участия потенциальных инвесторов, публикация о судебном акте о признании победителем участника, предложившего самую высокую цену, и т.д.). Более того, администратор обязан уведомить всех участников аукциона о победе участника, предложившего самую высокую цену. В Испании для медиатора в деле о несостоятельности особого информационного обязательства не имеется.

### *Как они вознаграждаются?*

135. Теоретически вознаграждение управляющих по делам о несостоятельности может быть организовано несколькими способами. Это может быть зарплата в тех случаях, когда управляющий является государственным должностным лицом, государственным служащим или служащим государственного агентства. В странах из нашего опроса мы не встретили такого примера. Вознаграждение может быть основано на почасовой ставке (в Нидерландах рассчитывается за шесть минут; в Бельгии требуется оплата квоты вознаграждения с одобрения судов; в Англии и Уэльсе с 1 октября 2015 г. управляющие, ликвидаторы и доверительные управляющие (*trusty*) в банкротстве также имеют обязанность предоставлять смету кредиторам), фиксированной ставке, проценте от реализации имущества должника, комбинации вышеизложенного или (как в Латвии) на соглашении с должником (в случае отсутствия соглашения вознаграждение составляет одну минимальную

заработную плату в месяц)<sup>1</sup>. Полученная сумма может включать определенные расходы, в том числе расходы на сторонние консультации. Такая общая ставка привязана к описанной базе (стоимости активов; результатам, достигнутым в ходе продажи бизнеса) и может быть пропорционально снижена с учетом стоимости активов или увеличена на основе, например, опыта управляющего и сложности дела. Другая модель — в некоторых странах, предоставляющих базовую систему вознаграждения, заключается в том, что на вознаграждение влияет результат процедуры (например, посредством выплаты «бонуса» за реализацию и распределение или максимизацию возмещения или спасения бизнеса должника).

136. Во всех моделях предусматривается, что любой результат ограничен максимальным размером вознаграждения, которое может быть назначено банкротным управляющим. Во многих моделях размер окончательно определяется в ходе формального разбирательства, что находится в ведении суда, который иногда предварительно консультируется с надзорным судьей. Во Франции представитель кредиторов имеет право на фиксированную плату за дело и за определенное действие (например, реализация активов). Неудивительно, что в предбанкротных процедурах платежи являются результатом соглашения, заключенного между должником и управляющим.

137. В национальных докладах государственные системы оплаты труда описываются довольно подробно. Почти все национальные системы характеризуются тщательным регулированием как в законодательстве, так и в подзаконных актах. Не упоминается тот факт, что определенные схемы вознаграждения могут быть препятствием в подлинном трансграничном сотрудничестве, например, в случае, когда вознаграждение в стране А основано на стоимости продажи активов, в то время как объективно было бы более эффективно включить эти активы в продажу всех активов, инициированных за пределами страны В. Почти во всех системах вознаграждения оплачивает сборы и несет расходы должник. Как следствие, проблемы возникают в тех случаях, когда должник практически не имеет активов или активов не хватает для расчетов.

138. Все вышеперечисленное, по-видимому, подтверждает результаты географически гораздо более ограниченного («в двух словах») исследования, проведенного в 2013 г. на тему независимости назна-

---

<sup>1</sup> Относительно Англии и Уэльса см.: Stephan Leslie, Changes made to insolvency legislation on 1 October 2015, in *Corporate Rescue and Insolvency*. October 2015. P. 210 ect.

ченного судом арбитражного банкротного управляющего<sup>1</sup>. Сравнение регулирования в Бельгии, Германии и Англии демонстрирует разные подходы к положению управляющего по делам о несостоятельности (в рамках официальной процедуры), а также отличие в объеме прав и обязанностей. И то, и другое тесно связано с национальной системой законодательства о несостоятельности. В Бельгии, в принципе, существует исключительная монополия адвокатуры с правилами отбора и назначения и (по отношению к некоторым) подразумеваемым требованием к честности. Бельгийский *Faillissementwet* требует, чтобы управляющий дал клятву и чтобы в начале его работы любой вид конфликта интересов или проявления предвзятости доносились до председательствующего судьи. Кроме того, бельгийский закон содержит систему широкого регулирования конфликта интересов. Германия, однако, прямо упоминает беспристрастность (*Unabhängigkeit*) в своем законе, предполагает назначение «бизнес-консультанта» (*Geschäftskundige*), который не обязан быть юристом, и обеспечивает механизм для судебного обжалования, если это лицо было назначено кредиторами или должником. В Германии вопрос отбора и назначения в значительной степени оставлен на усмотрение судебной власти, тому, как это осуществляется, на практике, в юридической литературе дается крайне неудовлетворительная оценка<sup>2</sup>. Такое же мнение существует в Нидерландах. В Англии существует около пяти процедур и есть семь организаций, которые уполномочены предоставлять лицензии для управляющих (*IOH*). Все эти организации имеют свою собственную систему для назначения и дисквалификации. Английский администратор является судебным должностным лицом — субъект, неизвестный во многих континентальных правовых системах.

#### 1.1.4.2. Значимые международные тенденции

139. По сравнению с пятнадцатью годами ранее банкротные управляющие теперь играют ключевую роль в координации производства по делу о несостоятельности с трансграничными элементами в рамках

<sup>1</sup> Bob Wessels, *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator* (Preadvies Christen Juristen Vereniging (CJV), Zutphen: Uitgeverij Paris, 2013). S. 47 и след.

<sup>2</sup> Ср.: Frind Frank, *Die Unabhängigkeit des (vorläufigen) Insolventverwalters / Sachwalters nach Inkrafttreten des ESUG*, in Хьюго Гроге, Манфреде Обермюллер, Герхард Папе (ред.), *Insolvenz und Sanierung – auf der fthtrs de Fershersteer – auf der fthers Hans Haarmeyer zum 65. Geburtstag* (Carl Heymans Verlag 2013). S. 39–63.

ЕС, к которым с 2002 г. применялся Европейский регламент о процедурах банкротства (2000)<sup>1</sup>, а с 26 июня 2017 г. применяется Европейский регламент о процедурах несостоятельности (2015 г.)<sup>2</sup>. Модель, на которой основан Европейский регламент о процедурах банкротства (2000 г.), может привести к одной основной процедуре несостоятельности с банкротным управляющим, имеющим дело с активами, расположенными в любом другом государстве-члене, или к дроблению производства по делу о несостоятельности, открытому в отношении должника, имеющего активы или сделки в двух или более юрисдикциях ЕС. В таких ситуациях ст. 31 ЕРПБ (2000 г.) обязывает управляющих в делах о несостоятельности, участвующих в этих разбирательствах, координировать эти дела, чтобы «содействовать эффективной реализации всех активов». Они *«должны тесно сотрудничать, в частности, обмениваясь необходимой информацией в достаточном объеме...»*<sup>3</sup>. Исполнение данных обязанностей требует определенных специальных качеств и навыков.

140. По состоянию на 26 июня 2017 г. роль банкротного управляющего (и суда) в трансграничных делах о несостоятельности заметно увеличилась (ЕРПН (2015)). В действующих нормах ЕС о несостоятельности, в ст. 41–44 предусмотрены вопросы сотрудничества там, где есть множество производств по делу о несостоятельности в отношении единственного должника. Существующая взаимная обязанность сотрудничать была расширена несколькими способами. Принимая во внимание, что в ст. 31 ЕРПБ (2000) эти обязанности ограничены управляющими в делах о несостоятельности (в ЕРПБ (2000), определены как «ликвидаторы»), в ст. 41–44 ЕРПН (2015) будут налагаться обязанности сотрудничества и обмена информа-

<sup>1</sup> Постановление Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29.05.2000 о производстве по делу о несостоятельности [2000] OJ L 160/1, вступившее в силу 31.05.2002. Постановление о несостоятельности не распространяется на Данию.

<sup>2</sup> Регламент (ЕС) 2015/848 Европейского парламента и Совета от 20.05.2015 о производстве по делу о несостоятельности (пересмотренный вариант), [2015] OJ L 141/19, не распространяется на Данию.

<sup>3</sup> Преамбула 20. Касательно ст. 31 ЕРПБ (2000), или см.: Pannen / Riedemann, в Klaus Pannen (ed.), Европейское постановление о несостоятельности (Берлин: Вальтер де Грюйтер, 2007). Ст. 31; Вэссельс Боб, Международное законодательство о несостоятельности. 3-е изд. Deventer: Kluwer, 2012, п. 10 845 и след.; Паулюс Кристоф. Европейский регламент о процедурах банкротства: комментарий. 4-е изд. Verlag Recht und Wirtschaft, Франкфурт-на-Майне, 2013, 31; Кристиан Веннер/Майкл Шустер, EuInsVO, in Klaus Wimmer (ed.), FK-InsO. Франкфуртский комментарий к положениям о несостоятельности. 8-е изд. C.H. Beck Verlag: Munich, 2015, 31 EuInsVO.

цией между судами (ст. 42), а также между управляющими в деле о несостоятельности и судами (ст. 43 ЕРПН (2015)), а также между управляющими в деле о несостоятельности (ст. 41 ЕРПН (2015) – преемник ст. 31 ЕРПБ (2000)). Эти положения не только расширяют число сторон, подпадающих под обязанности Регламента в части сотрудничества, но также предоставляют более подробную информацию о содержании этих обязанностей и (в случае ст. 43) обеспечивают правила, регулирующие расходы на такое сотрудничество и связь (ст. 44)<sup>1</sup>. Аналогичные положения ст. 41–44 ЕРПН (2015) можно найти в гл. V Положения, которая регулирует сотрудничество, коммуникацию и координацию при несостоятельности корпоративных групп. В международных делах о несостоятельности первостепенное значение будут иметь качество, профессионализм и добросовестность<sup>2</sup>.

141. В отношении рассматриваемых тем, мы ограничиваемся четырьмя блоками (необязательных) международных норм, которые имеют отношение к делу, а именно правила Всемирного банка, Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и Европейским банком Реконструкции и развитие (ЕБРР)<sup>3</sup>. Последний используемый источник имеет свои ограничения для значительной части Северной Европы – Северно-Балтийские рекомендации по законодательству о несостоятельности (декабрь 2015 г.).

142. В Принципах эффективного режима несостоятельности и регулирования отношений кредиторов/должников 2016 г. (*Principles for*

<sup>1</sup> Для обсуждения см.: Вэссельс Боб, Комментарий к статьям 41–44 Регламента о несостоятельности ЕС (Recast) // Reinhard Bork и Kristin van Zwieten (ред.). Комментарий к Европейскому регламенту о несостоятельности. Oxford: University Press, 2016. С. 457–506.

<sup>2</sup> См., например: Bob Wessels, *De onafhankelijkheid van de faillissementscurator*. Preadvies Christen Juristen Vereniging (CJV), Zutphen: Uitgeverij Paris 2013. P. 84, представляя: «Основной вопрос каждого судьи по делу о несостоятельности будет таким: как я узнаю, когда кто-то подходит к моему суду и говорит, что она/он является управляющим в деле о несостоятельности, назначенным на судебном процессе на Кипре, во Франции или в Финляндии, она/он достаточно благородна и неподкупна? Более существенным является практический вопрос: как я узнаю, что голландский судья, с которым я общаюсь, сотрудничаю или иногда предоставляю информацию кому-то, что его профессия и работа регулярно оценивается с точки зрения профессиональности и честности?».

<sup>3</sup> Для семи других наборов рекомендаций см.: Ian F., Fletcher and Bob Wessels, Гармонизация законодательства о несостоятельности в Европе. Preadvice для Ассоциации гражданского права (Deventer: Kluwer, 2012). P. 32 ect.

*Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*)<sup>1</sup> Всемирный банк исходит из того, что при производстве по делу о несостоятельности действующее руководство должно быть заменено банкротным управляющим. Принцип С6.1 предусматривает: «В процессе ликвидации руководство должно быть заменено управляющим в деле о несостоятельности, уполномоченным управлять имуществом в интересах кредиторов. Контроль над имуществом должен быть немедленно передан управляющему в деле о несостоятельности. При рассмотрении заявлений кредиторов, когда этого требуют обстоятельства, должен быть назначен временный администратор с ограниченными функциями для контроля за бизнесом, чтобы обеспечить защиту интересов кредиторов».

143. Этот подход имеет больше нюансов в процедуре реструктуризации. В Принципе С6.2 указано: «Как правило, в процессе реструктуризации обычно существует три предпочтительных подхода:

- исключительный контроль над процессом возлагается на независимого управляющего в деле о несостоятельности; или
- обязанности по управлению остаются возложенными на исполнительные органы; или
- надзор за управлением осуществляется беспристрастным и независимым управляющим или управляющим в деле о несостоятельности.

Согласно второму и третьему подходам полная административная власть передается управляющему в случае, если руководство окажется некомпетентным или недобросовестным, или совершит мошенничество или другие виды неправомерного поведения».

144. Представляется, что акцент на функциях и полномочиях «управляющего в деле о несостоятельности» приводит к довольно слабой рекомендации в Принципе D8 («Компетентность и добросовестность управляющего в деле о несостоятельности»), предусматривающей, что:

Система должна гарантировать, чтобы:

- критерии того, кто может быть управляющим в деле о несостоятельности, были объективными, четко установленными и общедоступными;
- управляющий в делах о несостоятельности был компетентен выполнять работу, на которую он назначается, и осуществлять предоставленные им полномочия;
- управляющие в делах о несостоятельности действовали добросовестно, беспристрастно и независимо; а также

---

<sup>1</sup> См.: Bob Wessels and Stephan Madaus (eds.). *Business Rescue in Europe*. Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация ожидается)..

– представители в делах о несостоятельности, действуя в качестве управляющих, руководствовались стандартами ответственности директоров и должностных лиц и подлежали отстранению за некомпетентность, халатность, мошенничество или иные противоправные действия.

145. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) опубликовала в 2004 г. свое Руководство для законодательных органов по законодательству о несостоятельности: «...всеобъемлющее изложение основных целей и основных характеристик режима сильной (*strong*) несостоятельности, должника и кредитора, включая вопросы внесудебной реструктуризации и руководство для законодательных органов, содержащее гибкие подходы к реализации таких целей и функций, включая обсуждение возможных альтернативных подходов и предполагаемых преимуществ и недостатков таких подходов»<sup>1</sup>. Целью законодательного органа Руководство называет: «...помощь в создании эффективной и действенной правовой базы для решения финансовых проблем должников... Рекомендации, представленные в Руководстве, направлены на достижение баланса между необходимостью максимально быстрого и эффективного решения финансовых проблем должника и интересами различных сторон, непосредственно связанных с этим финансовым затруднением, главным образом кредиторов и других сторон с долей участия в бизнесе должника, а также с проблемами государственной политики». ЮНСИТРАЛ подчеркивает ключевую роль управляющего в деле о несостоятельности: «Управляющий в деле о несостоятельности играет центральную роль в эффективном и действенном применении закона о несостоятельности, при этом с определенными полномочиями в отношении должников и их активов, а также обязан защищать эти активы и их стоимость и интересы кредиторов и работников и обеспечивать эффективное и беспристрастное применение закона. Соответственно, крайне важно, чтобы управляющий в деле о несостоятельности обладал соответствующей квалификацией и обладал знаниями, опытом и личными качествами, которые обеспечат не только эффективное и действенное ведение производства по делу, но и доверие к процедуре банкротства». В отличие от правил Всемирного банка Руководство

---

<sup>1</sup> Генеральная Ассамблея Организации Объединенных Наций заявила, что «все государства должным образом учитывают Руководство для законодательных органов при оценке экономической эффективности своих режимов несостоятельности и при рассмотрении или принятии законодательства, касающегося несостоятельности» (Резолюция 59/40 от 02.12.2004).

для законодательных органов содержит более 20 страниц с десятью рекомендациями о роли управляющего в деле о несостоятельности<sup>1</sup>.

Рекомендации касаются:

- квалификации (115);
- конфликта интересов (116 и 117);
- назначения (118);
- вознаграждения (119);
- обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности (120);
- права быть заслушанным (137);
- конфиденциальности (111);
- ответственности (121);
- отстранения от должности (122–124); а также
- недостаточности имущества должника для компенсации административных расходов (125).

146. Цель Принципов в отношении управляющих в деле о несостоятельности, разработанных ЕБРР и опубликованных в 2007 г., заключается в: «...дополнения к рекомендациям Всемирного банка и ЮНСИТРАЛ». Они призваны помочь реформаторам определить проблемы, которые необходимо решить, и обеспечить, чтобы важные моменты не были упущены из виду. Они предназначены для повышения целостности, справедливости и эффективности системы законодательства о несостоятельности путем обеспечения того, чтобы в делах о несостоятельности действовали только должным образом квалифицированные специалисты»<sup>2</sup>. Упоминаются следующие Принципы:

Принцип 1. Квалификация и лицензирование.

Принцип 2. Назначение по делу о несостоятельности.

Принцип 3. Рассмотрение назначения управляющего.

Принцип 4. Смещение, отставка и смерть управляющего.

Принцип 5. Смена арбитражного управляющего.

Принцип 6. Стандарты профессионального и коммерческого поведения.

Принцип 7. Отчетность и надзор.

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004). С. 174 и след., включая Рекомендации 115–125. См.: Боб Вэссельс и Стефан Мадаус (ред.), *Business Rescue in Europe*, Vol. I: Национальные доклады и международные рекомендации (публикация ожидается).

<sup>2</sup> См.: Allen Jay and Neil Cooper, Принципы работы управляющих в делах о несостоятельности ЕБРР; Закон о переходном процессе ЕБРР, октябрь 2007 г. С. 12 и т.д.

Принцип 8. Регулирующие и дисциплинарные функции.

Принцип 9. Вознаграждения и расходы.

Принцип 10. Освобождение управляющего от должности.

Принцип 11. Страхование и обеспечение.

Принцип 12. Кодекс этики<sup>1</sup>.

147. В Рекомендациях Содружества стран Северной Европы и Балтии по несостоятельности сформулированы аналогичные требования для лица, занимающегося ликвидацией («доверенное лицо» (*trustee*)) или реорганизацией («администратор»): «понимание, опыт и пригодность для ведения рассматриваемого процесса»<sup>2</sup>, а также «независимость и беспристрастность по отношению как к должнику, так и к кредиторам», при этом упоминаемые лица «обязаны сообщить, что существуют какие-либо риски независимости либо конфликт интересов»<sup>3</sup>. По сравнению с другими тремя источниками «мягкого права» Рекомендации Северных и Балтийских стран ограничены двумя темами: (i) назначение и увольнение доверенного лица и админи-

---

<sup>1</sup> ЕБРР сотрудничал с Сербией и совместно с Агентством по надзору за банкротством Сербии (BSA) разработал стандарты по всем аспектам этики управляющих в деле о несостоятельности. В 2010 г. в силу закона в Сербии было введено Руководство по национальным стандартам и Кодексу этики для администраторов по делам о банкротстве. Он также содержит восемь Технических руководящих указаний по национальным стандартам, Технических руководящих указаний по Кодексу этики и Кодексу этики банкротства. Национальные стандарты касаются: (1) банковских счетов и денежных активов обанкротившегося должника и учета имущества обанкротившегося должника, (2) инвентаризации и оценки активов обанкротившегося должника и баланса первоначального банкротства, (3) составления отчета администратора по банкротству об экономическом и финансовом положении обанкротившегося должника, (4) надзорного агентства, (5) способа и порядка реализации активов обанкротившегося должника, (6) информации, которая должна содержаться в плане реорганизации, (7) итогового счета администратора банкротства и (8) способа ведения и хранения записей обанкротившегося должника и администратора банкротства. (см.: <http://www.ebrd.com/pages/sector/legal/insolvency.shtml>). Очевидно, журналистам известно о существовании различий между «законом в книгах» и «законом в действии», но такой подход, безусловно, заслуживает внимания.

<sup>2</sup> В Рекомендации XI добавлено: «4 ...в большинстве юрисдикций, обычно это юрист, но сеть не рассматривает вопрос о том, следует ли предъявлять требования к определенным формальным квалификациям, конкретному названию, сертификации или лицензии в дополнение к общим требованиям пригодности».

<sup>3</sup> См.: Рекомендацию XI: 5. На вопрос о том, может ли администратор быть назначен доверенным лицом при последующей ликвидации, в Рекомендации XI дается отрицательный ответ: «6: ...должно быть четко сформулировано основное правило: назначать лицо, отличное от бывшего администратора. Исключения следует делать только в особых обстоятельствах, когда, например, реорганизация ведется всего несколько дней и ничего существенного не произошло».

стратора<sup>1</sup> и (ii) ответственность доверенного лица и администратора за убытки<sup>2</sup>.

148. Хотя существуют различия в мотивах, структуре и деталях, четыре пакета дополнительных руководящих указаний Всемирного банка, ЮНСИТРАЛ, ЕБРР и Северно-Балтийского содружества по несостоятельности демонстрируют, что в первые 15 лет настоящего столетия законодательство о несостоятельности развило ключевую часть (международного) коммерческого права, а также то, что надежная система законодательства о несостоятельности способствует четким взаимоотношениям между должником и его кредиторами, а также полномочиям управляющих в делах о несостоятельности и судов. Все четыре пакета имеют ключевую задачу — помочь законодателям, политикам, ассоциациям практиков в эффективном и действенном регулировании несостоятельности.

#### **1.1.4.3. Европейские принципы INSOL Europe и наилучшие практики управляющих в ЕС (INSOL Europe *Statement of Principles and Best Practice for Insolvency Office Holders in the EU*)**

149. Отсутствие дальнейших законодательных мер и внесение изменений в Европейский регламент о процедурах банкротства (2000)

---

<sup>1</sup> «XI: 7. Как управляющий, так и администратор должны быть назначены судом.

XI: 8. В заявке должно быть не требование, а возможность выдвинуть предложение о назначении ликвидатором конкретного лица. Доверительный управляющий должен в принципе всегда назначаться независимо от каких-либо предложений. Если из заявления очевидно, что предложенное лицо удовлетворяет требованию пригодности и нет никаких заслуживающих внимания возражений по этому поводу, суд должен иметь возможность утвердить предложение без дальнейшего рассмотрения.

Администратор в реорганизации должен быть назначен после предложения заявителя. Однако, как и при ликвидации, суд не должен быть связан этим предложением, но должен иметь возможность одобрить его в соответствии с теми же руководящими принципами, что и при ликвидации.

XI: 9. Доверительный управляющий и администратор могут быть уволены судом по требованию кредитора, собрания кредиторов, комитета кредиторов, должника, доверительного управляющего или администратора самостоятельно или по должности. В случаях, когда разбирательство подлежит общественному надзору, такой запрос также может быть сделан надзорным органом. Причиной увольнения должно быть то, что требования по разделам XI: 4 и 5 не выполнены или что управляющий или администратор по какой-либо другой причине должны быть отстранены от выполнения задания».

<sup>2</sup> «12. Доверительный управляющий и администратор должны быть обязаны возместить ущерб, который он или она преднамеренно или по неосторожности причинили имуществу, кредитору или должнику при исполнении своих обязанностей. Согласно первому абзацу должна быть также ответственность перед третьими лицами, если печатать или администратор не приняли во внимание письменное или неписьменное правило о несостоятельности, установленное для защиты третьих лиц».

привели к появлению инициативы, предпринятой в 2012 г. крупнейшей в Европе ассоциацией специалистов по вопросам несостоятельности, INSOL Europe. В декабре 2012 г. Европейская комиссия (ЕК) представила Доклад о применении EIR (2000) в Европейский парламент (ЕП), Совет и Экономический и социальный комитет<sup>1</sup>. В соответствии со ст. 46 ЕРПБ (2000) этот Отчет сопровождался предложением об адаптации Европейского регламента о процедурах банкротства (2000). Основное внимание в предложении ЕС<sup>2</sup> уделяется (а) расширению возможностей реструктуризации и (б) активизации обмена информацией и сотрудничеству между ликвидаторами, между судами и между ними всеми. Предложение – после обсуждения и внесения поправок – привело к тому, что ЕРПН (2015) вступит в силу с 26 июля 2017 г.

150. В связи с усилением обменом информацией и сотрудничеством последняя строка из 20 положения проекта ЕРПН (2015) гласит: «...В своем сотрудничестве ликвидаторы и суды должны учитывать передовые методы сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности, как изложено в принципах и руководящих принципах в области коммуникации и сотрудничества, принятых европейскими и международными ассоциациями, действующими в области законодательства о несостоятельности». В принятом ЕРПН (2015), теперь в п. 48 декларативной части, формулировка немного изменилась, и, в конце концов, ссылка делается на ЮНСИТРАЛ: «...При сотрудничестве ликвидаторы и суды должны принимать во внимание передовые методы сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности, изложенные в принципах и руководящих указаниях по обмену информацией и сотрудничеству, принятых европейскими и международными организациями в области законодательства о несостоятельности и, в частности, соответствующих руководящих принципов, подготовленных Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)».

151. Упомянутый пункт открывает дверь к уже существующим «лучшим практикам», таким как Европейские руководящие принципы

---

<sup>1</sup> Европейская комиссия, Доклад Комиссии Европейскому парламенту, Совету и Европейскому экономическому и социальному комитету о применении Постановления Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29.05.2000 о производстве по делу о несостоятельности, СОМ (2012) 743 final.

<sup>2</sup> Европейская комиссия, Предложение по регламенту Европейского парламента и Совета о внесении поправок в Регламент Совета (ЕС) № 1346/2000 о производстве по делу о несостоятельности, СОМ (2012) 744 final (доступно на: [http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/civil/commercial/insolvency/index_en.htm)).

коммуникации и сотрудничества в отношении трансграничной несостоятельности (также называемые Руководящие принципы CoCo (2007)), которые были одобрены *INSOL Europe* в ходе его Ежегодного конгресса в октябре 2007 г. в Будапеште, Румыния. Инициатива *CoCo Guidelines* (2007 г.) была проведена под совместным председательством профессоров Мигеля Виргоса (Университет Autonomá, Мадрид, Испания) и Боба Вессельса (ныне почетного профессора в отставке Лейденского университета, Нидерланды). Эти Руководящие принципы изучены как в юридической литературе, так и судьями и практиками и, например, были учтены в Глобальном протоколе о трансграничной несостоятельности в июне 2009 г. по делу группы компаний *Lehman Brothers* и в соглашениях, используемых в деле *Nortel Network*, по которому было вынесено решение Суда ЕС от июня 2015 г.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> CJEU 11.07.2015, дело C-649/13 (Comité d'entreprise de Nortel Networks SA и другие против Cosme Rogeau и Cosme Rogeau против Alan Robert Bloom и другие). См.: Боб Вессельс и Мигель Виргос, Европейское руководство по коммуникации и сотрудничеству в области трансграничной несостоятельности (INSOL Europe 2007) ([www.insol-europe.org](http://www.insol-europe.org) или [www.bobwessels.nl](http://www.bobwessels.nl); веб-журнал, документ 2007-09-doc1). Эти Руководящие принципы описал, например, Боб Вессельс и Мигель Виргос. См.: Боб Вессельс и Мигель Виргос, Приспособление к трансграничной координации: Европейские руководящие принципы коммуникации и сотрудничества для трансграничной несостоятельности (International Corporate Rescue. Vol. 4, Iss. 5. 2007. 250 et seq.). Европейские руководящие принципы коммуникации и сотрудничества в отношении трансграничной несостоятельности 2007 г. направлены на обеспечение правил, которые должны применяться управляющими в делах о несостоятельности в рамках их обязанностей по общению и сотрудничеству в случаях трансграничной несостоятельности, к которым применяется Регламент о несостоятельности ЕС. Их применение приветствовалось учеными (например: Марио Хортиг (Kooperation von Insolvenzverwaltern (Schriften zum Insolvenzrecht Diss. Köln; Band 25. Baden-Baden: Nomos, 2008)): «...следует ожидать, что Руководящие принципы будут разработаны для Европейского стандарта сотрудничества», 258), и управляющими в делах о несостоятельности (Стивен Дж. Тейлор, Использование протоколов в делах о трансграничной несостоятельности (Klaus Rappan (ed.)). Европейское постановление о несостоятельности (Берлин: De Gruyter Recht, 2007, 678 et seq.) («Похвальная инициатива», 681); Ларс Вестпфаль, Уве Геткер, Йохен Вилкенс, Grenzüberschreitende Insolvenzen. Köln: RWS Verlag, 2008 («Чрезвычайно полезный». С. 125); Луиза Веррил. Европейские руководящие принципы INSOL для трансграничной коммуникации, in Боб Вэсселс и Пол Омар (ред.), Пересечение (голландских) границ в деле о несостоятельности. Ноттингем, Париж: INSOL Europe, 2009, 39 et seq (это важно для профессии – должны знать и понимать необходимость принятия Руководства CoCo ins, 45. См. также: Андреас Герольдингер, Verfahrenskoordination im Europäischen Insolvenzrecht. Die Abstimmung von haupt- und Sekundärinsolvenzverfahren nach der EuInsVO: Институт исследований прав человека в Германии; Немецкий университет университетов, Wien, 2010, 31; квалифицируя Руководящие принципы CoCo как первую и во всех отношениях очень многообещающую попытку (Ein erster durchaus vielversprechender Versuch); Пол Х. Зумбро, Трансграничные банкротства и международные протоколы – несовершенный, но эффективный инструмент, in 11 Business Law

152. В 2013 и 2014 гг. по просьбе INSOL Europe исследователи Лейденской юридической школы разработали Свод принципов и наилучших практик для управляющих по делам о несостоятельности в Европе. Основная идея заключается в том, что, с учетом разработки этого набора принципов и наилучших практик, общее качество профессии управляющего (ИОН) в Европе улучшится, а взаимное доверие между управляющими, а также доверие к работе управляющего со стороны судов и широкой общественности будет выше. Кроме того, управляющие смогут работать более эффективно, что еще более повысит доверие к профессии управляющего на рынке<sup>1</sup>. В результате исследования был представлен ряд необязывающих положений о профессиональных и этических руководящих принципах для управляющих в делах о несостоятельности, представленных во время ежегодного конгресса Insol Europe в Стамбуле в середине октября 2014 г., в том числе семь принципов из более 30 наилучших практик.

Эти Принципы касаются:

Принцип 1. Управляющего в деле о банкротстве.

Принцип 2. Профессиональных стандартов.

Принцип 3. Этических стандартов

Принцип 4. Управления имуществом.

Принцип 5. Коммуникации.

Принцип 6. Координации и сотрудничества.

Принцип 7. Управления несостоятельностью<sup>2</sup>.

---

International. 2010. no. 2, май, 157 и след. («167: Руководящие принципы CoCo отражают лучшие практики как внутри, так и за пределами Европы»); Патрик Э. Мирс и Тимоти С. Макфадден. Связь между судами. Реформа европейского регулирования, in ABI. 2012, октябрь. С. 33 и далее. Для более глубокого анализа Руководства CoCo (2007) см.: Олаф Беннинг, International Prinzipien für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren, in Schriften zum Verfassungsrecht, Band 45, Frankfurt: Peter Lang, 2013. Подчеркнем еще один аспект, в том числе Руководства CoCo (2007), который может быть использован для отслеживания европейских или даже глобальных принципов при производстве по делам о трансграничной несостоятельности (...um Europaweit oder sogar weltweit geltenden Prinzipien für grenzüberschreitende Insolvenzverfahren zu ermitteln. S. 83). По делу Nortel Network см.: Боб Вессельс. Международный закон о несостоятельности. Ч. II: Европейский закон о несостоятельности (Закон X о несостоятельности Весселя. Т. X. 4-е изд., in Deventer: Kluwer, 2017, п. 10 640 и след. (готовится к выпуску).

<sup>1</sup> Сотрудники Лейденского юридического факультета участвуют в проекте ИОН: проф. Ян Адриансе (профессор управления оборотом), проф. Айрис Вуйсман (профессор права компаний) и доктор Бернанд Сантен, старший научный сотрудник (www.tri-leiden.eu). Wessels действовал как консультант этого проекта (ИОН-project).

<sup>2</sup> Лейденская юридическая школа разработала основу для единого анализа существующих правил для ИОН. Она вычленила четыре основные категории предметов: (1) выбор и назначение ИОН (в отношении вопроса о том, как стать ИОН), (2) профес-

153. Магистерская диссертация Лейденской юридической школы 2014 г., выполненная Фиддером (сравнение регулирования в Бельгии, Германии и Англии), а также соответствующие международные источники, подготовленные такими организациями, как ЮНСИТРАЛ, Всемирный банк и ЕБРР, рекомендуют согласовать регулирование конфликта интересов на уровне Европейского союза и предоставляют законодателю Европейского союза семь рекомендаций по существу данных правил<sup>1</sup>.

#### 1.1.4.4. Мотивы рекомендаций

154. Докладчики придерживаются взглядов, выработанных на протяжении более 30 лет: «Успех любой системы несостоятельности... во многом зависит от тех, кто ею управляет. Если они не будут пользоваться доверием и уважением не только судов, кредиторов, должников, но и широкой общественности, то количество жалоб будет увеличиваться, а если не будут предприняты меры по исправлению ситуации, система будет терять репутацию и не будет использоваться»<sup>2</sup>. Флетчер и Вессельс, полностью придерживаясь данной точки зрения, также подчеркивают: «... это не только доверие кредиторов, но и доверие рынка к действиям управляющих в делах о несостоятельности, которые могут выражаться в их способности осуществлять прозрачный процесс, например, чтобы необеспеченные кредиторы были четко информированы о любом процессе и могли оказывать влияние на любых управляющих, понимали, как регулируется профессия, что будет включать механизмы

---

сиональные стандарты (охватывает профессиональные и этические стандарты для ИОН, (3) роль и обязанность (что должен сделать ИОН после назначения в том или ином отдельном случае) и (4) управление несостоятельностью (различные функции мониторинга работы ИОН). В течение всего процесса проводились оценки и обсуждения совместно с группой из примерно 20 консультантов по крайней мере из 10 государств — членом ЕС, в том числе академические ученые, судьи и управляющие в делах о несостоятельности. См.: Боб Вэсселс, Гармонизация требований к управляющим в делах о несостоятельности на европейском уровне, in *Festschrift für Bruno M. Kübler zum 70. Geburtstag* (München: Verlag CH Beck) OHG 2015). S. 757 и след.

<sup>1</sup> Вессельс руководил диссертацией г-на Фиддера вместе с адвокатом Ганновера Фолькером Ремерманом, также профессором Берлинского университета Гумбольдта. См.: Тезисы и рекомендации: [www.bobwessels.nl](http://www.bobwessels.nl), блог, на 2014-09-doc1.

<sup>2</sup> *Cork Report, Законодательство о несостоятельности и практика: Отчет Комитета по рассмотрению* (Председатель, сэра Кеннет Корк) (июнь 1982, Cmnd. 8558). Лондон, HMSO ISBN 0 10 185580, п. 732. Доклад Корка послужил основой для реформы законодательства о несостоятельности в Соединенном Королевстве на основе Закона о несостоятельности 1986 г.

для поддержания доверия к любому регулируемому режиму, например, для последующего анализа или процедуры обжалования»<sup>1</sup>.

155. Организация профессии управляющего строится по-разному во всех государствах – членах ЕС. С точки зрения этики во многих аспектах профессии управляющих в делах о несостоятельности есть некоторые сходства, но во многих случаях существуют различия, особенно в части деталей. Эти аспекты касаются того, что ЕБРР в своем Отчете за 2014 г. назвал «семью основными пунктами (ориентирами) для развития и деятельности профессии управляющих в делах о несостоятельности», такие как (i) лицензирование и регистрация; (ii) регулирование, надзор и ответственность; (iii) квалификация и обучение; (iv) системы назначения; (v) трудовые стандарты и этика; (vi) юридические полномочия и обязанности и (vii) вознаграждение<sup>2</sup>. Мы приводим несколько примеров этого исследования.

156. В 2006 г. был проведен обзор 12 юрисдикций ЕС, в результате чего во всех юрисдикциях, выбранных для отбора управляющих в делах о несостоятельности, «прямо или косвенно указано, что лица, которые могут быть отобраны, должны, по крайней мере, обладать необходимым психическим и физическим здоровьем и иметь возможность доказать, что у них нет судимостей»<sup>3</sup>.

157. В 2009 г. было проведено сравнение между немецкой системой контроля и английской системой<sup>4</sup>. Для Германии автор различает пре-

---

<sup>1</sup> См.: Ian F. Fletcher and Bob Wessels, *Harmonization of Insolvency law in Europe*, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht. Deventer: Kluwer, 2012. P. 82; Christoph G. Paulus, Alexander Rokas and Ignacio Tirado, *Insolvency Law as a Main Pillar of Market Economy: A Critical Assessment of the Greek Insolvency Law*, 24 *International Insolvency Review*. 2015. P. 1 ect. Подчеркивая необходимость образования и квалификации судов и управляющих в делах о несостоятельности, а также для «воспитания и развития культура спасения бизнеса, поскольку это необходимо для благотворного воздействия современного закона о несостоятельности с акцентом на реструктуризацию компаний, должна быть полностью реализована».

<sup>2</sup> ЕБРР: «Оценка управляющего в деле о несостоятельности: Обзор профессии в регионе ЕБРР», 2014 г. (доступно на: <http://assessment.ebrd.com/insolvency-office-holders/2014/gerop.html>). Об этих разновидностях в целом см.: Джей Лоуренс Вестбрук и др., *Глобальный взгляд на системы несостоятельности бизнеса: Всемирный банк, Вашингтон, округ Колумбия, 2010. С. 208 и след.*

<sup>3</sup> См.: Christian Köhler-Ma, *Insolvency Administrator Selection and Quality Criteria in International Comparison*, 2006 (в досье авторов; Christian Köhler-Ma, *Verwalterauswahl und Qualitätskriterien im internationalen Vergleich*. Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht (DZWIR), 2006, 228 и т.д.

<sup>4</sup> Johanne Henke, *Effektivität der Kontrollmechanismen gegenüber dem Unternehmensinsolvenzverwalter. Eine Untersuchung des deutschen und englischen rechts (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht, nr. 229, Mohr Siebeck 2009)*.

вентивный и репрессивный («информационный – репрессивный») надзор, осуществляемый государством (*staatlich*) или частным образом (*privat*). В Великобритании авторы объясняют, что контроль «государства» может быть осуществлен судом или государственным секретарем, а «в частном порядке» осуществляется кредиторами и признанными профессиональными организациями (RPBs)<sup>1</sup>. Такие (правительственные) учреждения также действуют в Чешской Республике, Латвии и Швеции, но не существуют, например, в Бельгии, Франции, Германии, Польше, Испании и Нидерландах.

158. В 2010 г. Международная ассоциация регуляторов несостоятельности (МАИР)<sup>2</sup> провела сравнительное исследование аналогичного перечня, упомянутого в п. 85. Из этого исследования, которое ограничивалось коммерческой несостоятельностью, основными результатами участия 19 организаций являются три вывода: (i) во всех пред-

<sup>1</sup> Признанными профессиональными органами, регулирующими практику несостоятельности в Великобритании, являются: Ассоциация дипломированных сертифицированных бухгалтеров; Служба неплатежеспособности; Ассоциация специалистов по вопросам несостоятельности; Институт дипломированных бухгалтеров в Англии и Уэльсе; Дипломированные бухгалтеры, Ирландия; Институт дипломированных бухгалтеров Шотландии; Общество юристов Шотландии; Управление по регулированию деятельности солиситоров (см.: Закон о несостоятельности 1986 г. (С. 391)); S.I.1986/1764; Указ 1986 г. о практиках несостоятельности (признанных профессиональных органах). Эти семь РПБ регулируют деятельность около 1300 практиков несостоятельности. С 26 мая 2015 г. в Соединенном Королевстве вступил в законную силу Закон о малом предпринимательстве и занятости 2015 г. Этот Закон призван сделать Великобританию более привлекательным местом для начала, финансирования и развития бизнеса и уменьшения барьеров, с которыми сталкиваются многие малые предприятия в своем стремлении к инновациям, росту и конкуренции. Что касается вопросов несостоятельности, то в части 10 этого Закона Государственный секретарь уполномочен давать указания признанным профессиональным органам (РПБ), начинать расследование в отношении отдельных практиков по вопросам несостоятельности (ИП) и контролировать отдельные расследования. Закон также позволяет Государственному секретарю создать единый регулятор для управляющих в делах о несостоятельности, если реформы в Законе, направленные на укрепление режима регулирования, не укрепят доверие (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/contents/enacted>).

<sup>2</sup> The International Association of Insolvency Regulators (IAIR) – международный орган, насчитывающий около 25 членов, являющихся правительственными департаментами, агентствами или государственными органами (далее – агентства), которые несут ответственность в своей стране за регулирование несостоятельности, практику, политику и (или) законодательство. Среди его членов агентства Австралии, Канады, Китая, Индии, Мексики, Российской Федерации и США. Государства – члены ЕС представлены Чешской Республикой, Финляндией, Ирландией, Румынией, Великобританией: Англией и Уэльсом (Служба неплатежеспособности), Соединенным Королевством Северной Ирландии (Служба неплатежеспособности) и Соединенным Королевством Шотландия (Банкротный Аудитор).

ставленных юрисдикциях профессионалы в деле о несостоятельности играют роль в управлении производством по делу о несостоятельности, (ii) в большинстве юрисдикций управляющие являются профессионалами частного сектора (17), (iii) в 55% юрисдикций управляющие лицензируются, чаще всего лицензии являются возобновляемыми, и существует реестр профессионалов в области несостоятельности, в то время как (нелицензионная) регистрация в реестре специалистов по несостоятельности имеется в некоторых странах.

159. В ЕС преобладает мнение, что наиболее важным общим критерием отстранения арбитражного управляющего от исполнения полномочий является наличие конфликта интересов, например, являлся бухгалтером, ранее участвовавшим в подготовке финансовой отчетности, или ранее состоял в отношениях «адвокат – клиент»<sup>1</sup>.

160. Исследованию ЕБРР в 2014 г. предшествовал Отчет за 2007 год<sup>2</sup>. Осведомившись о сравнительно молодых и довольно непроверенных правовых режимах, касающихся несостоятельности в этих странах с переходной экономикой, составители представили следующие выводы: (i) по всем упомянутым темам в законодательстве и нормативных актах страны было выбрано множество подходов; (ii) существует явная необходимость в соответствующих подробных стандартах для руководства управляющими в их работе и улучшении основы, на которой их работа может быть измерена и оценена, и (iii) в целом существует неадекватная система ответственности для управляющих по делам о несостоятельности (связанная либо с неопределенным основанием для взыскания, либо с ограниченным типом доступных санкций). На первом этапе проведения оценочного исследования ЕБРР 2014 г. ЕБРР обнаружил, что основные различия, имеются между странами, которые активно подходят к развитию и регулированию профессии (примерами государств – членов ЕС являются Румыния и в меньшей степени Латвия), и теми, кто придерживается более пассивного подхода (в Докладе упоминается Польша). Другой вывод заключается в том, что, хотя некоторые страны следуют схожей практике, в рассма-

<sup>1</sup> См.: Reinhard Bork, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters – ein hohes Gut, in Zeitschrift für Wirtschaftrecht (ZIP). 2006. P. 58 et seq.; Björn Laukemann, Die Unabhängigkeit des Insolvenzverwalters. Eine rechtsvergleichende Untersuchung // Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

<sup>2</sup> Jay Allen, Neil Cooper, Ron Harmer, A Regional Report on Insolvency Office Holders in South-East Europe, June 2007 (available: via [www.ebrd.com](http://www.ebrd.com)). Этими восемью странами являются Албания, Босния и Герцеговина, Болгария, Македония, Черногория, Румыния, Сербия и Словения.

триваемых юрисдикциях существуют существенные различия в подходе к профессии управляющего в делах о несостоятельности. ЕБРР утверждает, что это может привести к различиям между самим статусом управляющего и разному развитию профессии в конкретной юрисдикции. В отношении лицензирования или регистрации управляющих ЕБРР отмечает, что эта область оказалась тесно «связанной с регулированием, надзором и ответственностью, поскольку эти функции часто, хотя и не исключительно, выполняются одним и тем же регулирующим органом, который часто отвечает за отдельную область более высокой квалификации и подготовки»<sup>1</sup>.

161. Проведенное ЕБРР исследование профессии управляющего в делах о несостоятельности с целью оценки как развития профессии, так и развития нормативно-правовой базы, применимой к управляющим, позволило получить ценный источник информации об управляющих, отвечающих за банкротство, и может служить ориентиром для политиков и акционеров, заинтересованных в дальнейшем развитии профессии<sup>2</sup>.

162. Европейский парламент в ноябре 2011 г. в своем призыве к согласованию отдельных аспектов законодательства о несостоятельности также рассматривает общие аспекты требований к квалификации и работе ликвидаторов. В Европарламенте без предложения определенного инструмента гармонизации, изложено следующее (нумерация была добавлена докладчиками):

1. Ликвидатор должен быть одобрен компетентным органом государства-члена или назначен судом из соответствующей юрисдикции государства-члена и должен иметь хорошую репутацию и образование, необходимое для выполнения своих обязанностей.

2. Ликвидатор должен быть компетентным и квалифицированным для оценки ситуации в предприятии должника для того, чтобы возложить на себя обязанности по управлению компанией.

3. После открытия основного производства по делу о несостоятельности ликвидатор должен быть уполномочен в течение шести месяцев принимать решение о защите активов ретроактивным образом в отношении компаний, где имело место движение капитала.

---

<sup>1</sup> Мы только упомянем несколько пунктов из этого интересного Отчета. См. ЕБРР: «Результаты деятельности управляющего по делам о несостоятельности ЕБРР; Отчет об экспериментальной оценке за 2013 год» (доступно на: [www.ebrd.com](http://www.ebrd.com)).

<sup>2</sup> См.: Bob Wessels and Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue in Europe. Vol. I. National Reports and International Recommendations* (публикация ожидается).

4. Ликвидатор должен иметь возможность использовать соответствующие приоритетные процедуры для возврата денежных средств, причитающихся должнику, до проведения расчетов с кредиторами и в качестве альтернативы уступке требований.

5. Ликвидатор должен быть независимым от кредиторов и других заинтересованных сторон в производстве по делу о несостоятельности.

6. В случае конфликта интересов ликвидатор должен уйти в отставку со своего поста<sup>1</sup>.

163. Клаус Лене, докладчик Европарламента, заявил, что для управляющих в деле о несостоятельности: «...он... хотел бы предложить некоторые общие требования. Некоторая гармонизация в этой области поддержала бы идею более тесного сотрудничества между ликвидаторами и повысила бы сопоставимость профессии». Европарламент рекомендует гармонизировать определенные элементы профессии должностного лица в деле о банкротстве, темы 1, 2, 5 и 6 (упомянутые выше), как правило, содержат элементы этики почти любой профессии в коммерческой сфере<sup>2</sup>. Однако следует отметить, что INSOL Europe (была приглашена Европарламентом для предоставления справочной информации по вопросам, которые могут быть предметом гармонизации) в своем исследовании сделала вывод, что «нет смысла стремиться к согласованию этих вопросов до тех пор, пока не будет достигнута дальнейшая гармонизация материального права о несостоятельности и закона о компаниях»<sup>3</sup>.

164. С учетом наших предыдущих комментариев докладчики считают важным нюансом в структуре несостоятельности отсутствие каких-либо сомнений в профессиональных и личных качествах управляющего

---

<sup>1</sup> Резолюция Европейского парламента от 15.11.2011 с рекомендациями для Комиссии по делам о несостоятельности в контексте закона о компаниях ЕС (2011/2006 (INI)), 1.4.

<sup>2</sup> Темы 3 и 4 относятся к определенным полномочиям, которые при исполнении будут иметь непосредственное влияние на третьих лиц. Из отчетов К. Лены следует, что он считал, что слишком рано согласовывать такие полномочия.

<sup>3</sup> В INSOL Europe's списке представлено около восьми отчетов государств – членов ЕС, из которых следует, что законы государств – членов ЕС имеют различные правила в отношении квалификации и права на назначение, лицензирование, регулирование, вознаграждение, надзор, профессиональную этику и поведение ликвидаторов. В тех случаях, когда составители записки не сталкивались с тем, что использование различных систем в государствах – членах ЕС вызывало какие-либо трудности на практике, они пришли к цитируемому заключению. Публикуется как «Гармонизация законодательства о несостоятельности на уровне ЕС, записка», Европейский парламент 2010, PE 419,633, на 23.

в деле о несостоятельности как в международном, так и в национальном контексте<sup>1</sup>. При автоматическом признании решения об открытии процедуры полномочия любого назначенного управляющего могут осуществляться – в соответствии с правилами, установленными в ст. 21 ЕРПН (2015) – в 26 других государствах-членах. Конкретный способ координации трансграничного производства по делу о несостоятельности, включая коммуникацию с (иностранными) судами, требует определенных специфических качеств и навыков.

165. Законодательство о несостоятельности может работать только с помощью опытных и знающих субъектов, таких как управляющий по делам о несостоятельности. В тех случаях, когда он (она) играет ключевую роль в эффективном ведении производства по делу о несостоятельности, к которому применим Европейский регламент о процедурах несостоятельности (2015), очевидно, что управляющий должен знать, как выполнять эту функцию<sup>2</sup>. Из источников, упомянутых выше, следует, что существует множество решений по основным вопросам, таким как назначение, контроль, образование или вознаграждение. Крайне важно, чтобы управляющие работали на основе доверия, которое представляет собой не столько уверенность, которую управляющий может иметь в отношении собственных этических поведения, честности и знаний, в том, как работать, но скорее в том, как третьи лица на рынке воспринимают управляющих, или лучше: восприятие этих третьих лиц на рынке<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Неопределенность относительно того, как установить, действительно ли лицо из-за рубежа является квалифицированным и профессионально регулируемым управляющим, была выражена в качестве одной из четырех проблем по оценке 66 судей из 22 государств – членов ЕС. См.: Boon Gert-Jan et al. Grensoverschrijdende rechterlijke samenwerking в несостоятельности. *Nederlands Juristenblad* 2016/199.

<sup>2</sup> Поэтому CoCo-Guideline 4.2 указывает: «Ликвидатор должен знать и действовать в соответствии с Регламентом о несостоятельности ЕС и его применением на практике».

<sup>3</sup> Мы с удовлетворением отмечаем п. 40 проекта Директивы о реструктуризации (2016): государства-члены должны также обеспечить надлежащую подготовку и надзор за практиками в области реструктуризации, несостоятельности и второго шанса, которые назначаются судебными или административными органами прозрачным образом с должным учетом необходимости обеспечения эффективных процедур и честного выполнения своих задач. Практики должны также придерживаться добровольных кодексов поведения, направленных на обеспечение надлежащего уровня квалификации и профессиональной подготовки, прозрачности обязанностей и правил определения их вознаграждения, принятия страхового покрытия на профессиональное возмещение и установления надзора, которые должны включать соответствующий и эффективный режим для наказания тех, кто не справился со своими обязанностями. Такие стандарты могут быть достигнуты без необходимости в принципе создавать новые профессии или квалификации» (см. ст. 25–27 проекта Директивы о реструктуризации).

#### 1.1.4.5. Рекомендации

**Рекомендация 1.11:** Государства-члены должны четко указать в законодательстве, что управляющий, выполняющий задачи реструктуризации и несостоятельности, беспристрастен, независим и компетентен. Статус лица в качестве юриста или бухгалтера сам по себе недостаточно гарантирует стандарты эффективности, необходимые для надлежащего выполнения задач реструктуризации и несостоятельности.

**Рекомендация 1.12:** Общеевропейские и национальные законодатели должны установить профессиональные и этические стандарты для управляющих в делах о несостоятельности и обеспечить, чтобы соответствующие профессиональные органы консультировали и участвовали в создании таких стандартов и чтобы они учитывали передовой опыт должным образом регулируемых профессиональных организаций, как изложено в Принципах и Руководящих указаниях по регулированию профессии реструктуризации и несостоятельности, разработанных или принятых европейскими и международными неправительственными организациями, действующими в области реструктуризации и несостоятельности. Такие стандарты должны по крайней мере содержать правила лицензирования и регистрации, надзора и дисциплинарной ответственности, квалификации и обучения, систему назначения, стандарты работы, юридические полномочия и обязанности, вознаграждение, отчетность и коммуникационные и этические рабочие стандарты (включая правила о конфликте интересов) и процедуру подачи жалоб.

**Рекомендация 1.13:** Государствам-членам следует гарантировать независимость и компетентность управляющих в деле о несостоятельности путем обеспечения прозрачного и предсказуемого процесса назначения и отставки/отстранения, а также адекватных средств надзора и надлежащего своевременного вознаграждения в каждом отдельном случае.

#### 1.1.5. Должник во владении

166. Феномен «должник во владении» уже больше века является отличительным признаком законодательства США о банкротстве. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов определяет должника во владении как должника, который осуществляет реструктуризацию таким образом, что процесс реструктуризации осуществляется своими силами, в том числе с помощью органов управления,

и сохраняет полный контроль над бизнесом должника, вследствие чего суд не назначает управляющего в деле о несостоятельности<sup>1</sup>. Таким образом, данная концепция в основном означает, что должник сохраняет контроль над повседневной деятельностью своего бизнеса во время реструктуризационных или ликвидационных процедур, осуществляя роль, которая в других странах исполнялась бы назначенной судом (или кредиторами) третьей стороной.

167. В Европе концепция должника во владении не столь распространена, как в США<sup>2</sup>. Этот термин был впервые определен в ЕРПН (2015). Кроме того, Европейская комиссия сослалась на концепцию должника во владении в своих Рекомендациях от марта 2014 г. Согласно Комиссии должник остается во владении в случае плана реструктуризации, чтобы избежать ненужных затрат и ранней стадии процедуры, в большинстве государств — членов ЕС проводится различие между процедурами реструктуризации и ликвидации. В этих государствах-членах должник остается во владении только во время разбирательства, ориентированного на реструктуризацию. Таким образом, только при ликвидационном производстве по делу должник не может отвечать за процесс. В государствах-членах, в которых применяется процедура несостоятельности, которая не определяет заранее предполагаемый результат (унифицированное производство), как, например, в Германии, оставление должника во владении более или менее является общим процедурным вариантом. Некоторые страны имеют возможность использовать должника во владении во всех видах разбирательств. Например, в Греции в производстве по делу о банкротстве суд может разрешить должнику сохранять контроль над своими корпоративными делами в сотрудничестве с управляющим в деле о несостоятельности до тех пор, пока не начнется процедура ликвидации, если должник подал ходатайство об этом и если это выгодно кредиторам. В процедурах по взысканию в Греции специальный агент может взять на себя управление активами и делами должника, а в специальных административных процедурах

---

<sup>1</sup> Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), п. 12. Раздел В. Глоссарий (термины и определения); Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009); Глоссарий № 2 (термины и объяснения).

<sup>2</sup> Принципы ALI NAFTA (2003). Приложение А (Определения), предусматривает: «Должник во владении» относится к лицу или лицам, имеющим право управлять делами должника в соответствии с реорганизацией гл. 11 в Соединенных Штатах или *concurso mercantil* в Мексике и включает мексиканского должника в согласительной процедуре в Мексике.

DIP не существует, поскольку управление переходит к специальному администратору.

Концепция должника во владении имеет несколько преимуществ. Прежде всего наличие знаний, секретов производства, опыта и деловых контактов директоров должника по вопросам деловых и финансовых дел должника позволяет продолжать бизнес без помех, которые могут нанести ущерб развитию бизнеса. Таким образом, руководство компании будет по-прежнему осуществлять руководство и у него останутся деловые партнеры и секреты производства, которые помогут осуществить реструктуризацию должника. Кроме того, право сохранить контроль может также послужить мощным стимулом для должников инициировать официальное разбирательство о реструктуризации добровольно и, следовательно, своевременно. С другой стороны, предоставление должнику или управляющему контролю над бизнесом, который начал испытывать финансовые трудности под их управлением, не позволит другим заинтересованным сторонам доверять действиям должника по реструктуризации. Как правило, в случае неудачи, вызванной неправильными управленческими решениями, заинтересованная сторона может захотеть инициировать расследование и привлечение к ответственности директора вместо того, чтобы наблюдать за тем, как должник остается под контролем прежнего руководства. Сбалансированный режим должника во владении должен учитывать все эти факторы.

#### **1.1.5.1. Значимые пункты из национальных докладов**

168. Термин «должник во владении» был впервые определен в ЕРПН (2015) как «должник, в отношении которого было открыто производство по делу о несостоятельности, которое необязательно связано с назначением банкротного управляющего или полной передачей прав и обязанностей по управлению активами должника банкротному управляющему, и, следовательно, где должник остается полностью или хотя бы частично контролировать свои активы и дела». Несколько государств — членов ЕС действительно включили концепцию должника во владении в свое законодательство. Однако в большинстве государств-членов проводится различие между процедурами реструктуризации и процедурами ликвидации. Это, например, дела в Бельгии, Великобритании, Венгрии, Нидерландах и Швеции.

169. В Бельгии должник остается во владении во время официального судебного разбирательства о реструктуризации. Законодательство

Бельгии предусматривает факультативное назначение консультанта (*gerechtsmandataris/mandataire de правосудия*), задача которого заключается в оказании помощи должнику во время судебного разбирательства. Однако при проведении процедуры банкротства (ликвидации) должник лишается всех своих полномочий в отношении своего имущества. Эти полномочия принадлежат одному или нескольким конкурсным управляющим, назначенным судом. С этого момента сам должник больше не имеет права распоряжаться своими активами и заключать сделки<sup>1</sup>. В Соединенном Королевстве должник остается во владении во время внесудебной реструктуризации (*out-of-court workout*)<sup>2</sup>, процедуры плана урегулирования долгов (*scheme of arrangement procedure*)<sup>3</sup> и добровольного урегулирования долгов компании (*company voluntary agreements*)<sup>4</sup>. Во время процедуры администрирования должник не остается во владении. Администратор получает управление бизнесом и делами компании<sup>5</sup>. В Венгрии должник остается во владении во время процедуры реструктуризации. Однако в рамках процедуры ликвидации внешнее управление должника переходит к банкротному управляющему<sup>6</sup>. В Нидерландах должник остается во владении во время процедуры «приостановление платежей» (*suspension of payments procedure*). Однако временно отстраненный должник может выполнять только административные и распорядительные действия в отношении имущественной массы, если он действует в сотрудничестве с администратором или с его разрешения или помощи<sup>7</sup>. Чтобы облегчить возможности для эффективной реструктуризации этих компаний, нидерландский законодатель предложил Закон о непрерывности деятельности компаний I о предбанкротных процедурах и Закон о непрерывности деятельности компаний II о процедурах плана урегулирования долгов

---

<sup>1</sup> Статья 16 Закона о банкротстве Бельгии.

<sup>2</sup> Досудебная реструктуризация носит чисто договорной характер.

<sup>3</sup> *A scheme of arrangement* является компромиссом между компанией и ее кредиторами или участниками, или любым их классом в соответствии с ч. 26 Закона о компаниях 2006 г.

<sup>4</sup> *Company voluntary arrangement* также является компромиссом между компанией и ее кредиторами для составления в счет погашения ее долгов или схемы организации ее дел. Важное отличие от схемы соглашения заключается в том, что в рамках добровольного соглашения с компанией обеспеченные и льготные кредиторы не могут быть связаны этой схемой.

<sup>5</sup> Paragraph 59, Schedule B1 Insolvency Act 1986.

<sup>6</sup> Cstv. 34. § 1–2.

<sup>7</sup> Article 228 DBA.

вне банкротства. Как в предбанкротных процедурах, так и в процедуре плана урегулирования долгов должник останется во владении. В ходе ликвидационной процедуры банкротства директора теряют право распоряжаться активами компании<sup>1</sup>. Именно банкротный управляющий отвечает за управление имуществом компании и его ликвидацию<sup>2</sup>. В Швеции должник остается во владении во время процедуры реорганизации. Во время процедуры банкротства должник не остается во владении.

170. В некоторых государствах-членах допускается наличие должника во владении во всех видах разбирательств. Немецкое законодательство о несостоятельности предусматривает только единую процедуру несостоятельности и позволяет избежать назначения администратора в пользу DIP под надзором банкротного управляющего<sup>3</sup>. Должник может управлять и распоряжаться своими активами, имея в большей или меньшей степени те же полномочия, что и у банкротного управляющего в обычных процедурах несостоятельности. Как правило, в процессе банкротства ликвидатор управляет активами должника после начала процедуры банкротства, если только суд не разрешает должнику оставаться во владении и управлять своими активами, но всегда в сотрудничестве с ликвидатором.

### *Ограничения полномочий должника во владении*

171. В случае если закон допускает должника во владении, существуют некоторые ограничения полномочий такого должника. В большинстве государств-членов полномочия находящегося во владении должника «ограничены» контролем или сотрудничеством с судебным должностным лицом или банкротным управляющим.

В некоторых государствах-членах эти ограничения заключаются в отношении совершения определенных сделок. Например, в Австрии во время процесса реструктуризации с самоадминистрированием. Хотя должник во владении имеет право совершать все сделки в рамках обычной хозяйственной деятельности, сделки, выходящие за рамки этой сферы, требуют предварительного одобрения администратора реорганизации. Кроме того, некоторые действия, такие как (i) оспаривание сделок, которые были совершены до открытия производства; (ii) рас-

---

<sup>1</sup> Статья 23 Закона о банкротстве.

<sup>2</sup> Статья 68 Закона о банкротстве.

<sup>3</sup> Section 270 InsO.

смотрение и включение в реестр требований, поданных кредиторами; (iii) все сделки, требующие одобрения комитетом кредиторов и суда по делам о несостоятельности, а также все сделки, которые необходимо сообщать в суд по делам о несостоятельности; (iv) продажа активов в судебном порядке и (v) продажа активов, на которые распространяется право на приоритетный режим, могут осуществляться только администратором реструктуризации. В Бельгии передача частично или полностью бизнеса третьей стороне должна быть совершена судебным представителем. Во Франции полномочия должника во владении ограничены для действий, превышающих ежедневную деятельность. Это также имеет место в Германии, где должник не может брать на себя обязательства, выходящие за рамки его обычной деятельности, без согласия наблюдателя за банкротством. В Латвии есть возможность установить конкретные сделки и суммы сделок, которые должны быть одобрены управляющим в деле о несостоятельности.

*Ответственность должника во владении в соответствии с законодательством о несостоятельности*

172. Если должник является юридическим лицом, возникает вопрос, существуют ли — после начала (пред)банкротных процедур — особые основания ответственности для директоров, которые выступают в качестве должника во владении. В большинстве государств-членов, например, в Австрии, Бельгии, Великобритании, Франции, Греции, Италии, Латвии, Польше, Испании и Швеции, таких особых оснований ответственности не существует. В большинстве из этих государств-членов главным основанием для привлечения к ответственности является то, своевременно ли директора подали заявления о несостоятельности<sup>1</sup>. Однако Закон о непрерывности бизнеса в Бельгии предусматривает уголовную ответственность для обеспечения прозрачности в отношении имущества должников и для обеспечения того, чтобы кредиторы получали правильную информацию, а также для обеспечения справедливой процедуры голосования<sup>2</sup>.

Немецкое, венгерское и нидерландское законодательства предусматривают особые основания ответственности для директоров, которые действуют для должника во владении. В Германии директора несут от-

---

<sup>1</sup> Это имеет место в Австрии, Бельгии, Франции, Греции, Италии, Латвии, Польше и Испании.

<sup>2</sup> Article 72 and 73 BSA.

ветственность управляющего<sup>1</sup>. В Венгрии ответственность директоров, выступающих в роли должника во владении, зависит от процедуры. В процессе реструктуризации директора могут быть оштрафованы на сумму до 500 000 форинтов (около 1575 евро), если они не будут сотрудничать с банкротным управляющим<sup>2</sup>. В процедуре ликвидации штраф может составлять до 50% дохода должника за год, предшествующий началу процедуры несостоятельности, или 2 000 000 форинтов (около 6300 евро). Этот штраф может быть наложен даже после прекращения трудовых или иных договорных отношений между директором и должником<sup>3</sup>. В Нидерландах директор компании, подлежащей процедуре приостановления платежей, несет ответственность, если в процессе своей деятельности не сотрудничает с администратором<sup>4</sup>.

### *Замена единоличных директоров должника во владении*

173. Если должник является юридическим лицом, то с момента начала (пред)банкротных процедур возникает вопрос, разрешает ли закон заменять единоличных директоров должника во владении кредиторами, специальными советниками и (или) банкротным управляющим, и если да, то при каких обстоятельствах. В большинстве государств-членов заменить единоличных директоров кредиторами или специальными советниками можно только по решению суда. Замена единоличных директоров судом, например, возможна в Австрии, Бельгии, Германии, Польше и Испании. В Австрии суд по делам о несостоятельности должен отозвать самоуправление и назначить конкурсного управляющего банкрота, если:

I. Возникают обстоятельства, которые дают основание ожидать, что самоуправление приведет к неблагоприятным последствиям для кредиторов.

II. План реструктуризации не утверждается кредиторами в течение 90 дней после открытия производства; или

III. Об этом ходатайствует должник.

В Бельгии такие положения существуют для судебной реструктуризации. Если должник или его директора допустили явную грубую ошибку или недобросовестность, может быть назначен временный

---

<sup>1</sup> Section 60 and 61 InsO.

<sup>2</sup> Cstv. 13. § 3.

<sup>3</sup> Cstv. 33. § 1.

<sup>4</sup> Статья 442 Уголовного кодекса Нидерландов.

администратор, который заменит директоров<sup>1</sup>. В случае явной халатности должника или его администраторов суд может назначить представителя суда, ответственного за выполнение конкретной задачи в течение срока, определенного судом<sup>2</sup>. В Германии, если директора окажутся небрежными или некомпетентными, по запросу собрания кредиторов, кредитора, имеющего право на отдельное удовлетворение, обычного (конкурсного) кредитора либо самого должника, суд может отменить свое решение, передающее управление должнику во владении<sup>3</sup>. В Польше суд *ex officio* отзывает директоров должника во владении и назначает администратора, если:

- i) должник нарушил закон; или
- ii) способ, которым он осуществляет управление бизнесом должника, не гарантирует выполнение плана урегулирования долгов (ag-  
gagement) (в случае принятия)<sup>4</sup>.

В Испании по просьбе управляющего в деле о несостоятельности суд может принять решение о замене директоров на управляющего в деле о несостоятельности при осуществлении управления и распоряжения имуществом должника, например, в случае отсутствия доверия со стороны контрагентов или поставщиков к директору или в случае существования конфликта между акционерами, который влияет на управление компанией.

174. В некоторых государствах-членах, например в Австрии, Венгрии и Швеции, директоров могут замещать только акционеры. В Соединенном Королевстве вопрос о том, каким образом директор может быть заменен во время внесудебной реструктуризации, введения схемы урегулирования долгов или добровольной процедуры урегулирования, регулируется уставом компании.

#### *Должник, не сохраняющий владение*

175. В случае если должник не сохраняет владение, возникает вопрос, какие оставшиеся полномочия принадлежат директорам и подлежит ли их осуществление какому-либо особому согласованию. В большинстве государств-членов управляющие несостоятельных компаний не имеют каких-либо остаточных полномочий. Полномочия, связанные с актива-

---

<sup>1</sup> Article 28 (2) BCA.

<sup>2</sup> Article 28 (1) BCA.

<sup>3</sup> Section 272 InsO.

<sup>4</sup> Article 76 BRL.

ми, осуществляются банкротным управляющим. В некоторых государствах-членах, например в Австрии и Германии, директора имеют право распоряжаться активами, не относящимися к имущественной массе. В Швеции во время процедуры банкротства директора по-прежнему могут представлять компанию вместе с администратором. Некоторые государства-члены разрешают директорам сохранять свои полномочия, связанные с внутренней деятельностью должника (например, созывать общее собрание акционеров). Это применимо, например, к Венгрии и Испании.

### 1.1.5.2. Значимые международные тенденции

176. В последние годы было предпринято несколько международных инициатив, относящихся к категории «должник во владении». Должник во владении в первую очередь определяется в EIR (2015): «...введение в отношении должника производства по делу о несостоятельности не обязательно предполагает назначение банкротного управляющего или полную передачу прав и обязанностей по управлению активами должника банкротному управляющему и, следовательно... должник по-прежнему полностью или хотя бы частично контролирует свои активы и дела»<sup>1</sup>. Положение основано на предположении, что два или более государств — членов ЕС включили процедуру должника во владении в свое законодательство.

177. В Рекомендациях Европейской комиссии от марта 2014 г. упоминается концепция должника во владении, особенно в п. 17: «Для повышения эффективности и сокращения задержек и затрат национальные механизмы превентивной реструктуризации должны включать гибкие процедуры, ограничивающие судебные формальности, где они необходимы и соразмерны для защиты интересов кредиторов и других заинтересованных сторон, интересы которых могут быть затронуты. Например, чтобы избежать ненужных затрат и учесть ранний характер процедуры, должники в принципе должны продолжать контролировать свои активы (...и назначение медиатора или наблюдателя должно быть не обязательным, а применяться индивидуально в каждом конкретном случае)». Роль медиатора будет заключаться в оказании помощи должнику и кредиторам в переговорах по плану реструктуризации, а роль наблюдателя — в наблюдении за деятельностью должника и принятии

---

<sup>1</sup> Должник во владении (DIP) упоминается в ст. 6(2), 28, 29, 38(1) и (3), 55(5) и 79 EIR (2015).

необходимых мер для защиты интересов кредиторов и других заинтересованных сторон. Ссылка делается на Рекомендацию 6, в частности, в разд. (b): «Должники должны иметь доступ к процедуре, которая позволяет им реструктурировать свой бизнес с целью предотвращения несостоятельности. Процедура должна содержать следующие элементы... (b) должник должен контролировать повседневную деятельность своего предприятия». Представляется, что должник во владении никогда не действует сам по себе. Он направляется (сопровождается) главным образом «наблюдателем»<sup>1</sup>.

178. В соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов 2004 г. в национальном законодательстве о несостоятельности должен быть четко определен баланс прав и обязанностей между должником и любым управляющим в деле о несостоятельности, назначенным на временной основе. Между моментом подачи заявления о начале производства по делу о несостоятельности и началом такого производства должник может осуществлять свою деятельность, а также использовать и распоряжаться активами в ходе обычной хозяйственной деятельности, за исключением случаев, ограниченных судом (Рекомендация 41). Кроме того, в национальном законодательстве о несостоятельности должна быть указана роль должника в осуществлении дальнейшей деятельности предприятия во время производства по делу о несостоятельности. Согласно ЮНСИТРАЛ могут быть использованы разные подходы:

I. Сохранение полного контроля над бизнесом с соответствующими мерами защиты, включая различные уровни контроля над должником и положения о замещении контроля над должником в определенных обстоятельствах.

II. Ограниченное замещение контроля над должником, при котором должник может продолжать вести свою деятельность на ежедневной основе при условии контроля со стороны управляющего в деле о несостоятельности, в случае чего в законе должно быть определено разделение обязанностей между должником и управляющим в деле о несостоятельности; или

III. Полное замещение контроля над должником и назначение управляющего в деле о несостоятельности.

В случае второго и третьего вариантов полная управленческая власть должна быть передана управляющему в деле о несостоятельности.

---

<sup>1</sup> Ссылка делается на 1.1.2 (относительно медиатора) и 1.1.3 (относительно наблюдателя).

ности, если совет директоров доказал свою некомпетентность или халатность, или уличен в мошенничестве или ином противоправном поведении (Принцип С6.2).

180. В Принципах европейского законодательства о несостоятельности 2003 г. также предусматривается возможность наличия должника во владении. Согласно п. 14.1 должнику при условии наблюдения может быть позволено управлять активами и распоряжаться ими<sup>1</sup>.

181. Должник во владении – категория, хорошо известная в США. Характерной чертой системы законодательства США о банкротстве является «положение о банкротстве» в Конституции США, т.е. приоритет федерального Кодекса о банкротстве<sup>2</sup>. Вместе с тем законодательство штатов об управлении предприятиями продолжает играть важную роль в операциях должника как после подачи ходатайства, так и после его подтверждения. В отчете ABI (2014)<sup>3</sup> Комиссия попыталась уточнить границы между этими двумя системами и более четко определить способность должника, во владении которого находятся активы, осуществлять коммерческие операции в ходе рассмотрения дела в соответствии с гл. 11. Комиссия разъяснила различие между должником и должником во владении.

182. В соответствии со ст. 1121 Кодекса о банкротстве должник может представить в порядке гл. 11 план. Когда компания подает заявление в рамках гл. 11, она становится должником во владении, который обладает определенными правами, полномочиями и обязанностями, отличными от должника, до подачи заявления. Это различие важно с учетом часто конкурирующих и противоречивых интересов, присутствующих в деле о банкротстве, и проблем, с которыми столкнется должник, если потребуется провести переговоры и составить план по гл. 11, удовлетворяющий требованию из определенной фидуциарной обязанности по отношению к этим конкурирующим заинтересованным сторонам. В частности, в соответствии со ст. 1107 Кодекса о банкротстве должник во владении имеет права, полномочия и обязанности конкурсного управляющего. Должник во владении также является доверительным управляющим в отношении имущества должника. Большинство положений Кодекса о банкротстве, относящихся

<sup>1</sup> В этом случае разбирательство следует Принципам, упомянутым в п. 1–13, за исключением тех случаев, когда они предполагают наличие администратора.

<sup>2</sup> Статья I, § 8, кл. 4 Конституции США.

<sup>3</sup> Американский институт банкротства, Заключительный отчет и рекомендации за 2012–2014 годы (2014) (доступно на: <https://abiworld.app.box.com/s/vvircv5xv83aav-14dp4h>).

к делам по гл. 11, уполномочивают управляющего и, в свою очередь, должника во владении предпринимать определенные действия и осуществлять определенные права. Другие положения, которые требуют раскрытия информации, налагают обязательства или касаются прав кредиторов в данном случае, большей частью применяются к должнику или ссылаются на него. Одним из важных исключений из этого общего разделения категорий является разд. 1121 Кодекса о банкротстве, который предусматривает, что «должник может подать план реструктуризации вместе с ходатайством, начинающим добровольное дело, или в любое иное время в добровольном или недобровольном деле. Кроме того, «только должник может подать план реструктуризации до истечения 120 дней после даты подачи заявления».

183. В отношении фидуциарных обязанностей, упомянутых выше, Кодекс о банкротстве опирается на принципы законодательства штатов, касающиеся фидуциарных обязанностей руководящего органа должника во владении, будь то совет директоров или аналогичная объединенная структура управления, а также его директора, должностные лица или аналогичные управляющие лица. Это назначение обычно означает, что эти физические или юридические лица несут имущественные обязанности заботы (*duty of care*) и лояльности, а также добросовестности. Эти обязанности и обязательства законодательства штатов регулируют поведение этих лиц или организаций при ведении бизнеса и управлении его делами. Кроме того, закон штата или другой применимый небанкротный закон может потребовать от должника во владении или его руководящего органа получения одобрений или выполнения определенных условий, прежде чем предпринимать определенные действия в отношении должника или от его имени. Примерами являются закон штата или устав должника, требующий, чтобы совет директоров должника получил одобрение акционеров, прежде чем продавать все или практически все активы должника, или закон штата, требующий, чтобы совет директоров проводил ежегодное собрание акционеров. В целом Комиссия АВИ пришла к выводу, что суды, как правило, разрешают должникам, имеющим право собственности, осуществлять продажу по ст. 363 всех или практически всех своих активов без какого-либо одобрения владельцев ценных бумаг в соответствии с применимым законодательством штата или уставными документами должника. Комиссия согласилась с тем, что в Кодекс о банкротстве следует внести поправки, чтобы прояснить возможность совета директоров или аналогичного руководящего органа проводить и осуществлять сделки по ст. 363 без согласований, требуемых законо-

дательством штата об управлении компаниями, включая голосование владельцев ценных бумаг.

184. Тем не менее в Отчете АВИ отмечается, что в судах США применяется неединообразный подход к требованию о собрании акционеров<sup>1</sup>. Некоторые суды рассматривают требование к должнику во владении о проведении ежегодного собрания акционеров в соответствии с нормой, которая устанавливает право акционеров голосовать за директора «и, следовательно, контролировать корпоративную политику... не должно быть нарушено, если не будет выявлен явный случай злоупотребления», однако другие суды запрещают собрание акционеров или отклоняют требование акционера о проведении собрания, когда стратегические цели запрашивающих акционеров определяются как противоречащие интересам имущественной массы<sup>2</sup>. В случае плана реструктуризации по гл. 11 должника план вероятно будет предполагать новую структуру капитала или новых членов СД, или менеджера или предполагать сделку, или другие действия в части передачи капитала или иные действия, требуемые или разрешаемые в соответствии со ст. 1123 Кодекса о банкротстве<sup>3</sup>. Хотя Комиссия АВИ признала, что соблюдение требований о проведении годового собрания или ответы на запросы акционера на проведение специального собрания будет накладывать многочисленные расходы на имущество и затягивать дело, при этом она не считает, что общий запрет на проведение собраний

<sup>1</sup> Report, at 195.

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> Раздел 1123(a) (5) специально предусматривает:

«(А) Несмотря на любое другое применимое законодательство о банкротстве, план должен... предоставлять адекватные средства для реализации плана, такие как

- (А) удержание должником всей или любой части имущества;
- (В) передача всей или любой части имущества одному или нескольким юридическим лицам, организованным до или после подтверждения такого плана;
- (С) слияние или объединение должника с одним или несколькими лицами;
- (D) продажа всего или любой части имущества, принадлежащего или не подлежащего удержанию, или распределение всего или любой части имущества, принадлежащего кому-либо, заинтересованному в таком имуществе;
- (Е) удовлетворение или изменение любого залогового удержания;
- (F) отмена или изменение любого соглашения или подобного инструмента; (G) восстановление или отказ от любого дефолта;
- (Н) продление срока погашения или изменение процентной ставки или другого срока погашения ценных бумаг;
- (I) внесение изменений в устав должника; или
- (J) выпуск ценных бумаг должника или любого лица, указанного в подпункте (В) или (С) настоящего параграфа, за наличные, за имущество, за существующие ценные бумаги или в обмен на требования или проценты, или за любые другие объекты».

акционеров в рамках гл. 11 был бы уместным. Когда должник, действующий в качестве такового в интересах своих акционеров (в отличие от должника во владении, действующего в качестве представителя имущественной массы), может предложить план, может быть неуместным отказывать акционерам в праве избирать директоров, которые представляют интересы акционеров. Комиссия постановила, что этот вопрос лучше всего решается судами в соответствии с действующим законодательством и обстоятельствами конкретного дела.

185. Кроме того, Комиссия обсудила вопрос о взаимосвязи между банкротным законодательством и иным применимым законодательством в контексте сделок, необходимых для осуществления или предусматриваемых планом по гл. 11. Комиссия согласилась с теми судами, которые толкуют ст. 1123(a) как расширяющую закон и рекомендовала внести поправки в ст. 1141 и 1142 с целью прояснения преимущества этой статьи. Наконец, она сочла, что преимущественное действие плана по гл. 11, , подтверждающего распоряжения о продаже, содержащееся в ст. 363(x), в отношении сделок, включенных в этот план, не должно освобождать директоров, управляющих или аналогичных управляющих лиц должника, должника во владении или реорганизованного должника от их фидуциарных обязанностей в соответствии с применимым законом штата, регулирующим деятельность предприятия, при осуществлении либо оказании влияния на любые сделки, предусмотренные планом, или распоряжением о продаже.

186. Комиссия рассмотрела вопрос о сохраняющейся целесообразности выявления различий между должником и должником во владении в контексте разработки плана. Комиссия отметила, что должник как инициатор плана должен учитывать интересы компании и обязательства компании перед кредиторами и держателями акций при разработке плана по гл. 11. В этом качестве должник может быть вынужден принимать сложные решения относительно бизнеса, его работников, активов и отношений с заинтересованными сторонами. Хотя должник ведет переговоры с основными заинтересованными сторонами и пытается достичь консенсуса по своему плану, он не сможет начать (или завершить) эти переговоры без структуры плана, который в первую очередь выгоден кредиторам как таковой. Более того, то, что в контексте плана отвечает наилучшим интересам кредиторов, может не обязательно соответствовать долгосрочным интересам компании или держателей ее акций. Члены Комиссии проанализировали, сможет ли должник во владении в процессе планирования обеспечивать интересы

нескольких заинтересованных лиц, выступая в качестве фидуциария для держателей ценных бумаг и кредиторов. Члены Комиссии обсудили потенциальные конфликты интересов и конкурирующие цели, которые могут парализовать должника во владении, действующего в этой двойной роли. Должник во владении не должен оказываться в ситуации переговоров относительно плана для компании, держателей ее ценных бумаг и кредиторов, интересы которых должник во владении представляет в качестве фидуциарного управляющего. Сторона, ведущая переговоры от имени разных сторон по одной и той же сделке, редко достигает наилучшего или справедливого результата. Соответственно, Комиссия согласилась с тем, что должник должен быть отделен от должника во владении в контексте плана и что должник, выступающий инициатором плана, не должен рассматриваться в качестве фидуциария для кредиторов.

187. Затем Комиссия обсудила, какие фидуциарные обязанности, если таковые имеются, должны выполнять директора, должностные лица или аналогичные управляющие должника в процессе разработки плана. Собственно, Комиссия пришла к выводу, что наиболее эффективным подходом было бы наложение любых обязанностей, предусмотренных в этих обстоятельствах законом штата, регулирующим деятельность предприятия. Этот подход также будет соответствовать другим принципам, связанным с обязанностями, которые обсуждаются Комиссией. В заключение Комиссия предлагает внести поправки в Кодекс о банкротстве, чтобы разъяснить:

– что должник в своем качестве и в качестве инициатора плана обязан выполнять только свои фидуциарные обязанности в соответствии с применимым законодательством штатов об управлении предприятиями при ведении переговоров, разработке проекта и получении подтверждения плана по гл. 11;

– что совет директоров, должностные лица или аналогичные управляющие лица должника во владении действуют в качестве фидуциариев для должника в части разработки плана (включая, но не ограничиваясь, формулировку, подтверждение и реализацию плана), а применимые законодательством штата фидуциарные обязанности должны и далее сохраняться;

– в целях содействия эффективному и действенному представительству, что профессионалы применительно к должнику во владении должны иметь возможность представлять последнего в качестве фидуциарного управляющего имуществом и в качестве отдельного должника и лица, иницирующего план (не нарушая ст. 327 Кодекса).

### **1.1.5.3. Обязанности должника/директора в случае банкротства бизнеса**

188. Особые права и обязанности режима «должник во владении» применяются только после фактического начала формального (судебного) разбирательства. Однако должник или руководство должника в случае банкротства компании могут столкнуться с конкретным обязательством, относящимся к несостоятельности или спасению, на более ранней стадии.

189. Для индивидуального предпринимателя обязательства, связанные с несостоятельностью, обычно вытекают только из договорного права. Ковенанты в финансовых контрактах или договорах на поставку могут потребовать сообщения ключевым кредиторам об ухудшении финансового положения. Соответствующий ответ кредитора (например, акселерация долга по оплате, расторжение контрактов, а также официальное ходатайство о возбуждении производства по делу о несостоятельности) может затем послужить причиной формальной процедуры несостоятельности, с помощью которой можно достичь спасения бизнеса. Кроме того, общее договорное и деликтное (или даже уголовное) право может требовать от неплатежеспособных должников раскрывать свое финансовое положение неосведомленным контрагентам, когда они все еще ведут хозяйственную деятельность вместо подачи заявления о признании себя несостоятельными.

190. Для компании-должника законодательство о компаниях и несостоятельности обычно предусматривает дополнительные обязательства для тех, кто ею управляет: директоров должника и теневого директоров.

#### *Корпоративное право*

191. На основе выводов, касающихся обязанностей директоров компаний в преддверии несостоятельности, можно определить четыре основные правовые стратегии, используемые государствами-членами. Как и ранее, эти стратегии используются для решения проблемы неэффективного смещения рисков в условиях, близких к несостоятельности:

1. Обязанность созывать собрания или правило «восстанавливай капитализацию или ликвидируйся».
2. Обязанность подавать заявление о несостоятельности.
3. Обязанность действовать заботливо (санкционируется положением о неправомерном ведении деятельности (wrongful trading)).

192. В соответствии со ст. 19 второй Европейской Директивы по корпоративному праву<sup>1</sup> в случае серьезного снижения акционерного капитала должно созываться общее собрание акционеров. Государства-члены должны сформулировать соответствующие условия, на которых должно быть созвано общее заседание. В ходе этого собрания акционеры должны рассмотреть вопрос о том, следует ли ликвидировать компанию или принять какие-либо другие меры. В соответствии с подразд. 2 ст. 19 сумма убытков, считающихся серьезными, не может быть установлена на уровне, превышающем половину подписного капитала. Большинство государств-членов внедрили ст. 19 второй Европейской Директивы по корпоративному праву в качестве простой обязанности<sup>2</sup>. Например, в Германии совет директоров публичной компании должен незамедлительно созывать собрание акционеров, если при подготовке годового баланса или промежуточного баланса или при выполнении решения суда становится очевидным, что публичная компания понесла убытки в размере половины акционерного капитала<sup>3</sup>. Законодательство Латвии предусматривает аналогичное положение для частных компаний. Совет директоров обязан созывать общее собрание акционеров в случае, если потери компании превышают половину акционерного капитала<sup>4</sup>. Как представляется, простое обязательство созывать общее собрание акционеров сопряжено с издержками, не принося каких-либо значительных выгод компаниям или кредиторам. Это объясняется тем, что на практике акционеры не предпринимают никаких шагов или не решают вопросов в ходе такого рода собраний<sup>5</sup>.

193. Что касается публичной компании, то латвийское законодательство применяет так называемую норму «восстанавливай капита-

---

<sup>1</sup> Директива 2012/30/ЕС Европейского парламента и Совета от 25 октября 2012 г. о координации гарантий, которая по смыслу п. 2 ст. 54 Договора о функционировании Европейского союза в целях защиты интересов членов и других лиц компаний предъявляет государствам — членам требования в отношении создания публичных компаний с ограниченной ответственностью и содержания и изменения их капитала с целью обеспечения эквивалентности таких гарантий.

<sup>2</sup> Австрия, Бельгия, Германия, Греция, Венгрия, Латвия (только для частной компании), Нидерланды, Польша и Соединенное Королевство.

<sup>3</sup> Пункт 1 ст. 92.

<sup>4</sup> Статья 219 Коммерческое право, 2000 г.

<sup>5</sup> Исследование по вопросу об обязанностях и ответственности директоров, подготовленное для Европейской комиссии DG Markt: C. GernerBeuerle, P. Paech and E.P., Schuster. 2013. P. 216.

лизацию или ликвидируйся». Это правило выходит за рамки простой обязанности созывать общее собрание в соответствии со ст. 19 второй Европейской Директивы по корпоративному праву. Государства-члены, принявшие это правило<sup>1</sup>, требуют от компаний, потерявших половину их подписного капитала, сделать выбор между рекапитализацией компании или ликвидацией компании<sup>2</sup>. Законодательство латвийских публичных компаний является хорошим примером и предусматривает, что, если потери компании превышают половину акционерного капитала компании, совет директоров уведомляет советника об этом факте и созывает собрание акционеров, где он должен представить разъяснения. Впоследствии собрание акционеров принимает решение о покрытии убытков или принимает одно из следующих решений: (i) предоставить надлежащее обеспечение кредиторам компании; (ii) уменьшить акционерный капитал; (iii) прекратить операции и ликвидировать или реорганизовать компанию; или (iv) подавать заявление о несостоятельности<sup>3</sup>.

194. Другой пример можно найти в шведском законодательстве. Если у совета директоров есть основания подозревать, что активы компании не покрывают более половины зарегистрированного акционерного капитала, совет директоров обязан незамедлительно составить контрольный баланс для проверки аудитором компании. Если балансовый отчет показывает, что чистые активы компании действительно составляют менее половины зарегистрированного акционерного капитала, совет директоров должен созвать собрание акционеров. Собрание акционеров имеет три варианта дальнейших действий: (i) увеличение объема активов компании для покрытия акционерного капитала; (ii) ликвидация компании; или (iii) продолжение ведения бизнеса в течение максимум восьми месяцев (если в конце этого периода акционерный капитал не будет полностью восстановлен, компания должна быть ликвидирована)<sup>4</sup>.

195. Законодательство большинства государств-членов предусматривает основания для ответственности в том случае, если совет директоров не созывает собрание акционеров и (или) не выполняет

---

<sup>1</sup> Франция, Италия, Латвия (только для публичных компаний), Испания и Швеция.

<sup>2</sup> В Италии выбор между ликвидацией и рекапитализацией возникает в том случае, если размер потери превышает размер капитала (ст. 2447 и 2482-тер Гражданского кодекса Италии).

<sup>3</sup> Статья 271 Коммерческое право, 2000 г.

<sup>4</sup> Статьи 13–16 гл. 25 Закона о компаниях.

иные обязательства. Например, в Швеции директора несут личную и совместную ответственность по обязательствам компании, которые возникли в период, когда не были выполнены обязанности директоров<sup>1</sup>.

196. Кроме того, на директоров возлагаются общие обязанности, защищающие компанию, ее акционеров и заинтересованные стороны от злоупотреблений и неправомерных действий. Однако, если компания приближается к несостоятельности, основные обязанности директоров могут быть изменены. Изменение обязанностей директоров вызвано изменением корпоративной цели компаний, находящихся в тяжелом финансовом положении, т.е. переходом от действий в интересах компании к действиям в интересах кредиторов. В целом директора обязаны действовать в интересах компании. В этих государствах-членах обязанности директоров направлены на удовлетворение интересов всех заинтересованных сторон<sup>2</sup>. В большинстве случаев эта обязанность конкретно не кодифицирована в законодательстве государства-члена о компаниях, а развивается в судебной практике. Например, в законодательстве Нидерландов говорится, что при выполнении своей задачи директора компании учитывают интересы компании и бизнеса, связанного с ней<sup>3</sup>. В большинстве государств-членов<sup>4</sup>, например в Соединенном Королевстве, делается упор на то, чтобы действовать исключительно в интересах акционеров. Однако если компания приближается к несостоятельности, во всех государствах-членах обязанности директоров в большей степени ориентированы на интересы кредиторов. Это также относится к государствам-членам, которые не применяют подход, ориентированный на заинтересованные стороны, таким как Соединенное Королевство. В соответствии со ст. 172 Закона о компаниях фидуциарная обязанность директора содействовать успеху компании предполагает и соблюдение любого закона, требующего от директоров, при определенных обстоятельствах, учитывать или действовать в интересах кредиторов компании, когда она приближается к несостоятельности (см. разд. 172 (3) Закона о компаниях 2006 г.).

<sup>1</sup> Раздел 18 гл. 25 Закона о компаниях.

<sup>2</sup> Австрия, Бельгия, Венгрия, Германия, Греция, Испания, Италия, Нидерланды, Польша, Франция и Швеция.

<sup>3</sup> Статья 2: 129/239 (4) ДКС.

<sup>4</sup> Латвия и Соединенное Королевство.

### *Обязанность подать заявление*

197. Одна из основных стратегий, используемых государствами-членами для обеспечения надлежащего учета интересов кредиторов в случае несостоятельности, заключается в том, что директор обязан своевременно подавать заявление о несостоятельности. Однако в разных государствах-членах сроки, в течение которых директора должны подавать заявление о несостоятельности, существенно различаются<sup>1</sup>. Кроме того, в некоторых государствах-членах существует некоторая неопределенность в отношении того, когда фактически начинается этот период времени. Это может привести к правовой неопределенности, поскольку главным образом обязанность подать заявление связана с вытекающей из этого ответственностью за любое истощение активов компании в результате задержки с его подачей. Наконец, существуют некоторые различия в характере ответственности.

198. Обстоятельства, при которых возникает обязанность подавать заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности, в государствах-членах различаются. Поэтому конкретный срок, в течение которого совет директоров должен подавать заявление о несостоятельности, не всегда ясен. В некоторых государствах-членах (Австрия, Германия, Польша) к числу соответствующих иницилирующих факторов относятся отсутствие ликвидности (когда компания не в состоянии погасить свои долги по мере наступления срока их погашения или неплатежеспособность (*cash flow insolvency*)) и чрезмерная задолженность (когда обязательства компании, включая ее текущие и планируемые обязательства, превышают ее активы, или недостаточность имущества (*sheet balance insolvency*)), в то время как другие государства-члены (Бельгия и Франция, а также Латвия) используют только прекращение платежей.

199. Кроме того, в разных государствах-членах сроки, в течение которых директора обязаны подавать заявление о несостоятельности, неодинаковы. В Германии, Греции и Австрии директора должны без неоправданной задержки и в любом случае в течение трех недель<sup>2</sup>, 30 дней<sup>3</sup> или соответственно 60 дней<sup>4</sup> после наступления несостоятельности, подать заявление о несостоятельности, как это определено

---

<sup>1</sup> Австрия, Бельгия, Германия, Греция, Испания, Италия, Латвия, Польша и Франция.

<sup>2</sup> Раздел 17(2) InsO.

<sup>3</sup> Статья 98 Уголовного кодекса Греции.

<sup>4</sup> Раздел 69(2) Кодекса о несостоятельности Австрии.

выше. В Бельгии директора должны подать заявление в течение одного месяца<sup>1</sup>, в Польше — в течение 30 дней, во Франции — в течение 45 дней<sup>2</sup>, в Испании — в течение двух месяцев<sup>3</sup>. Латвийское законодательство не предусматривает конкретного срока, в течение которого директора должны подать заявление о несостоятельности.

Обязанность подавать заявление о несостоятельности подкрепляется вытекающей из этого ответственностью директоров за любое уменьшение активов компании в результате несвоевременной подачи заявления, что обычно является гражданской ответственностью<sup>4</sup>. Однако в некоторых государствах-членах запоздалая подача заявления также равносильна уголовному преступлению<sup>5</sup>.

200. Вместо того чтобы брать на себя обязательство подавать заявление о несостоятельности, некоторые государства-члены в своем решении<sup>6</sup> предусматривают обязанность прекратить коммерческую деятельность в тех случаях, когда интересы кредиторов находятся под угрозой, так называемое правило о неправомерном ведении деятельности (*wrongful trading rule*). Этот альтернативный подход лучше всего проиллюстрировать на примере английского права, где в ст. 214 Закона о несостоятельности 1986 г. содержится положение о неправомерном ведении деятельности. Директор, который знал или должен был знать о том, что компания не имеет разумных оснований не объявлять о несостоятельности, и не предпринял всех шагов для сведения к минимизации потенциальных убытков для кредиторов, может нести личную ответственность. Для оценки того, виновен ли директор в неправомерном ведении деятельности, применяются субъективный тест и объективный тест. Факты, которые директор компании должен знать или выяснять, выводы, к которым он должен прийти, и меры, которые он должен принять, — это те, которые должны быть известны или выяснены, или получены или приняты разумно заботливым лицом, имеющим:

(а) общие знания, навыки и опыт, которые можно разумно ожидать от лица, выполняющего те же функции, что и директор, в отношении компании (объективный тест), и

<sup>1</sup> Статья 9 Закона Бельгии о банкротстве.

<sup>2</sup> Статья L. 640-4 Торгового кодекса Франции.

<sup>3</sup> Статья 5 Закона о несостоятельности.

<sup>4</sup> Австрия, Бельгия, Греция, Испания, Италия, Латвия, Польша и Франция.

<sup>5</sup> Австрия, Бельгия, Германия, Италия, Латвия и Польша.

<sup>6</sup> Англия и Уэльс, Венгрия, Нидерланды, а также Швеция (где это может также привести к уголовному преследованию).

(b) общие знания, навыки и опыт конкретного директора (субъективный тест).

### *Усилия ЕС по гармонизации*

201. В дополнение к этому «условию осведомленности» в ст. 214 (3) содержится защита в виде «минимизации потерь», предусматривающая, что суд не взыскивает компенсацию, если он убедится в том, что соответствующий директор предпринял каждый шаг с целью минимизации потенциальных убытков для кредиторов компании<sup>1</sup>.

202. В корпоративном праве ст. 19 второй Европейской директивы по праву компаний предусматривает необходимость созыва общего собрания акционеров в случае серьезной утраты подписного капитала. По мнению Европейской комиссии это требование может поставить под угрозу эффективность принятия и осуществления плана реструктуризации<sup>2</sup>. Поэтому ст. 32 законодательного Предложения требует, чтобы государства-члены отступали от этого положения в той мере и на такой период, которые необходимы для создания структуры превентивной реструктуризации.

203. Помимо директив, касающихся корпоративного права, на уровне ЕС по-прежнему отсутствует унификация в отношении обязательств директоров в преддверии несостоятельности. Эти пробелы и недостатки в отношении основных правил, касающихся обязанностей директоров на уровне ЕС, создают правовую неопределенность и препятствуют трансграничным инвестициям<sup>3</sup>. 22 ноября 2016 г. Европейская комиссия приняла законодательное предложение по вопросам превентивной реструктуризации, несостоятельности и второго шанса, которое могло бы установить унифицированный свод обязанностей директора<sup>4</sup>.

#### **1.1.5.4. Мотивы рекомендаций**

204. Любые правила, касающиеся должника с точки зрения обанкротившегося бизнеса, должны обладать некоторыми базовыми характеристиками. Они должны проводить различие между индиви-

---

<sup>1</sup> Сравните: Jente Dengler, Wrongful Trading: Scaring off Reckless Directors, в 13 International Corporate Rescue 2016. P. 413 et seq.

<sup>2</sup> Пояснительная записка к Предложению. С. 11–12.

<sup>3</sup> EcoDa & AIG, Руководство по обязанностям и обязанностям директоров. С. 8.

<sup>4</sup> Статья 18 Директивы о реструктуризации предложений (2016).

дуальными и корпоративными должниками и в последнем случае касаться отдельно руководства и акционеров. Кроме того, они должны предусматривать согласующийся свод правил для всех этапов кризиса бизнеса в корпоративном и банкротном законодательстве. Наконец, правила, касающиеся должника во владении в рамках процедуры (реорганизации или несостоятельности), должны отражать конкретную цель предоставления должнику права контроля.

### *Компании и частные лица*

205. Положение должника может быть весьма различным. В случае индивидуального предпринимателя должник сам по себе является человеком, который заинтересован в сохранении репутации, доходов и самоуважения при управлении предприятием. В то же время неплатежеспособность является одной из основных угроз для экономического существования и будущего предпринимателя, часто сопровождаемая значительным бременем задолженности после процедуры и отсутствием дохода. В данном случае важное значение имеют социальные аспекты, и для стимулирования должников к активному и своевременному использованию процедурных возможностей следует использовать инструменты облегчения долгового бремени.

206. В отличие от этого в тех случаях, когда должником является компания или даже корпорация, акционеры и управляющие являются лицами, на которых следует сосредоточить внимание. Эти субъекты зачастую связаны лишь с ограниченным риском. Директора часто имеют только стимулы, ориентированные на работу, и бонусы, чтобы действовать во время кризиса. Интересы акционеров являются более сложными. В то время как акционеры (участники) корпораций могут искать только способ вернуть свои инвестиции в акционерный капитал, акционеры (участники) компании фактически опасаются личной ответственности по долгам компании. Такие различия должны быть признаны в правилах, направленных на обеспечение защиты предприятий.

### *Мониторинг и реализация*

207. Любая правовая система реструктуризации и несостоятельности способна обеспечить спасение жизнеспособных предприятий и эффективную ликвидацию нежизнеспособных предприятий только в том случае, если эта система задействуется на этапе кризиса фирмы,

когда спасательные операции все еще возможны, или по крайней мере все еще существуют средства для финансирования упорядоченной ликвидации. Важное значение имеет обеспечение скорейшего доступа к такой системе. Любое решение о доступе к системе реструктуризации и несостоятельности требует понимания наличия проблемы и желания использовать инструменты этой системы.

208. Своевременное осознание кризисной ситуации может быть обеспечена за счет обязательств по мониторингу или ведению учета. Такие обязательства должны возлагаться на индивидуального должника или директора компании в соответствии с нормами (например, в соответствии с законодательством о компаниях) или контрактами (например, соглашениями).

209. В тех случаях, когда выявляются признаки кризиса, необходимо сообщать об этом с тем, чтобы такие сигналы не игнорировались. Условия контракта могут требовать представления отчета контрагенту (например, крупному кредитору или поставщику). Нормы корпоративного права должны обязывать директоров отчитываться перед акционерами; правила рынков капитала уже включают обязанность немедленно сообщать значимую для рынка информацию. Вместе с тем в обязанности по представлению отчетности могут также вовлекаться третьи стороны. Они могут быть распространены на советников и кредиторов, обладающих знанием внутренней информации (например, на налоговых советников, налоговые органы или органы социального обеспечения, финансовых кредиторов, которые информируются в соответствии с ковенантами). Что касается получателей, то доклады могли бы направляться внешним субъектам, участвующим в системе раннего предупреждения, например, учреждениям по поддержке бизнеса (см. гл. 2).

210. При ознакомлении с отчетом акционеры должны решить, производить ли им рекапитализацию или ликвидировать компанию. Если они рассматривают вопрос о рекапитализации, они могут сделать это в соответствии с законодательством о компаниях или могут принять решение об использовании инструментов реструктуризации, например в тех случаях, когда требование о единогласии в соответствии с законодательством о компаниях препятствует принятию решения. Информированные кредиторы должны будут решить, хотят ли они продолжать коммерческую деятельность, и если да, то на каких условиях.

211. С точки зрения системы контроля и отчетности любой должник обязан информировать контрагентов по договору о значительном риске неисполнения обязательств при заключении контрактов после выявле-

ния кризиса. Доктрина неправомерного ведения деятельности может легко быть увязана с основополагающими принципами договорного права, которые предусматривают ответственность любого физического лица, действующего за должника (т.е. самого индивидуального предпринимателя или директора компании).

212. Вместе с тем введение широких обязанностей по контролю и отчетности не должно создавать риска того, что соответствующие стороны будут нести ответственность на основе полученной информации. Законодатели должны предусмотреть гарантированные «защитные возражения» для информированных заинтересованных сторон, которые в ответ на соответствующие сообщения продолжают торговлю или кредитование в целях защиты от возможных требований о мошеннических действиях или гражданской ответственности, основанных на самом этом факте.

212. В таких условиях подача заявления о возбуждении официальной реструктуризации или производства по делу о несостоятельности является не чем иным, как (запоздалым) способом представления информации и внешнего воздействия на выявленный кризис бизнеса. Такая подача заявления может быть произведена на основе решения о прекращении коммерческой деятельности. Она также может последовать за решением о реструктуризации в соответствии с положениями закона о реструктуризации или решением попытаться продать предприятие в рамках ликвидационной процедуры в качестве действующего бизнеса. Тем не менее право на подачу заявления явно отличается от обязанности подавать заявление, особенно если такая обязанность связана с уголовной ответственностью. Такая обязанность потребовала бы наличия четко определенных элементов, что трудно сделать, когда речь идет об экономической ситуации (неплатежеспособность, недостаточность имущества). Опыт государств-членов, где есть обязанность подавать заявление (например, Германии), свидетельствует о том, что даже четкая обязанность подачи такого заявления фактически не решает проблемы несвоевременной подачи. В целом представляется предпочтительным установить полномасштабные права на подачу заявления о несостоятельности среди информированных заинтересованных сторон в сочетании с заблаговременной обязанностью должника/директора своевременно сообщать акционерам и кредиторам о сложившейся деловой ситуации (например, при существенном снижении капитала или отрицательных коммерческих показателях в течение последующих нескольких лет или в момент, когда директор предвидит от-

сутствие ликвидности). Таким образом, заинтересованные стороны получают время, чтобы отреагировать на ухудшение деловой ситуации, что даст им больше возможностей оздоровить бизнес. В то же время ходатайство о возбуждении официального производства должно направляться не только от должника/директора, но и от других заинтересованных сторон. Тем не менее, если директор игнорирует обязанность уведомлять о наступлении кризиса, он должен нести ответственность за любой ущерб, причиненный компании. Любая ответственность кредиторов должна вытекать только из принципов договорного права (например, общая обязанность информировать о кризисе при заключении договора).

### *Конкретные обязанности в рамках процедур*

213. При реструктуризации или производстве по делу о несостоятельности управление бизнесом должника должно осуществляться должником, если соответствующая процедура направлена исключительно на спасение бизнеса, а перерывы в операционной деятельности должны быть минимальными. В данном случае интересы кредиторов могут быть в достаточной степени защищены наблюдателем и правом прекратить такое производство в случае провала или прекращения реструктуризации (гл. 2).

214. В рамках унифицированных производств, таких как производство по делам о несостоятельности в Хорватии, Германии или Испании, когда реструктуризация возможна, но не является единственным возможным результатом, должник должен сохранять за собой право владения только в том случае, если производство возбуждается при поддержке кредиторов в целях обеспечения реструктуризации (предварительно составленный план). Мы считаем, что вариант должника во владении является инструментом только реструктуризации.

215. Таким образом, в соответствии с принципами Всемирного банка должник/директор должны быть заменены администратором в рамках ликвидационного производства. Цель ликвидации активов компании и выплаты ее кредиторам может быть наиболее эффективным образом достигнута с помощью банкротного управляющего, действующего в качестве администратора. Вполне возможно, что должник во владении имеет конфликт интересов в ходе ликвидационного производства, например, в случае ответственности директоров за неправомерное ведение деятельности (*wrongful trading*).

### 1.1.5.5. Рекомендации

**Рекомендация 1.14:** Государствам-членам следует предусмотреть систему контроля и отчетности, которая включала бы правило о капитале компаний или правила ликвидации и обязанность созывать собрания акционеров в случае потери половины акционерного капитала компании.

**Рекомендация 1.15:** В ходе этого заседания совет должен представить и обсудить любые предлагаемые меры по превентивной реструктуризации, в то время как акционеры обязаны принять решение о том, чтобы (i) инициировать переговоры по внесудебному урегулированию; (ii) подать заявление на реструктуризацию; (iii) добровольно закрыть и ликвидировать компанию; (iv) подать заявление о ликвидации в связи с несостоятельностью.

**Рекомендация 1.16:** Государствам-членам следует предусмотреть защитные возражения с тем, чтобы дать возможность директорам платежеспособной компании, находящейся в тяжелом финансовом положении, изучить при наличии определенных руководящих принципов варианты реструктуризации без риска возникновения ответственности за неправомерное ведение деятельности.

**Рекомендация 1.17:** Государствам-членам следует предусмотреть обязанность директоров своевременно информировать акционеров и в соответствующих случаях другие заинтересованные стороны (например, поставщиков или финансовых кредиторов), как только предприятие достигнет установленных пороговых уровней (например, существенной потери капитала или отрицательных коммерческих показателей в течение последующих нескольких лет или в момент, когда директор предвидит отсутствие ликвидности). Любое нарушение такой обязанности должно повлечь за собой ответственность директора компании за ущерб. Государствам-членам следует разрешить кредиторам и акционерам возбуждать производство по делу о реструктуризации и несостоятельности на основе такого уведомления вместо обязанности директоров компаний незамедлительно подавать заявление.

**Рекомендация 1.18:** Европейской комиссии или другим европейским учреждениям следует поддержать проведение сравнительного и эмпирического исследования по вопросу об обязанностях и ответственности директоров несостоятельной компании на стадии внесудебного урегулирования, а также по вопросу о положении в процедуре должника во владении.

### 1.1.6. Антикризисное управление

216. В сфере бизнеса имеется несколько консультантов, которые помогают любой компании в достижении ее целей. Для предприятий, которые имеют проблемы с финансовыми показателями, способностью предвидеть быстрое изменение каналов продаж (например, Интернет), изменение рынков (обновление законодательства), изменение вкусов клиентов или изменение источников первичного финансирования (перспективные частные инвесторы), могут быть приглашены советники. Сегмент этой группы консультантов именуется: «антикризисный управляющий» или «специалист по корпоративной реструктуризации». Какова их задача? Несмотря на то что понятие «антикризисное управление» и «финансовое оздоровление» не имеет единого определения, в научной и профессиональной литературе упоминается ряд характерных особенностей, которые повторяются, в связи с чем можно привести следующее общее описание: антикризисное управление — это динамичный процесс реструктуризации компании, которая переживает кризис, угрожающий ее деятельности, или которая прекратит деятельность в какой-то момент, если не будут приняты решительные меры. Наиболее важными характеристиками такого управленческого процесса являются: (i) предотвращение неминуемого прерывания последовательного извлечения прибыли (т.е. ликвидации в случае несостоятельности) в качестве одной из целей; (ii) содействие (устойчивому) возвращению компании путем принятия исчерпывающих мер на стратегическом, оперативном и (или) финансовом уровне; а также (iii) инициирование изменений в отношении компании, ее правовой и организационной структуры и внутренних процессов (производство, услуги).

217. Антикризисные управляющие, консультирующие по этим вопросам, соглашаются действовать «в тени закона». Их рекомендации будут касаться элементов права, которые будут иметь значение при принятии мер на основе рекомендаций антикризисных управляющих (или в тех случаях, когда они не будут приняты вообще): применимых законов об увольнении работников, условий договоров с поставщиками, финансового положения кредиторов, правил об ответственности директоров. Антикризисные управляющие могут ограничиваться консультациями, однако на практике они будут активно участвовать в реализации решений совета, включая переговоры со всеми заинтересованными сторонами<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: Pandit, некоторые рекомендации по улучшению исследований по оздоровлению корпораций // M@n@gement 3(2) С. 31: Финансовое оздоровление [корпорации]

218. Для жизненного цикла предприятия и для его многочисленных участников роль антикризисного управляющего имеет первостепенное значение. На рынках с высокой ценовой конкуренцией бизнес будет бороться за свое выживание и позитивно воспринимать отсутствие убытков в ближайшие несколько месяцев. На других рынках будет иной подход: мы уверены, что приходят лучшие времена, экономика восстанавливается, рынок может снова подняться и клиенты вернуться. Кредиторы и, например, поставщики товаров и услуг будут иметь более долгосрочную перспективу: имеет ли компания будущее? Не слишком ли сильно отстает от своих конкурентов? И если да, то какова наилучшая стратегия для кредитора на сегодняшний день: прекратить предоставление кредита и затем вступить во владение обеспечением? Или дать немного времени, чтобы найти новые деньги от нового или дополнительного займодавца?

А компания: должна ли она информировать поставщиков? В таком ракурсе конфликта интересов задача антикризисного управляющего имеет решающее значение для продвижения компании к ее будущему и во многих случаях для содействия созданию уверенности всех сторон в экономическом выживании в среднесрочной перспективе. Привлечение сторон к переговорам и участие в разработке антикризисного плана и плана реструктуризации будет сложной задачей, а сам план — важным инструментом.

### 1.1.6.1. Антикризисный управляющий в ЕС

219. Антикризисная деятельность может быть частью роли управляющего. Например, в Англии в период администрирования администратор имеет широкие полномочия по управлению компанией, в том

---

может быть определено как восстановление экономических показателей фирмы после угрожающего существованию спада. Снижение может происходить в течение нескольких лет, хотя бывают ситуации, когда чрезвычайные события, происходящие в течение более короткого периода времени, могут поставить фирму под угрозу. Успешное восстановление в его наиболее сдержанной форме может предполагать простое выживание, при котором экономические показатели являются вполне приемлемыми для различных заинтересованных сторон фирмы. С другой стороны, в наиболее позитивной форме восстановление может привести к тому, что фирма достигнет устойчивых, более высоких конкурентных позиций в выбранных ею областях деятельности. Процесс антикризисного управления описан в работе: Jan Adriaanse, Dick van Offeren и Jean-Pierre van der Rest, Turnaround Management (Serie Recht en Praktijk Insolventierecht 7, Deventer: Wolters Kluwer, 2016). Обзор исторических, деловых и этических вопросов см.: Jan Adriaanse и Jean-Pierre van der Rest (eds.), Turnaround Management and Bankruptcy (New York: Routledge, 2017).

числе делать все необходимое или целесообразное для управления делами, бизнесом и имуществом компании. Несмотря на то что суд никакого участия не принимает (предоставление разрешения на совершение определенных действий), администратор является должностным лицом суда, который возлагает на него общую обязанность действовать добросовестно, справедливо и честно<sup>1</sup>. В то время как в зоне, близкой к несостоятельности, договорная реструктуризация должна сохранять большее значение и экономить больше рабочих мест, профессиональные консультации должны основываться на специальных навыках: как коммерческих, так и юридических. Не должно допускаться использование консультанта, который недостаточно подготовлен и может иметь интересы, отличные от независимого соблюдения интересов компании и ее заинтересованных сторон. Нужно отделить зерна от плевел.

220. Здесь упоминается недавняя инициатива Европейского отделения INSOL по оздоровлению. В октябре 2014 г. эта группа поручила Лейденской школе права разработать проект «Руководящие принципы для внесудебных антикризисных специалистов». Путем установления профессиональных и этических стандартов для данной профессии в Европе, эти Руководящие принципы направлены на то, чтобы (i) возглавить практику финансового оздоровления в Европе; (ii) содействовать внесудебной реструктуризации, а не ликвидации; (iii) обеспечить основу для долгосрочного устойчивого будущего для бизнеса путем подтверждения качества антикризисных специалистов; и (iv) повысить доверие к профессии на рынке. Эти Руководящие принципы явным образом ориентированы на внесудебных специалистов.

### **1.1.6.2. Руководящие принципы Европейского отделения INSOL по оздоровлению**

221. При участии многих сотрудников Лейденской школы права были разработаны так называемые Руководящие принципы Европейского отделения INSOL по оздоровлению (Руководящие принципы TW), которые определяют, что означает реструктуризация и оздоровление. Существует шесть руководящих принципов. Принцип 1 описывает, когда применяются Руководящие принципы TW, т.е. только во внесудебных процедурах. Принцип 2 – о профессиональном отношении, Принцип 3 – об этическом отношении специалистов

---

<sup>1</sup> Ex parte James (1874) L.R. Ch. App. 609. Администратор всегда может обратиться в суд за указаниями в связи с его полномочиями.

по реструктуризации и финансовому оздоровлению (RTP). Основные положения, касающиеся общения с клиентом, общения с заинтересованными сторонами и управления, охватываются Руководящими принципами 4–6<sup>1</sup>.

### 1.1.6.3. Рекомендация

**Рекомендация 1.19:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы соответствующие профессиональные органы участвовали в разработке стандартов и руководящих принципов, которые будут применяться к управляющим, и чтобы они учитывали передовую практику адекватно регулируемых профессиональных сторон в принципах и руководящих положениях по регулированию деятельности в области реструктуризации и несостоятельности, разработанных или принятых европейскими и международными неправительственными организациями, занимающимися вопросами реструктуризации и несостоятельности, такими, как Руководящие принципы Европейского отделения INSOL по оздоровлению (Руководящие принципы TW).

### 1.1.7. Директор по реструктуризации

222. На практике для достижения цели успешного и своевременного выполнения должником, находящимся в бедственном положении, плана может быть назначен директор по реструктуризации (CRO)<sup>2</sup>. Хотя на практике этот термин используется в различных обстоятельствах, мы фокусируемся на антикризисном управляющем, особенно признавая назначение в качестве законного директора, действующего

<sup>1</sup> Летом 2015 г. из 117 респондентов 75% согласились с Руководящими принципами TW, из которых 21% очень твердо. В Доклад от сентября 2015 г. включены рекомендации: (1) о том, чтобы Руководящие принципы TW были приняты INSOL Европа, (2) о поощрении практического применения со стороны членов INSOL Европа, (3) о контроле за этим применением со стороны комитета по мониторингу и (4) о постепенном адаптации и расширении Руководящих принципов TW в соответствии с выводами комитета по наблюдению. В нем также перечисляется ряд вопросов, которые, возможно, придется решать на следующем этапе проекта (TW Guidelines 2.0). Все соответствующие документы см.: <http://www.trileiden.eu/project/categories/turnaround-wing-project/>

<sup>2</sup> CRO не означает осциллограф с катодными лучами (который появляется при поиске в Google по запросу CRO) или Chief Risk Officer. Мы используем аббревиатуру CRO, но на практике также встречаются такие термины, как «главный советник по реструктуризации» (CRA) или «директор по трансформации» (CTO). См.: Samantha Wood, *Fund Crisis and Change Management: A Fresh Approach*, International Corporate Rescue 2015. P. 234 и след.

в соответствии с корпоративным правом в части конкретной задачи. Как правило, CRO должен будет обладать необходимыми навыками и управленческим опытом для осуществления оперативной, а также финансовой реструктуризации. Он может оказывать помощь в руководстве процессом реструктуризации или может играть более заметную роль в тех случаях, когда руководство не располагает необходимыми навыками или временем для осуществления плана реструктуризации. CRO, как правило, должен будет обладать соответствующими непосредственными навыками и опытом по всем вопросам реструктуризации, таким как ведение переговоров с заинтересованными сторонами компании, включая займодавцев, осуществление операций со стрессовыми активами; восстановление доверия между, например, акционерами и руководством компании, но также должен будет обладать соответствующими психологическими навыками для того, чтобы иметь дело со старшим руководством, быть способным прояснить свою позицию (и вызвать доверие к ней) («быть молчаливым наблюдателем для финансовых кредиторов» или настоящим независимым советником) и стимулировать операционные изменения против неэффективных менеджеров или сотрудников<sup>1</sup>.

223. В литературе (скудной по этому вопросу) иногда утверждается, что на CRO должны возлагаться три основные обязанности на протяжении всего процесса реструктуризации: (i) обеспечение надежности и объективности процесса реструктуризации; (ii) стимулирование и обеспечение стабильности всего процесса реструктуризации; и (iii) формирование консенсуса среди заинтересованных сторон относительно направления реструктуризации<sup>2</sup>. С учетом всех интересов должника и его заинтересованных сторон для CRO как доверенного консультанта долж-

---

<sup>1</sup> На практике обсуждается вопрос о том, должен ли CRO быть отраслевым специалистом и должен ли он (она) «тушить пожары в первые дни назначения». См.: Доклад обсуждения во втором квартале 2014 г. С. 24.

<sup>2</sup> См.: Bob Rajan, Jan Dettbarn & Steffen Kronier, *The ABCs of the CRO*, in Eurofenix/Summer 2014, 24 et seq., также доступны на: <http://www.eurofenix.com> Заинтересованные стороны: директора, держатели акций, держатели долга, работники, поставщики, клиенты и сообщества (представители регионов, в которых должник осуществляет свои операции, представители/защитники, т.е. экологических интересов или прав человека). См. также: Detlev Specovius & Katharina Uffmann, *Interim Management in der Unternehmenskrise?* in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*. 2016. 295 и seq.; Ann-Marie Laing and Alastair Beveridge, *Оценка эффективности и проблем, стоящих перед главными должностными лицами по реструктуризации*, in *INSOL International*, июнь 2016. В настоящем Докладе утверждается, что на основе довольно ограниченного числа бесед было высказано общее мнение о том, что CRO легче выполнять роль руководителя компании, чем консультанта.

на быть обеспечена подлинная независимость. Как правило, практика отдает предпочтение CRO не как советнику, а как имеющему исполнительские полномочия<sup>1</sup>. Недостатком является то, что CRO в вопросах ответственности перед третьими сторонами занимает схожее с положением директоров место, и его назначение может рассматриваться как вотум доверия существующей команде директоров.

С учетом существующей неопределенности мы предлагаем следующее:

**Рекомендация 1.20:** Европейской комиссии или другим европейским учреждениям следует поддержать проведение сравнительного и эмпирического исследования по вопросу о роли директора по реструктуризации (CRO) с целью формулирования его конкретных (автономных) полномочий, их связи с другими директорами компании, а также подотчетности CRO перед всеми заинтересованными сторонами и его ответственности за ущерб третьим лицам.

## 1.2. Процедурное оформление схем реструктуризации и несостоятельности

224. В опросном листе использовались конкретные термины, требующие разъяснения. Наряду с общей классификацией<sup>2</sup> мы в основном различаем три типа (возможно) ориентированных на спасение процедур, которые необходимо определить:

- **Внесудебное урегулирование (реструктуризация):** должник заключает соглашение со всеми соответствующими кредиторами и другими заинтересованными сторонами, которое содержит решение финансовых проблем должника. Внесудебное урегулирование — это чисто договорное решение, в котором нет судов. Вот почему мы также называем такие соглашения неофициальными, частными или внесудебными способами урегулирования.

---

<sup>1</sup> Производство по гл. 11 США является иностранным производством по делу о несостоятельности по смыслу § 343 Закона Германии о несостоятельности. CRO может рассматриваться в качестве должника, во владении которого находятся активы; он выполняет функции, эквивалентные функциям немецкого специалиста по вопросам несостоятельности (неплатежеспособности § 113 Германского закона о несостоятельности), и поэтому имеет право расторгнуть трудовой договор работника, работающего в Германии, 24.09.2015 (NZI 2015, 1041; Ewir 4/2016. P. 121–122, с коммент. Паулюса).

<sup>2</sup> См.: Mihaela Carpus Carcea, Dimitri Lorenzani, Peter Pontuch, Carlos Cuerpo, The Economic Impact of Rescue and Recovery Frameworks, in The EU' European Commission's Discussion Paper. 2015.09. P. 4.

• **Предбанкротные процедуры:** в правовой системе предусмотрена судебная процедура с единственной целью спасения предприятия, находящегося в трудном положении, независимо от (официального) производства по делу о его несостоятельности. Степень участия суда в таких процедурах может быть либо существенной (например, при надзоре суда за переговорами о реорганизации, раскрытием информации и голосованием по плану), либо минимальной (например, в случае участия суда только после того, как план реструктуризации получил поддержку большинства, но не всех кредиторов; такие процедуры сочетают в себе внесудебное урегулирование с участием суда и именно поэтому их часто называют «смешанные процедуры»<sup>1</sup>).

• **Официальное производство (реструктуризация и производство по делу о несостоятельности):** в каждой правовой системе предусмотрено судебное производство, предназначенное только для несостоятельных должников. Такое производство требует проверки на неплатежеспособность и участия суда с самого первого дня. Они могут не быть направлены на спасение как таковое, а предусматривать правовые инструменты для проведения реструктуризации предприятия или продажи жизнеспособного действующего бизнеса (его частей). В тех случаях, когда в правовых системах такое производство не открывается сразу же по ходатайству, с тем чтобы можно было провести более глубокий тест на несостоятельность, обычно применяется промежуточное производство. В нашем Отчете о мерах по спасению бизнеса ELI такое временное производство рассматривается как первоначальная часть официального производства по делу о несостоятельности.

### 1.2.1. Внесудебное урегулирование

225. Внесудебное урегулирование — это соглашение между должником и теми кредиторами (и дополнительными заинтересованными сторонами, такими, как, например, производитель автомобилей в делах, связанных с поставками автомобилей), которые должны каким-либо образом способствовать устранению трудностей в коммерческой

---

<sup>1</sup> См. там же; Garrido Jose M., *Out-of-Court Debt Restructuring* (World Bank Study 2012), п. 1, 93; Hess Burkhard, *Hybride Sanierungsinstrumente zwischen der Europäischen Insolvenzverordnung und der Verordnung*, in Alexander Bruns et al., (eds.), *Internationales, europäisches und ausländisches Recht, Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013. S. 1253–1261; Olivarescaminal Rodrigo. *Introduction*, in Rodrigo Olivares-Caminal (ed), *Ускоренная реструктуризация корпоративного долга в ЕС* (OUP 2015), 1.08 и 1.43.

деятельности должника. Зачастую эти трудности возникают в связи с финансовыми обязательствами, которые необходимо обслуживать, т.е. в связи с истечением срока действия банковского кредита или облигации с наступившим сроком погашения. В тех случаях, когда (повторное) финансирование таких обязательств является неопределенным, несостоятельность должника является если не неизбежной, то как минимум вероятной. Требуется продление или реструктуризация этих обязательств или соглашение о рефинансировании.

226. Основная проблема, с которой сталкивается должник при просмотре долговых контрактов, заключается в том, что любое изменение этих долговых контрактов является самим контрактом. Для внесудебного урегулирования требуется фактическое договорное согласие всех сторон. И хотя принцип свободы договора позволяет должнику пересматривать долговой контракт только с соответствующими кредиторами, а также предлагать любое решение о реструктуризации, которое они считают подходящим, принцип также позволяет каждому кредитору решать, принимать или не принимать это предложение. Это приводит кредиторов, занимающих твердую позицию, за стол переговоров, которые ведутся в условиях несостоятельности должника<sup>1</sup>.

227. Для достижения соглашения должник должен быть в состоянии убедить соответствующих кредиторов в том, что исполнение долгового контракта невозможно, хотя предприятие является жизнеспособным и прибыльным, а принятие предложения о реструктуризации — это наилучшая сделка, возможная в данной ситуации. Неспособность должника достичь согласия кредитора, несмотря на усилия по урегулированию, может быть обусловлена двумя весьма различными путями, с помощью которых кредиторы противостоят должнику: рациональным и стратегическим выжиданием. Оба вида выжидания необходимо рассматривать отдельно.

### 1.2.1.1. Рациональное выжидание

228. Кредиторы действуют рационально, если они не соглашаются на определенное решение. Возможно, они не доверяют предлагаемому решению, поскольку не понимают, почему их требования не могут быть оплачены в полном объеме или почему дисконт должен быть таким большим, как предлагается; или необходимость полного ис-

---

<sup>1</sup> См., например: V. Finch, *Doctoring in the Shadow of Insolvency*, in *The Journal of Business Law*. 2005. November. P. 690.

полнения связана с тем, что им самим необходима ликвидность для погашения своих долгов; или, возможно, они не доверяют должнику (руководству должника) в решении задачи реструктуризации бизнеса. Для решения таких проблем доверия ключевое значение имеет предоставление информации. Должники должны в полной мере раскрывать свою коммерческую деятельность и обеспечивать заблаговременное и полное раскрытие всей соответствующей информации. В данном случае правовое регулирование может оказать помощь. В наших обзорах законодательств указывается несколько инструментов, которые в конечном счете направлены на укрепление доверия.

— Многие обзоры законодательства о несостоятельности<sup>1</sup> ссылаются на кодексы поведения, инструмент «мягкого права», который используют постоянные участники рынка (обычно банки) на переговорах с проблемными предприятиями. Эти не имеющие обязательной силы нормы предусматривают меры, необходимые для создания возможности для успешных переговоров, в той части, когда они пропагандируют заключение соглашений о моратории, отдают предпочтение новому финансированию и информированию<sup>2</sup>. Они могут рассматриваться в качестве международного стандарта<sup>3</sup>.

— «Палкой» для побуждения кредиторов к участию в урегулировании спора могут быть законодательные нормы или прецедентное право, требующие от кредиторов участия в переговорах по урегулированию спора или даже возлагающие на кредиторов ответственность

---

<sup>1</sup> Наиболее ярким примером является «лондонский подход», представляющий собой передовую практику банков Лондона, инициированную Банком Англии в конце 1970-х гг. Анализ см.: J.H. Armour and S. Deakin, 'Norms in Private Insolvency: the London Approach to the Resolution of Financial Distress', в 1 *Journal of Corporate Law Research* 2001, 21. См. также 1.1.2.2 о международных изменениях в области посредничества в делах о несостоятельности. Согласно нашим обзорам законодательства аналогичные руководящие принципы существуют в Италии, Латвии и находятся в процессе разработки в Греции и Польше. Аналогичная передовая практика была представлена в отношении Испании. Для Австрии см.: Руководство по реструктуризации 2015 г. (*Grundsätze für Restrukturierung in Österreich*; доступно на: [http://www.schoenherr.eu/uploads/tx\\_news/Restructuringguide.pdf](http://www.schoenherr.eu/uploads/tx_news/Restructuringguide.pdf)).

<sup>2</sup> Ibidem.

<sup>3</sup> См.: восемь принципов Международных принципов урегулирования споров INSOL II (2017); Основной принцип 3 EBRD Основных принципов в отношении режима законодательства о несостоятельности (2004); Азиатско-тихоокеанские руководящие принципы неформального урегулирования споров Ассоциации банкиров стран Азии в целях содействия реструктуризации компаний в регионе (2013); Принцип В3 Принципов Всемирного банка в отношении эффективных режимов несостоятельности и кредиторов/должников (2016).

за их необоснованное нежелание участвовать в полезной реструктуризации долга. Однако в наших отчетах такая практика не раскрывается ни в одной из 13 юрисдикций<sup>1</sup>. Вопрос о том, будут ли такие случаи иметь место в соответствии с новыми положениями Гражданского кодекса Франции, введенного в действие в 2016 г., которые предусматривают возможность внесения поправок в долговые договоры в соответствии с новой «доктриной непредвиденных обстоятельств»<sup>2</sup>, пока не решен.

– Выживание может быть также рациональным в тех случаях, когда предоставление кредита или предоставление нового финансирования в рамках сделки рефинансирования сопряжено с риском возникновения гражданской ответственности и требований из мошеннических (недобросовестных) операций в отношении перевода средств или субординации, если реструктуризация не дает результатов и должник вступит в производство по делу о несостоятельности. В связи с этим являются полезными четко определенные защитные возражения для кредитных соглашений в реструктуризации<sup>3</sup>. В Бельгии в суд может быть подано соглашение об урегулировании спора («неформальное мировое соглашение»<sup>4</sup>), которое защищает исполнение по соглашению от будущих действий по оспариванию сделок. В Греции были введены налоговые стимулы и меры по снижению публичных обязательств для соответствующих требованиям должников и финансовых учреждений, в целях содействия внесудебной реструктуризации безнадежных кре-

<sup>1</sup> В Германии Верховный суд по гражданским делам отказал кредиторам в таких обязанностях в 1993 г. См.: BGHZ 116. С. 319. Вместе с тем миноритарные акционеры компаний с большим числом акционеров (часто инвестиционные компании) могут быть вынуждены либо поддерживать реструктуризацию, начатую большинством акционеров добросовестно, либо подвергаться риску быть исключенными. См.: BGHZ 129, 136; BGHZ 183, 1 – Sanieren oder Ausscheiden.

<sup>2</sup> См.: С. Ottaway, G. Harang, Reform of the French «Civil Code»? in Eurofenix. 2016, лето, 32; также гл. 7.

<sup>3</sup> См. французскую согласительную процедуру, когда новое финансирование, предоставленное в соответствии с соглашением, одобренным судом, пользуется привилегией в ходе последующего производства по делу о несостоятельности. Согласно немецкому прецедентному праву новое финансирование, предоставленное в рамках осуществимого плана реструктуризации добросовестно, защищено от каких-либо требований, но не пользуется предпочтением (см., например: Herwart Huber, Die Bedeutung des Sanierungskonzepts für eine Kreditgewährung an den kriselnden Unternehmenskunden // NZI. 2015, 489; см. также: BGH ZIP 2016, 1235). Европейская комиссия также выступает за такие защитные возражения. См.: Рекомендации 27–29 Рекомендаций комиссии (2014) или ст. 10(1) (b) проекта Директивы о реструктуризации (2016).

<sup>4</sup> Article 15 VCA.

дитов, выданных в судебном порядке<sup>1</sup>. В Испании в ст. 71-бис Кодекса о несостоятельности предусматриваются защитные возражения для соглашений о рефинансировании после их утверждения независимым экспертом из коммерческого регистра.

– Во французском Обзоре законодательства<sup>2</sup> говорится о (предусмотренном законом) праве должника привлечь третью сторону к выполнению надзорных функций и (или) посреднических функций<sup>3</sup>. Кроме того, суд будет участвовать в этом процессе, превращая, таким образом, чисто внесудебные переговоры в своего рода (до наступления несостоятельности) судебное разбирательство. Испанское Соглашение о внесудебных выплатах<sup>4</sup> предусматривает назначение посредника для малых и средних предприятий, назначаемого Коммерческим регистратором или Государственным нотариусом, для содействия переговорам по внесудебному урегулированию.

– Своевременное начало переговоров по внесудебному урегулированию имеет свои преимущества. При меньших временных затратах, явно предусмотрительном должнике и, возможно, более высокой стоимости и размере ликвидности, по-прежнему имеющихся у должника, шансы на получение поддержки в переговорах по урегулированию должны быть выше. В Докладе Бельгии содержится ссылка на *Enquête commerciale – Handelsonderzoek* («коммерческую процедуру расследования» в соответствии со ст. 8–12 ВСА)<sup>5</sup>. Французское законодательство

---

<sup>1</sup> См.: Закон 4307/2014 (ст. 61), в соответствии с которым была введена чрезвычайная процедура рассмотрения заявлений, поданных до 30.09.2016. В Италии также существуют налоговые стимулы.

<sup>2</sup> Во Франции любой должник может обратиться с просьбой о назначении специального уполномоченного лица, отвечающего за содействие переговорам с основными кредиторами и надзор за их проведением (специальная статья L. 611-3 Коммерческого кодекса). В отличие от этого только должник, имеющий юридические, экономические или финансовые трудности, может потребовать назначения Председателем Коммерческого суда посредника для оказания помощи в достижении соглашения с его основными кредиторами и партнерами по договору, которое впоследствии может быть даже одобрено судом (Согласительная процедура; ст. L. 611-4 и последующие статьи Торгового кодекса). Для анализа см.: Axel Flessner, *Insolvenzverfahren ohne Insolvenz? Vorteile und Nachteile eines vorinsolvenzlichen Reorganisationsverfahren nach französischem Vorbild* // KTS 2010. S. 127 et seq.

<sup>3</sup> Вариант привлечения посредника или медиатора также рекомендуется в ст. 9 Рекомендации Европейской комиссии (2014).

<sup>4</sup> Статья 231–242 Кодекса о несостоятельности.

<sup>5</sup> Применительно к Бельгии сообщается «коммерческий суд учреждает палату по коммерческим расследованиям, состоящую из постоянных судей и судебных ассессоров (экономического профиля: банкиров, предпринимателей, директоров компаний и т.д.),

предусматривает создание добровольной «превентивной группы» с аналогичными задачами. Для поддержки должника могут быть полезными бухгалтерские обязанности должника, которые лишь позволяют ему осуществлять фактический контроль за финансами фирмы, и механизм раннего предупреждения в отношении долговых контрактов, аудиторских и бухгалтерских контрактов<sup>1</sup> или корпоративного права<sup>2</sup> компании.

229. Еще одним инструментом поддержки внесудебного урегулирования является возможность приостановления исполнения требований или моратория на действия кредиторов в случае, если соглашение о добровольном моратории не заключено. Такой мораторий будет ограничивать право затронутых кредиторов на взыскание по их требованиям или на использование права на расторжение договора (оговорка *ipso facto*), и поэтому он потребует судебного постановления в соответствии с фундаментальным правом на защиту прав в большинстве правовых систем<sup>3</sup>. Такое вмешательство суда может указывать на то, что переговоры по внесудебному урегулированию являются по крайней мере смешанной процедурой. Соответственно вопрос о возможности моратория будет обсуждаться в 1.2.2.

### 1.2.1.2. Стратегическое выжидание

230. В то время как вопрос о рациональном выжидании может быть решен с помощью инструментов укрепления доверия, стратегический

---

следить за финансовым положением проблемных коммерческих предприятий и просить их явиться в суд, если их трудности, как представляется, ведут к корпоративной несостоятельности. Палата по коммерческим расследованиям стремится информировать руководство предприятия о своих проблемах, предупреждая его о потенциальных рисках неплатежеспособности и поощряя обращаться за надлежащей консультативной помощью и принимать меры по исправлению положения». См.: Belgian Report, in Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue in Europe*, Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация ожидается).

<sup>1</sup> См. также: Доклад Бельгии, в котором говорится о юридическом обязательстве внешних бухгалтеров, аудиторов, налоговых консультантов и т.д.; Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (World Bank Study, 2012), п. 52, о правилах бухгалтерского учета и аудита для финансовых кредиторов.

<sup>2</sup> Закон о компаниях, регулирующий деятельность компаний, находящихся в публичном владении, или компаний с ограниченной ответственностью, часто предусматривает обязанность руководства реагировать на значительное снижение стоимости акций (Sec 49(3) Немецкий GmbHg (Закон о LLC)).

<sup>3</sup> См.: Французская примирительная процедура или Испанское уведомление в соответствии со ст. 5bis Кодекса о несостоятельности. См. также ст. 6 Директивы о реструктуризации предложений (2016).

подход к решению этой проблемы требует совершенно иного подхода. В данном случае кредиторы не заключают соглашения об урегулировании, поскольку они стремятся к тому, чтобы другие кредиторы и должники выплатили им задолженность в полном объеме или сверх компенсационных выплат в интересах реструктуризации<sup>1</sup>. Такие кредиторы, являющиеся зачастую инвесторами в проблемные активы, которые приобрели группу за небольшие деньги, сдерживают должника, а также всех других кредиторов, будучи заинтересованными в успешном выкупе для реструктуризации вместе с их позицией сдерживания, до тех пор, пока кто-то не купит их требования по номинальной стоимости или с существенной прибылью — картина, часто наблюдаемая в текущих ситуациях крупных реструктуризаций.

231. Ни одна из вышеупомянутых мер по укреплению доверия и оказанию поддержки не может заставить такого кредитора, осуществляющего стратегическое выжидание, отказаться от такого выжидания. Для решения этой проблемы требуется другой набор инструментов.

— Первой превентивной мерой мог бы стать запрет на торговлю долговыми обязательствами, который лишил бы стратегических инвесторов возможности предъявлять иск должнику, находящемуся в трудном положении, с единственной целью участия в переговорах по урегулированию долговых обязательств и их проведения. О таком запрете в наших обзорах законодательства не сообщалось. Этот вариант, как представляется, не является предпочтительным, поскольку он затрагивает также кредиторов, которые могут страдать от нормативных ограничений или могут нуждаться в ликвидности, отказывая им в продаже своих требований<sup>2</sup>.

— Второй превентивной мерой могла бы стать оговорка о коллективных действиях в соглашениях о синдицированных займах или условиях погашения облигаций, которая позволила бы большинству кредиторов связать миноритарного кредитора решением по урегулированию споров<sup>3</sup>.

— В некоторых правовых системах стратегический сдерживающий кредитор в случае доказанности не может наложить вето на решение

---

<sup>1</sup> См. также: Rodrigo Olivares-Caminal, Introduction, in Rodrigo Olivares-Caminal (ed). Expedited Corporate Debt Restructuring in the EU (OUP 2015), 1.28.

<sup>2</sup> См.: Jose M. Garrido, Out-of-Court Debt Restructuring (World Bank Study 2012). Ст. 72.

<sup>3</sup> См.: Закон о немецких облигациях (§ 5 SchVG), который допускает реструктуризацию облигаций, поддерживаемую большинством в 75%, если условия облигаций содержат положение о коллективных действиях.

о внесудебном урегулировании, принятое в соответствии с принципами гражданского права (принцип справедливости; *Treu und Glauben*)<sup>1</sup>.

– Наиболее распространенным подходом, о котором сообщается в нашем обзоре законодательств, является обеспечение доступа к судам в целях преодоления (возможного) стратегического сдерживания. В связи с наличием гарантий основных прав, для того чтобы обязать несогласного кредитора выполнять план реструктуризации долга, необходимо участие суда. В то время как в некоторых правовых системах предусмотрен доступ к обычному (официальному) производству по делу о несостоятельности (например, в США, Германии – так называемому предварительно подготовленному банкротству), в большинстве европейских правовых систем предусмотрены конкретные виды судебных процедур для целей санкционирования внесудебного урегулирования долгов – предбанкротные процедуры (будут рассмотрены в 1.2.2).

### 1.2.1.3. Мотивы рекомендаций

232. Быстрое и конфиденциальное урегулирование сложной экономической ситуации на раннем этапе, т.е. вне суда<sup>2</sup>, всегда считалось наилучшим способом спасения бизнеса<sup>3</sup>. Такой ранний и конфиденциальный подход означает, что инструменты договорного и корпоративного права должны использоваться для достижения реструктуризации долга или полной реструктуризации структуры долга и капитала компании-должника. Что касается кредиторов, то пересмотр сроков погашения долга или объема долга требует изменения или замены прежнего соглашения или требования. Что касается акционеров, то поправки к уставным документам согласовываются в рамках соответствующего режима корпоративного права, который может

<sup>1</sup> Гражданский кодекс Нидерландов может действовать таким образом в весьма ограниченных случаях, когда речь идет о превышении полномочий (разд. 3:13 Гражданского кодекса Нидерландов; ДСС; или нарушение общего принципа разумности и справедливости (*redelijkheid en billijkheid*); разд. 6:2 и 6:248 ДК).

<sup>2</sup> Таковы преимущества внесудебной реструктуризации долга; см.: Хоце М. Гарридо, Внесудебная реструктуризация долга (исследование Всемирного банка, 2012), п. 12, 15.

<sup>3</sup> Karsten Schmidt, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-, Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht (Gutachten D zum 54. Deutschen Juristentag. Unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil, Мюнхен, 1982). D 133. Для совсем недавнего бразильского опыта: S. Milanese, C. Mazzuco, Restructuring Solutions in a Scenario of Economic Depression and the Challenge for Everyone involved in These Processes in Brazil, INSOL World 2015. IV квартал. С. 16.

предусматривать единогласное принятие решений или возможность голосования большинством голосов. Все такие переговоры являются «переговорами по внесудебному урегулированию», поскольку они необходимы для заключения контракта с соответствующими заинтересованными сторонами.

233. Законодательная база, направленная на поддержку внесудебного урегулирования долгов, должна начинаться с того, что главным фактором для такой реструктуризации является достижение точки, где соответствующие заинтересованные стороны согласятся на предлагаемую реструктуризацию; они сотрудничают на добровольной основе. По своей сути это психологический вопрос, который необходимо решать.

Как правило, люди стремятся сотрудничать, если и когда они доверяют друг другу, а также убеждены в том, что соглашение наилучшим образом отвечает их индивидуальным интересам. Они должны доверять друг другу, а также предлагаемому решению. В результате этого успех переговоров зависит:

- от доверия между всеми участниками переговоров; и
- времени, имеющегося для установления доверия и поиска новой структуры задолженности, в которую верит каждая из сторон.

234. Формирование доверия обычно требует личных отношений. С привлечением новых участников необходимо прежде всего установить доверие, зачастую в ходе переговоров. Помимо взаимного доверия, все стороны должны также считать, что предлагаемое новое долговое соглашение является необходимым, а также практически осуществимым для предприятия должника<sup>1</sup>. Кредиторы должны также сообщать о своих позициях. Кроме того, сторонам необходимо время для представления и понимания новой информации, оценки и анализа новой информации, обдумывания и обсуждения альтернативных вариантов (варианты выхода<sup>2</sup>) и принятия решения.

235. Заблаговременное начало переговоров по урегулированию задолженности обеспечивает такие сроки, которые позволили бы должнику провести переговоры с соответствующими заинтересованными сторонами в целях укрепления доверия без ущерба для быстро ухудшающейся деловой ситуации. Поэтому механизмы раннего предупреждения

---

<sup>1</sup> См. также: г-на Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (World Bank Study 2012), параграф 62: «...имеет важное значение для достижения консенсуса».

<sup>2</sup> В этом отношении любые переговоры согласовываются «в тени законодательства о несостоятельности» (Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (World Bank Study 2012), § 23, 67).

дения, предусмотренные в договорном или корпоративном праве, являются полезными, и при условии, что они не влекут чрезмерного объема бумажной работы, они являются эффективными. Механизм предупреждения, подобный тем, которые упоминаются в обзорах законодательств, можно считать наилучшей практикой.

236. Если внесудебное урегулирование задолженности будет начато на более позднем этапе, то<sup>1</sup> кредиторы могут быть заинтересованы в том, чтобы действовать в своих личных интересах оперативно, как только с ними свяжется должник, нуждающийся в реструктуризации долга. В данном случае коллективная ценность внесудебного урегулирования должна защищаться (добровольными) соглашениями о моратории, которые заключаются сразу же после начала переговоров со всеми соответствующими кредиторами, действуют в течение весьма ограниченного периода времени и зависят от прогресса должника в переговорах<sup>2</sup>. Посредник или наблюдатель может быть полезен для оказания помощи должнику, а также для того, чтобы действовать в качестве нейтральной, внушающей доверие фигуры при условии, что дополнительные расходы такого независимого лица ограничены (возможно, за счет установления верхнего предела оплаты) и оплачены<sup>3</sup>. Поскольку участвующие кредиторы часто являются постоянными игроками (например, банки, налоговые органы, поставщики, страховщики), «мягкое» регулирование могло бы обеспечить достаточную правовую основу для обеспечения заключения таких соглашений («более эффективное внесудебное

---

<sup>1</sup> Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (World Bank Study 2012), 12, 12-13, предполагает, что это всегда происходит в урегулировании, которое переходит в стадию патологического урегулирования, нуждающегося в конечном счете в дополнительной помощи.

<sup>2</sup> Соглашения о моратории обычно предусматривают непродолжительное действие и основные этапы, которые должен достичь должник (например, наем консультанта, предоставление конкретной информации, предложение плана реструктуризации, представление инвестора и т.д.). Недостижение какого-либо показателя может рассматриваться как нарушение договора, позволяющее кредиторам отменить мораторий. См., например: *Международные принципы II* (2017) INSOL; австрийские *Руководящие принципы реструктуризации* (2015) (*Grundsätze für Restrukturierungen in Österreich*). Принцип 1.

<sup>3</sup> См.: Wessels Bob, *Mediation in Restructuring and Insolvency*, in Eurofenix, 2016, 24 и выше в 1.1.2.3; см. также: Доклад Комиссии от 26.8.2016 о применении Директивы 2008/52/ЕС Европейского парламента и Совета по некоторым аспектам посредничества в гражданских и коммерческих вопросах, КОМ (2016) 542,5 отмечает, что использование посредничества «недостаточно развито» в производстве по делу о несостоятельности.

урегулирование»<sup>1</sup>). В данном случае опыт показал, что кодексы поведения, изданные надзорным органом (например, Банком Англии), имеют большее значение, чем те, которые были изданы саморегулирующими органами.

237. Рациональное избежание риска также должно быть решено с помощью правовой базы, которая обеспечивает защитные возражения для нового финансирования, предоставленного в процессе реструктуризации, основанной на правдоподобном плане реструктуризации. Кредиторы и акционеры, столкнувшиеся с запросом на инвестирование дополнительных средств в бизнес должника пойдут на это, только если дополнительный риск финансирования соглашения о реструктуризации будет снят защитными возражениями, установленными законом, защищающими такое антикризисное финансирование в последующей процедуре несостоятельности (в силу приоритетного ранжирования либо обеспечения<sup>2</sup>), если оно было сделано добросовестно. Такую добросовестность следует презюмировать в отношении финансовых соглашений, которые заключаются на основе (предварительного) осуществимого плана реструктуризации. Наконец, благоприятный налоговый режим в отношении убытков от таких инвестиций, которые могут возникнуть, несмотря на защиту в последующих судебных разбирательствах, может облегчить доступность нового финансирования в ситуациях внесудебного урегулирования<sup>3</sup>.

238. Тем не менее стратегическое выжидание не может быть преодолено с помощью уже упомянутых ранее «мягких», зачастую предусмотренных в законе, инструментов. Стратегические кредиторы действуют в своих рациональных личных интересах, не участвуя в переговорах о моратории или последующем урегулировании. Им нет необходимости устанавливать доверительные отношения. Эти типы сдерживания, которые стали печально известными лишь недавно, требуют дополнительного принудительного регулирования, которое позволяет защитить переговоры о внесудебном урегулировании, а также принять обязательное решение о внесудебном урегулировании, независимо от позиции сдерживающего кредитора. Такая система принуждения должна отвечать конституционным требованиям и обеспечивать ува-

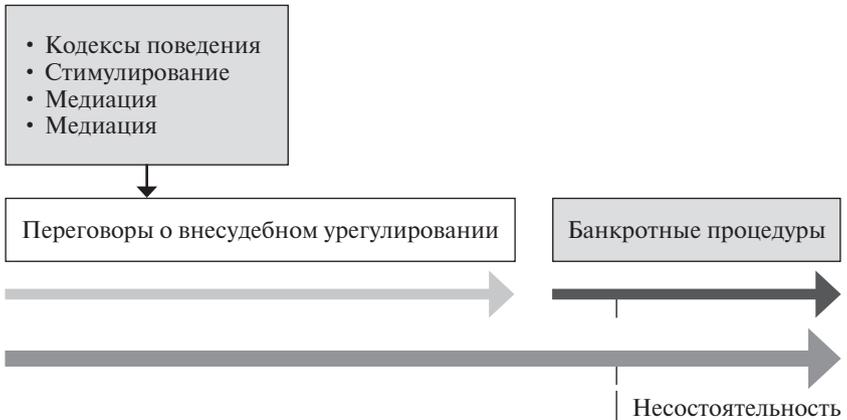
---

<sup>1</sup> См. также: г-на Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (Исследование Всемирного банка, 2012), абз. 18, 78–92: «усиленная реструктуризация».

<sup>2</sup> *Ibid*, п. 26–29.

<sup>3</sup> См. также: г-на Garrido Jose M., *Out-of-Court Debt Restructuring* (Исследование Всемирного банка 2012), п. 27, 32–39.

жение основных прав кредиторов, которые обычно сводятся к праву кредитора на судебную защиту. Действия суда требуют законодательной основы, что побудило большинство правовых систем ввести соответствующие руководящие принципы, призванные обеспечить требуемые инструменты (подробное обсуждение предбанкротных процедур приводится ниже).



*Таблица 1. Вспомогательные инструменты для внесудебного урегулирования*

#### 1.2.1.4. Рекомендации

**Рекомендация 1.21:** Государствам-членам следует обеспечивать и поддерживать механизмы раннего предупреждения, которые выявляют ухудшение деловой активности и сигнализируют о необходимости принятия соответствующих мер. К возможным инструментам относятся бухгалтерские и контрольные обязанности должника или руководства должника в соответствии с корпоративным или налоговым законодательством, а также отчетные обязанности по кредитным соглашениям (кованты). Кроме того, третьи лица, располагающие соответствующей информацией (бухгалтеры, налоговые консультанты, возможно, также местные «превентивные группы» более опытных предпринимателей), должны быть заинтересованы или даже обязаны в соответствии с законодательством, регулирующим их обязанности, сообщать о любом соответствующем негативном развитии предприятия должника.

**Рекомендация 1.22:** Такие инструменты «мягкого права», как кодексы поведения, должны использоваться для формирования культуры доверительных переговоров в отношении внесудебной реструктуризации между системными игроками (например, банки, поставщики, представители профсоюзов, страховщики и т.д.). Такие кодексы должны следовать примеру существующих кодексов и предусматривать соглашения о моратории, соглашения о конфиденциальности, способ организации и контроля полного раскрытия информации (включая передачу информации) и правила ведения переговоров (включая возможность привлечения третьих сторон в качестве наблюдателей или посредников). Государствам-членам следует обеспечить проведение консультаций с соответствующими профессиональными органами и их участие в разработке таких документов рекомендательного характера, а также учет ими передовой практики, изложенной в принципах и руководящих положениях, разработанных или принятых европейскими и международными правительственными организациями, занимающимися вопросами реструктуризации и несостоятельности.

### 1.2.2. Предбанкротные процедуры

239. Предбанкротные процедуры являются судебными процедурами. Их единственными общими чертами является то, что они (1) направлены исключительно на спасение бизнеса должника, (2) реализуются вне рамок традиционного (официального) производства по делу о несостоятельности. Поскольку такое спасение обычно инициируется до того, как должники становятся объектом производства по делу о несостоятельности, термин «предбанкротный» стал стандартным атрибутом для описания такого производства. Однако это необязательно означает, что должник еще не является несостоятельным при возбуждении такого производства.

240. В наших обзорах законодательства содержится информация о широком разнообразии таких «производств до наступления несостоятельности» в ЕС, иногда даже в одной стране (например, во Франции). В целом можно выделить два вида таких производств: (1) процедуры, облегчающие проведение переговоров о внесудебном урегулировании долгов с участием суда, и (2) процедуры, позволяющие проводить реструктуризацию должника с использованием инструментов, аналогичных официальным производствам по делу о несостоятельности.

241. Как правило, процедуры первого типа (процедуры, поддерживающие внесудебное урегулирование долгов)<sup>1</sup>:

- не предусматривают иных инструментов, кроме как моратория и санкции судьи, санкционирующего соглашение о внесудебном урегулировании долгов, в отношении которого выражено несогласие;

- затрагивают не всех кредиторов (и акционеров), участвующих в плане урегулирования, а только тех, которые необходимы (как правило, финансовые кредиторы, такие как банки и держатели облигаций); и

- не требуют проведения проверки на несостоятельность или установления какого-либо порога доступа.

Они могут также свести участие суда к минимуму (смешанное производство).

242. В отличие от этого процедуры второго типа (процедуры реструктуризации) обычно:

- предусматривают более широкий круг инструментов реструктуризации (т.е. план реструктуризации, мораторий, в некоторых случаях также упрощенное сокращение штата или реализация прав из дящихся договоров);

- являются коллективными производствами, поскольку они затрагивают всех кредиторов (и акционеров); и

- требуют от должника подтвердить серьезные финансовые трудности для обоснования доступа к инструментам реструктуризации.

243. В результате такие процедуры могут напоминать процедуры реструктуризации, известные по официальным процедурам несостоятельности, в частности, если официальные процедуры реструктуризации также предусматривают наличие должника во владении вместо назначенного банкротного управляющего для управления имуществом.

244. В дополнение к этим двум видам производств до наступления несостоятельности используется процедура третьего типа для урегулирования вопросов, связанных с задержкой в переговорах по урегулированию долгов. В данном случае официальное производство по делу о несостоятельности может подтвердить заранее подготовленный или даже заранее согласованный план реструктуризации<sup>2</sup> с полной защитой

---

<sup>1</sup> См. также: г-на Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (Исследование Всемирного банка. 2012. П. 1, 19: «гибридные процедуры»).

<sup>2</sup> В то время как предварительно согласованный план уже согласован с числом кредиторов (и заинтересованных сторон), необходимым для соблюдения установленных законом правил подтверждения, и получил обязательную поддержку (как правило, в виде голосов или соглашений), предварительно подготовленный план не получил (пока) такой поддержки или, возможно, даже не запрашивался должником. Заранее согла-

производства по делу о несостоятельности (см. возможность заранее согласованного банкротства в Банкротном кодексе США, ст. 1126(b)). В то время как заранее подготовленные или заранее согласованные планы реструктуризации могут стать предметом официального производства по делу о несостоятельности во многих правовых системах, заранее согласованные планы, если они вообще существуют (а так и должно быть), должны быть подтверждены в рамках первого типа предбанкротных процедур до наступления процедуры несостоятельности (поддерживающей внесудебное урегулирование долгов), поскольку они позволяют свести к минимуму участие суда.

Обзор предбанкротных процедур в правовых системах, о которых говорится в нашем Отчете.

Государство-член	Производство до наступления несостоятельности	Тип	Участие суда	Средства
AT	URG Proceedings <sup>1)</sup>	2	Да	Санкционирование плана
BE	Мировое соглашение <sup>2)</sup>	1	Да	Мораторий
DE	Санкционирование условий облигаций <sup>3)</sup>	1 1	Факультативное <sup>4)</sup>	Санкционирование условий
EL	Процедура восстановления <sup>5)</sup>	2	Да	Санкционирование плана, мораторий
	Специальная процедура администрирования <sup>6)</sup>	2	Да	Продажа предприятия должника с аукциона в качестве действующего бизнеса
ES	Уведомление (5-bis Notice)	1	Да	Мораторий <sup>7)</sup>
	Судебное одобрение	1	Да	Санкционирование плана
FR	Примирительная процедура <sup>8)</sup>	1	Факультативное <sup>9)</sup>	Мораторий, защитные возражения

сованный план иногда называют обсужденным заранее или заранее скоординированным планом (см.: Rodrigo Olivares-Caminal, Introduction, in Rodrigo Olivares-Caminal (ed.). Expedited Corporate Debt Restructuring in the EU (OUP 2015) 1.68), что может вводить в заблуждение, потому что не переговоры, а обязывающее голосование делает такие планы особенными.

	Процедура сохранения (Procédure de Sauvegarde) <sup>10)</sup>	2	Да	Санкционирование плана, мораторий
	Ускоренная процедура сохранения (Procédure de Sauvegarde Accélérée) <sup>11)</sup>	2	Да	Санкционирование плана, мораторий
	Ускоренная процедура финансового сохранения (Procédure de Sauvegarde Financière Accélérée) <sup>12)</sup>	1	Да	Санкционирование плана, ограниченное приостановление исполнения требований
HU	–	–	–	–
IT	Соглашения о реструктуризации (Accordi di Ristrutturazione) <sup>13)</sup>	1	Да	Санкционирование плана
	Предварительное соглашение (Concordato Preventivo) <sup>14)</sup>	2	Да	Санкционирование плана, мораторий
LV	Внесудебные процедуры правовой защиты	1	Да	Санкционирование плана
NL	–	–	–	–
PL <sup>15)</sup>	Процедуры утверждения схемы урегулирования	1	Да	Санкционирование плана, консультант по реструктуризации
	Ускоренная процедура схемы урегулирования	$\frac{1}{2}$	Да	Мораторий, наблюдатель или банкротный управляющий, голосование относительно плана и утверждение в суде
	Процедура схемы урегулирования	2	Да	Мораторий, наблюдатель или банкротный управляющий, голосование относительно плана и утверждение в суде
	Реабилитационные процедуры	2	Да	Все инструменты, применяемые в процедуре несостоятельности <sup>16)</sup>

SE	—	—	—	—
UK	Схема урегулирования долгов <sup>17)</sup>	1	Да	Санкционирование плана
	Процедура добровольного урегулирования долгов компании (CVA) <sup>18)</sup>	1	Факультативное <sup>19)</sup>	Санкционирование плана

<sup>1)</sup> Реорганизация в соответствии с Законом о реорганизации бизнеса (Unternehmensreorganisationsgesetz).

<sup>2)</sup> Статья 43 ВСА.

<sup>3)</sup> Параграф 5 SchVG (German Bond Act 2009).

<sup>4)</sup> Суд будет участвовать только в том случае, если один из затронутых держателей облигаций подаст возражение.

<sup>5)</sup> Статья 99 и след. Греческий Кодекс о банкротстве (Закон № 3588/2007).

<sup>6)</sup> Статья 68 и последующие статьи. L. 4307/2014.

<sup>7)</sup> Уведомление открывает трехмесячный период для обсуждения либо соглашения о рефинансировании (ст. 71-bis Кодекса о несостоятельности), либо предложения о добровольной продаже, подготовленной предварительно.

<sup>8)</sup> Статья L. 611-4 и след. Торгового кодекса.

<sup>9)</sup> Вмешательство суда необходимо только для того, чтобы создать безопасную зону.

<sup>10)</sup> Статья L. 621-1 и последующие Торгового кодекса.

<sup>11)</sup> Статья L. 628-1 и след. Коммерческого кодекса. Эти процедуры осуществляются после неудачной попытки примирения.

<sup>12)</sup> Статья L. 628-9 Торгового кодекса

<sup>13)</sup> Статья 182 итальянского Кодекса о несостоятельности.

<sup>14)</sup> Статья 160 и след. итальянского Кодекса о несостоятельности. Такое производство может быть возбуждено на основании *concordato in bianco*.

<sup>15)</sup> Производство в соответствии с новым Законом о реструктуризации, вступившим в силу 01.01.2016 Р З. Краткое введение см.: Бжески Ж. и Виржбицки П., Несостоятельность и реструктуризация: реформы в Польше // Еврофеникс. 2015/2016. Зима. С. 38.

<sup>16)</sup> Поскольку реабилитационные процедуры доступны только для неплатежеспособных должников и предусматривают все инструменты польского производства по делам о несостоятельности (такие, как назначение на должность банкротного управляющего, мораторий, упрощенное увольнение и т.д.), возможно, было бы целесообразнее рассматривать их в качестве одного из видов официального производства по делу о несостоятельности, возбужденного до наступления несостоятельности.

<sup>17)</sup> Часть 26 Закона о компаниях 2006 г.

<sup>18)</sup> Секция I Закона о несостоятельности 1986 г.

<sup>19)</sup> Суд будет участвовать в разбирательстве только в том случае, если один из затронутых кредиторов подаст возражение.

*Приостановление (мораторий)*

245. Различие между предбанкротными процедурами типа 1 и типа 2, основанное на их коллективных последствиях и имеющихся инструментах, не отражает коллективных характеристик моратория. В рамках «чистой» процедуры типа 1 (процедуры, поддерживающей внесудебное урегулирование долгов), не будет никаких коллективных последствий. Вместе с тем мораторий представляет собой приостановление принудительных действий и зачастую также приостановление автоматического прекращения прав, что затрагивает всех кредиторов коллективным образом, а не только тех, кто пользуется этими правами или тех, которые необходимы для внесудебного урегулирования. Представляется логичным, что производство типа 1, которое функционирует в качестве механизма оказания поддержки внесудебного урегулирования и только связывает кредиторов планом, необходимым для (финансовой) реструктуризации, не будет содержать моратория или по крайней мере не ограничит его последствия несколькими участвующими кредиторами. Большинство юрисдикций в действительности придерживаются этой концепции (например, Схема урегулирования долгов Соединенного Королевства или CVA<sup>1</sup>, польские процедуры утверждения урегулирования, латвийские внесудебные процедуры правовой защиты или итальянское соглашение о реструктуризации). Однако некоторые из них предусматривают мораторий на время проведения переговоров о внесудебном урегулировании (например, испанское уведомление 5b, французская примирительная процедура или бельгийское официальное мировое соглашение). Как правило, такой мораторий является частью процедуры типа 2, которая в полной мере вовлекает суд с самого начала переговоров и план которой в любом случае зачастую связывает всех кредиторов (например, итальянское мировое соглашение (*concordato preventivo*), польское соглашение, все французские защитные процедуры, или греческая процедура восстановления).

---

<sup>1</sup> R3 предложил ввести отдельный 21-дневный мораторий в 2016 г., см.: R3, A Moratorium for Businesses: Improving Business & Job Rescue in the UK (2016), и 25.05.2016. Служба по вопросам несостоятельности опубликовала консультативный документ, который предусматривал введение трехмесячного моратория на все виды процедур несостоятельности, включая CVA, который в любом случае имеет коллективное действие и с 2000 г. предусматривает мораторий на рассмотрение дел о мелких предприятиях. Положительную реакцию см.: I. Fox, R. Anthony, N. Griffiths, W. Gunston, F. Yates, A Review of the Corporate Insolvency Framework: A Lawyers' Perspective, ICR 2016, на с. 300.

### *Связывание для кредиторов и акционеров*

246. Предбанкротное производство обоих видов обычно затрагивает только требования кредиторов. Это отражает тот факт, что переговоры по внесудебному урегулированию обычно инициируются должником, а в случае компании — руководством должника. На данном этапе акционеры не привлекаются. Следовательно, права акционеров остаются нетронутыми и нет необходимости в их вовлечения в какую-либо подерживающую процедуру. С развитием современных многоуровневых долговых инструментов различие между (младшими) кредиторами и акционерами в некоторых случаях стало менее явным, что привело к идее привлечения акционеров к реструктуризации долга. В некоторых правовых системах эта довольно недавняя тенденция уже нашла свое отражение, поскольку в них допускается нарушение прав акционеров в рамках предбанкротных процедур типа 1 и типа 2. Как следствие, акционеры должны быть вовлечены в процедуру. Вопрос о том, каким образом можно задействовать права акционеров, и о пределах нарушений рассматривается в гл. 8.

### *Обязывающая сила только для некоторых кредиторов*

247. Новая форма сетевого и многоуровневого финансирования (с помощью ряда облигаций, синдицированных и обеспеченных займов и кредитов второй очереди (мезонинных кредитов)) также является причиной спроса на инструменты реструктуризации, которые затрагивают только финансовых кредиторов. В одних правовых системах используются гибкие процедуры для удовлетворения потребностей, связанных с чисто финансовой реструктуризацией (например, Соединенное Королевство и повторное открытие схемы урегулирования). В других введены новые процедуры для этой конкретной цели (например, Франция и процедура ускоренного финансового сохранения (*Procédure de Sauvegarde Financière Accélérée*); Германия обновила свой Закон об облигациях). Многие из них не предусматривают процедур, ограничивающихся финансовыми кредиторами (например, Испания или Польша). При рассмотрении конкретной предбанкротной процедуры, применяемой в отношении финансовых кредиторов до наступления несостоятельности, требуется четкое определение этой категории кредиторов. В противном случае может оказаться, что на этой стороне баланса должника имеется довольно большое число различных групп кредиторов. Торговые кредиторы

и арендодатели могут также рассматриваться в качестве «финансовых кредиторов», и их контракты могут быть реструктурированы на условиях займа или облигаций в рамках такого производства.

### *Наблюдение*

248. Предбанкротные процедуры типа 2 являются судебным производством. Они инициируются подачей заявления в суд, и суд осуществляет надзор за процессом переговоров, организует голосование и обеспечивает его и утверждает принятый план. Это полностью контролируемый процесс, в котором в первый же день может быть отказано, если законодатель предусматривает прохождение теста, что обычно и происходит (см. следующий раздел).

249. Однако процедуры первого типа предусматривают участие суда только на более позднем этапе процесса. Такие процедуры, как правило, оставляют сторонам право проведения переговоров по соглашению о реструктуризации и зачастую также право решающего голоса. Такое минимальное участие судов позволяет сэкономить недостаточные судебные ресурсы. Тем не менее участие суда в форме единого окна в конце процесса может обеспечить проверку оснований для легитимации процедур, а также проверку справедливости и законности соглашения для несогласного и возражающего кредитора.

### *Общие условия открытия предбанкротных процедур*

250. Предбанкротные процедуры направлены на поддержку реструктуризации должника, испытывающего финансовые трудности, путем содействия заключению соглашения о реструктуризации с определенными или всеми кредиторами. Оно является средством стимулирования должника (или руководства должника) к своевременному урегулированию финансового кризиса. Следовательно, во всех правовых системах, которые мы рассматриваем, должнику предоставляется право возбуждать такое производство. В большинстве из них должник владеет этим правом эксклюзивно.

251. Поскольку такие процедуры позволяют должнику нарушить (некоторые) права кредитора, для соглашения о реструктуризации долга обычно требуется условие, при котором должник неспособен или вскоре станет неспособным выплатить все долги при наступлении срока их погашения. Поэтому проверка таких обстоятельств

на начальном этапе предбанкротного производства представляется логичной для предотвращения мошенничества. Тем не менее лишь в некоторых правовых системах для инициирования производства требуется определенный (неизбежный) критерий несостоятельности, зачастую в целях обоснования коллективного моратория. В тех случаях, когда суду предлагается утвердить соглашение об урегулировании, такой критерий обычно не требуется или по крайней мере не применяется в отношении большинства кредиторов, поддержавших соглашение.

Государство-член	Предбанкротные процедуры	Тип	Access test	Право на подачу
AT	URG Proceedings <sup>1)</sup>	2	Необходимость реорганизации	Должник
BE	Официальное мировое соглашение <sup>2)</sup>	1	—	Должник
DE	Реструктуризация по срочным облигациям	1	—	Должник
EL	Процедура восстановления	2	(Возможная) несостоятельность	Должник, кредитор
	Специальная процедура администрирования	2	Несостоятельность	Кредитор
ES	Уведомление (5-bis Notice)	1	Несостоятельность, но еще не пропуск срока на подачу заявления о банкротстве	Должник
	Судебное санкционирование	1	Достаточно поддерживаемых и сертифицированных <sup>3)</sup> соглашений о рефинансировании	Должник
FR	Примирение (conciliation)	1	—	Должник
	Процедура сохранения (Procédure de Sauvegarde)	2	«Трудности», еще нет неплатежеспособности (нет неликвидности)	Должник

	Ускоренная процедура сохранения (Procédure de Sauvegarde Accélérée)	1 (2)	«Трудности», отсутствие неплатежеспособности в течение более 45 дней	Должник
	Ускоренная процедура финансового сохранения (Procédure de Sauvegarde Financière Accélérée)	1	«Трудности», отсутствие неплатежеспособности дней в течение более 45 дней	Должник
HU	–	–	–	–
IT	Соглашения о реструктуризации (Accordi di Ristrutturazione)	1	– (Тест на злоупотребление)	Должник
	Мировое соглашение (Concordato Preventivo)	2	– (Тест на злоупотребление)	Должник
LV	Внесудебные процедуры правовой защиты	1	Финансовые проблемы (не проверялось)	Должник
NL	–	–	–	–
PL	Процедуры утверждения соглашений об урегулировании долгов	1	Финансовые трудности, не связанные с неплатежеспособностью Менее 15% оспори- мых претензий	Должник
	Процедуры ускоренного урегулирования долгов	$\frac{1}{2}$	Финансовые трудности, не связанные с неплатежеспособностью Менее 15% оспори- мых претензий	Должник
	Процедуры урегулирования долгов	2	Финансовые трудности, не связанные с неплатежеспособностью, но оспори- мых претензий больше 15%	Должник
	Реабилитационные процедуры <sup>4)</sup>	2	Тест на неплатежеспособность	Должник и кредитор
SE				

UK	Схема урегулирования <sup>5)</sup>	1	Не указано (по усмотрению суда) <sup>6)</sup>	Должник, кредиторы, управляющий
	Процедура добровольного урегулирования долгов компании (CVA)	1		Должник, управляющий <sup>7)</sup>

<sup>1)</sup> Реорганизация в соответствии с Законом о реорганизации бизнеса (Unternehmensreorganisationsgesetz).

<sup>2)</sup> Статья 43 ВСА.

<sup>3)</sup> Кредиторы, имеющие по меньшей мере 51% требований, и аудитор должны засвидетельствовать достаточную поддержку кредиторов. Подробнее см., например: Molina J.M.M., Marín A.A.A., Court Approval of Refinancing Agreements in Spain // Eurofenix Spring, 2016, 35.

<sup>4)</sup> Как упоминалось выше, реабилитационные процедуры доступны только для неплатежеспособных должников и предусматривают все инструменты польского производства по делам о несостоятельности (такие, как назначение на должности в сфере ИР, мораторий, упрощенное увольнение и т.д.). Они должны рассматриваться как некий вид официального производства по делу о несостоятельности, возбужденного до наступления несостоятельности.

<sup>5)</sup> Часть 26 Закона о компаниях 2006 г.

<sup>6)</sup> Если не будет необходимости в этой схеме, суд может отказать в созыве заседаний. См.: Обзор законодательства Англии и Уэльса // Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), Business Rescue in Europe, Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация готовится).

<sup>7)</sup> Только в том случае, если CVA используется совместно с управляющим.

*Таблица 3. Предбанкротные процедуры (вид, проверка доступа, право на подачу заявления)*

*Решение о применении предбанкротных процедур в компаниях*

252. Во всех наших обзорах законодательства четко сформулировано основное правило, согласно которому корпоративное управление должно предусматривать конкретные требования в отношении утверждения в интересах акционеров. Если в уставе должника такие положения отсутствуют, то в соответствии с корпоративным законодательством директора не обязаны получать одобрение до подачи заявления о возбуждении предбанкротного производства<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Австрийское законодательство о компаниях, регулирующее деятельность акционерных обществ и товариществ, находящихся в непосредственном владении акционе-

253. Аналогичным образом предварительное участие комитета профсоюзов или представителей работников не требуется законом ни в одном из охваченных государств-членов, но может требоваться в соответствии с договоренностью, достигнутой должником с профсоюзом работников.

### *Правила публичности*

254. Как правило, принципы справедливого судебного разбирательства требуют уведомления всех кредиторов и заинтересованных сторон, чьи права непосредственно затрагиваются производством (например, посредством моратория) или предлагаемым планом реструктуризации<sup>1</sup>. В тех случаях, когда меры, принимаемые в предбанкротных процедурах, не причиняют немедленного ущерба каким-либо правам, как, например, обращение в суд или назначение медиатора или советника, уведомление обычно не требуется<sup>2</sup>. В случае снижения стоимости активов все известные кредиторы информируются об этом посредством индивидуального уведомления<sup>3</sup>. Кроме того, информация о производстве, как правило, публикуется в судах или реестрах о несостоятельности<sup>4</sup>, которые иногда уже доступны через Интернет<sup>5</sup>, иногда по-прежнему в специальных бюллетенях<sup>6</sup>. О специальных правилах для иностранных кредиторов не сообщалось. Что касается публичных компаний, то в соответствии с правилами, регулирующими публикацию информации на фондовых биржах, обычно требуется публиковать соответствующую информацию о финансовом положении компании и мерах по реструктуризации.

---

ров, может быть исключением из этого правила, поскольку в нем содержится требование о предварительном утверждении в целях защиты директоров от возможных исков акционеров о возмещении ущерба.

<sup>1</sup> Основные принципы EBRD для режима законодательства о несостоятельности (2004), основной принцип 2.

<sup>2</sup> Бельгия или Франция.

<sup>3</sup> Конфиденциальность уведомления может быть обеспечена только в Испании Notice 5-bis, если должник просит суд сохранить конфиденциальность.

<sup>4</sup> Это публикуется, например, в Греции, Франции, Латвии, Великобритании, но не в Австрии, EL, FR, LT, Великобритании.

<sup>5</sup> Латвия или Соединенное Королевство.

<sup>6</sup> Представлены данные по Греции, Испании и Польше.

### 1.2.2.1. Мотивы к выполнению рекомендаций

255. Если относящиеся к консенсуальному урегулированию долгов кредиторы отвергают предлагаемое решение по внесудебному урегулированию задолженности, они должны делать это добросовестно. Возможно, они располагают частной информацией или экспертными знаниями, которые указывают им на то, что предлагаемое решение не будет работать. Возможно, они юридически обязаны требовать платежа в полном объеме (например, налоговые органы в некоторых юрисдикциях<sup>1</sup>). В данном случае соответствующая договору потребность в консенсусном решении позволяет таким кредиторам наложить вето на соглашение об урегулировании спора и нет никаких теоретических или экономических оснований для того, чтобы обойти их вето.

256. Право вето кредитора может также быть частью стратегии сдерживания, которая в последние годы стала использоваться растущим числом инвесторов в проблемные активы. В данном случае вето не отражает негативного мнения относительно осуществимости предложенного решения. Сдерживание направлено на то, чтобы заставить других кредиторов выплатить или выкупить требования сдерживающего кредитора<sup>2</sup>. Эта стратегия не может быть в достаточной мере реализована с помощью механизмов укрепления доверия и позитивных стимулов, о которых говорилось в Рекомендациях 1–3. В данном случае нормативно-правовая база должна предусматривать институт, который отличает добросовестное вето от стратегического сдерживания и применяет принудительные средства против сдерживающего кредитора. Применение таких инструментов приводит к нарушению прав несогласных кредиторов, что вновь требует участия суда для защиты фундаментальных прав таких кредиторов во всех правовых системах.

257. Ключевым и надежным инструментом обеспечения дисциплины в отношении стратегического сдерживающего кредитора является отказ ему в праве вето. Право могло бы предусматривать материально-правовую норму договорного права, которая аннулирует стратегическое вето (возможно, основанное на доктрине злоупотребления властью или справедливости или принципах *Treu und Glauben*). Слабость

---

<sup>1</sup> См.: Jose M. Garrido, *Out-of-Court Debt Restructuring* (Исследование Всемирного банка. 2012), п. 71 (сн. 43).

<sup>2</sup> Такое стратегическое поведение кредиторов было также описано как «антиобщиная проблема» или «игра в кто первый струсит». См.: Rolef de Weijts, *Too Big to Fail as a Game of Chicken with the State: What Insolvency Law Theory Has to Say About TBTF and Vice Versa*, *EBOR* 14 (2013), 201, 210/214.

такого подхода объясняется тем, что такая норма по-прежнему позволит любому кредитору отрицать применимость указанного принципа до тех пор, пока не будет доказано, что он неправ в соответствующем судебном процессе. Такой судебный процесс требует времени, и время зачастую является именно тем, что недостает в процессе реструктуризации. И даже если бы имелись предварительные судебные запреты (что нехарактерно для всех юрисдикций, например, для Германии<sup>1</sup>), такие запреты носят предварительный характер по своей природе, сохраняющаяся неопределенность вредит реструктуризации.

258. Реструктуризация требует быстрого и окончательного решения о действительности соглашения о внесудебном урегулировании. Из основных прав (защита собственности и соблюдение процессуальных гарантий) следует, что в конечном счете решение должно приниматься судом. Таким образом, правовая база должна предусматривать компетенцию суда санкционировать заключение соглашения о внесудебном урегулировании долгов против вето кредитора, который действует недобросовестно. Кроме того, стратегии сдерживания могут быть сорваны с самого начала, предусматривая возможность принятия обязывающего для всех решения, принимаемого квалифицированным большинством (75–80% требований) в отношении предлагаемого соглашения о внесудебном урегулировании. В тех случаях, когда значительная доля кредиторов, интересы которых в равной степени затрагиваются, соглашается с решением о внесудебном урегулировании, можно предположить, что право вето со стороны несогласного кредитора применяется недобросовестно, если только суду не доказана добросовестность.

259. Участие суда в оказании поддержки переговорам по внесудебному урегулированию в противовес стратегическому сдерживанию может быть сведено к участию в едином судебном разбирательстве, когда должник представляет соглашение об урегулировании спора, включая все подтверждающие факты (раскрытие информации, добросовестные переговоры, голосование кредиторов в поддержку соглашения требуемым большинством голосов), и несогласный кредитор может разъяснить возражение в ходе слушания. Такие «процедуры поддержки» внесудебного урегулирования долгов (или процедуры типа 1) являются довольно распространенными в соответствии с нашими обзорами законодательства<sup>2</sup>. Поскольку они начинаются только

<sup>1</sup> См.: Madaus Stephan, *Der Insolvenzplan*. Mohr Siebeck, 2011. P. 544.

<sup>2</sup> Они также рекомендованы в ст. 7 и 8 Рекомендации Европейской комиссии (2014).

в конце переговоров о внесудебном урегулировании, представляется логичным предположить, что они не содержат коллективного приостановления требований (моратория) для защиты этих переговоров. Если, однако, соответствующий кредитор ставит под угрозу переговоры исполнительными действиями, должно быть предусмотрено отдельное приостановление требований такого кредитора (возможно, в соответствии с доктриной чрезмерного вреда локального исполнительского законодательства). Коллективного (неизбежно публичного и доктринально несоответствующего) приостановления исполнения требований (моратория)<sup>1</sup> не потребуется.

260. В то время как в юрисдикции с сильно перегруженной судебной системой предпочтительнее, как представляется, участие в разбирательстве в форме единого окна, юрисдикции с сильной традицией проведения внутрисудебных переговоров о реорганизации (например, Франция, Испания или Соединенное Королевство) могут предпочесть, чтобы с первого дня к проведению переговоров с несогласными кредиторами привлекался суд. Такие производства типа 2, предшествующие несостоятельности, являются более обременительными для судебной системы. Однако они предусматривают защиту переговоров посредством автоматического и коллективного приостановления исполнения требований (моратория). Будучи коллективной мерой, такой коллективный инструмент соответствует сфере охвата производства только в том случае, если он затрагивает всех кредиторов коллективно и публично. Такие процедуры напоминают производство по делу о несостоятельности, а не помощь во внесудебном урегулировании (см. французские процедуры *Sauvegarde*)<sup>2</sup>. В свою очередь, такой (коллективный) мораторий не должен быть введен, если производство по делу типа 2 затрагивает не всех кредиторов, а лишь определенную категорию или группу из них (см. например, Схему урегулирования долгов Соединенного Королевства), поскольку в данном случае единственным коллективным последствием является сам мораторий<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Рекомендации 6(с), 10–14 Комиссии (2014).

<sup>2</sup> С учетом их коллективного воздействия такие процедуры фактически могут быть включены в Приложение А к Европейскому регулированию несостоятельности (2015), если они также нарушают право должника во владении управлять ею. Ряд процедур типа 2 уже включены в этот перечень.

<sup>3</sup> Предложение УК R3 отражает эту напряженность, предлагая отдельный мораторий, который может быть продлен последующей (коллективной) CVA, но не с помощью (неколлективной) схемы урегулирования; см. R3, мораторий для бизнесов: улучшение бизнеса и спасение рабочих мест в Соединенном Королевстве (2016). С. 2.

261. И наконец, задача подтверждения плана реструктуризации на основе оговоренного большинства кредиторов и критерия добросовестности может быть также возложена на суды по делам о несостоятельности в рамках производства по делу о несостоятельности (процедуры типа 3)<sup>1</sup>. При таком подходе сохраняется строгая двойственность между внесудебными процедурами урегулирования и планами реструктуризации при поддержке суда. Недостаток такого решения обусловлен тем, что любое подтверждение плана без согласия потребует официального открытия производства по делу о несостоятельности со всеми вытекающими из этого негативными последствиями с точки зрения издержек, задержек и негативного освещения в прессе. Дезинтеграционный эффект таких процедур для корпоративных групп, в частности, фактически не позволяет им рассмотреть такой вариант при реструктуризации долга.

262. Существующие в настоящее время на рынке условия реструктуризации долга, как представляется, лучше всего урегулировать с помощью эффективного режима поддержки внесудебного урегулирования вне рамок официального производства по делу о несостоятельности. Такое производство должно затрагивать только участников спора и давать должнику возможность применять двуединую стратегию при проведении переговоров по внесудебному урегулированию. Ключом к такой стратегии является аргумент о том, что, как только требуемое большинство кредиторов поддержит план, остальные кредиторы будут действовать рационально, подчинившись плану, поскольку быстрая и предсказуемая судебная процедура в любом случае будет обязательна для них. Так как судебная процедура является заслуживающим доверия вариантом выхода в ходе переговоров по внесудебной реструктуризации, от сдерживающих стратегий можно было бы отказаться, даже не обращаясь в суд. Таким образом, наиболее эффективной процедурой была бы процедура с весьма ограниченным числом дел.

263. Полномасштабная судебная процедура, имеющая коллективные последствия (по крайней мере в виде моратория), не позволит разработать такую стратегию, поскольку она, как правило, является более дорогостоящей и менее предсказуемой для должника. На практике такое производство (тип 2) пользуется поддержкой должников, которые начинают реструктуризацию долга на очень позднем этапе,

---

<sup>1</sup> См. гл. 11 «Банкротства с предварительным голосованием» в 11 U.S.C. § 1126(b). Законодательство Германии также допускает только предварительно подготовленные планы несостоятельности (немецкий Кодекс о несостоятельности, ст. 218(1)2).

когда их неплатежеспособность неминуема или уже наступила. Такие должники часто фактически требуют автоматического моратория в отношении всех кредиторов и решительной судебной поддержки для того, чтобы остаться в живых. По нашему мнению, к таким должникам лучше всего подходить в рамках эффективного и направленного на спасение официального производства по делу о несостоятельности (реорганизации), особенно если такие процедуры также допускают заранее составленный или даже заранее согласованный план<sup>1</sup>. Вопрос о том, следует ли реорганизовать, продать или закрыть обанкротившееся предприятие должника, подробно рассматривается в этом документе. Система, предусматривающая как предбанкротную, так и банкротную процедуру реорганизации типа 2, кажется чрезмерной и излишней, поскольку существует две процедуры, охватывающие один и тот же тип проблемных предприятий с использованием в основном одного и того же набора инструментов. Единственная причина иметь и то, и другое заключается в том, чтобы избежать негативной огласки официального производства по делу о несостоятельности любой ценой. Однако такие последствия могут быть охвачены хорошо разработанной (и хорошо известной) официальной процедурой реорганизации с гарантиями для должника, аналогичными гарантиям в предбанкротных процедурах (должник во владении, право на представление первоначального плана и т.д.).

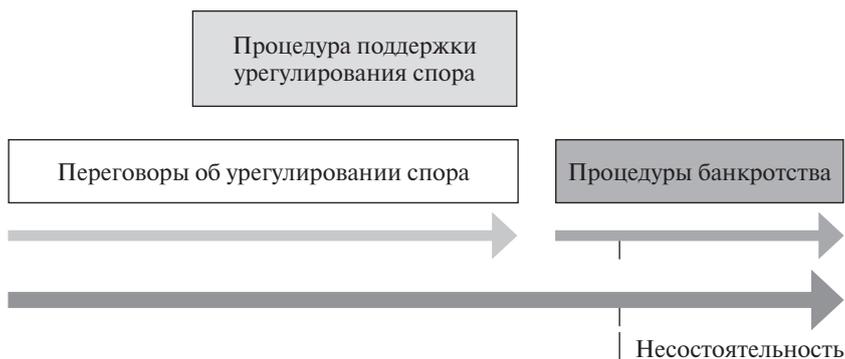


Таблица 4. Процедуры поддержки внесудебного урегулирования

<sup>1</sup> О симбиотических последствиях такого сочетания см.: Jose M. Garrido, Out-of-Court Debt Restructuring (исследование Всемирного банка, 2012), п. 12. 100; Madaus Stephan, Der Insolvenzplan. Mohr Siebeck, 2011. P. 563–564.

### 1.2.2.2. Рекомендации

**Рекомендация 1.23:** Государствам-членам следует предусмотреть компетенцию суда санкционировать применение права вето в отношении соглашения о внесудебном урегулировании долгов против вето одним или несколькими (обеспеченными или необеспеченными) кредиторами, которые действуют недобросовестно. В тех случаях, когда высокая доля (75–80%) в равной степени затронутых кредиторов принимает решение о проведении процедуры внесудебного урегулирования, следует исходить из того, что вето меньшинства несогласных кредиторов применяется недобросовестно, если только добросовестность не доказана суду.

**Рекомендация 1.24:** Такие процедуры содействия внесудебному урегулированию долгов не должны дополняться возможностью подачи заявления об общем приостановлении исполнения требований. Вместо этого переговоры по урегулированию должны быть защищены вариантом подачи заявления о введении индивидуального моратория в отношении кредитора, наносящего ущерб усилиям по урегулированию.

**Рекомендация 1.25:** Такое производство по внесудебному урегулированию долгов должно быть доступно только для должника. Они не должны требовать применения конкретного критерия доступа, касающегося состояния коммерческого предприятия должника. Вместо этого суд будет требовать от должника лишь представления соглашения об урегулировании спора при достаточной поддержке кредиторов в соответствии с установленными требованиями в отношении большинства голосов.

### 1.2.3. Официальные процедуры

264. Официальное производство по делу о реструктуризации и несостоятельности охватывает все виды процедур, которые предназначены для несостоятельных должников. Они направлены не на предотвращение несостоятельности, а на управление делами несостоятельного должника. Экономический анализ свидетельствует о том, что эти процедуры позволяют решить проблему общего пула путем координации доступа всех кредиторов к ограниченному и недостаточному объему активов должника в интересах всех кредиторов<sup>1</sup>. Такое производство

---

<sup>1</sup> См.: Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors, Bargain*, 91 *Йель Л.Дж.* 858 (1982); Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Harvard University Press, 1986.

представляет собой судебное производство с самого начала, которое затрагивает всех кредиторов в совокупности и, как правило, требует, чтобы началось проведение теста на несостоятельность (тест на предмет выявления проблемы общего пула). Вопрос о том, должно ли такое производство обеспечивать наилучшие результаты только для кредиторов или оно должно также учитывать интересы других заинтересованных сторон (работников, акционеров, местных муниципалитетов, макроэкономических интересов), является предметом обсуждения<sup>1</sup>. В принципе, официальное производство по делу о несостоятельности характеризуется открытостью для любого результата, всеобъемлемостью и правовой формализованностью<sup>2</sup>.

265. Такие процедуры обычно включают правила о том, каким образом гарантировать включение всех активов должника (путем распространения на скрытые активы за рубежом и инициирования действий по оспариванию сделок), каким образом ликвидировать эти активы и каким образом распределять поступления. При частичной ликвидации предприятие должника может быть ликвидировано, однако ликвидация также позволяет продать предприятие в качестве действующего бизнеса и передать его новому владельцу, что может реально спасти предприятие. Этот вариант является основным способом спасения бизнеса во многих юрисдикциях. Наконец, официальное производство по делу о несостоятельности всегда предусматривало договорное средство преодоления несостоятельности должника в виде согласованного порядка погашения задолженности кредиторам. В данном случае должник предлагает заключить соглашение об урегулировании

---

<sup>1</sup> Ориентированная на кредиторов экономическая теория процедуры несостоятельности, вероятно, по-прежнему доминирует в академических дискуссиях (см.: Sefa Franken, *Creditor- and Debtor-Oriented Corporate Bankruptcy Regimes Revisited*, EBOR 5 (2004), 645, 649; Federico Mucciarelli, *Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EU and Its Political Dimension*, EBOR 14 (2013). P. 175, 179; или совсем недавно: Horst Eidenmüller, *Was ist ein Insolvenzverfahren?* in ZIP. 2016, 145) или: Jochem Hummelen, *Distress Dynamics. An Efficiency Assessment of Dutch Bankruptcy Law* (Одиннадцать 2016). Эта теория также оказала сильное влияние на недавние законодательные акты в области законодательства о несостоятельности. Тем не менее всегда высказывалось несогласие: см. I.1.3.b: Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue в Европе. Vol. I: Business Rescue in Europe, Vol. I. National Reports and International Recommendations*; (публикация готовится); Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4th edn, Sweet & Maxwell 2011), параграф 2–16; Rizwaan J. Mokal, *Corporate Insolvency Law*, OUP 2005, 32-60; см. также Karen Gross, *Taking Community Interests Into Account in Bankruptcy: An Essay*, *Wash. U. L. Q.* 1031 (1994).

<sup>2</sup> См.: Vanessa Finch, *Corporate Rescue: A Game of Three Halves*, *Legal Studies* 32 (2012), 302, 304 (для администраций Великобритании).

задолженности для всех кредиторов, которое для вступления в силу требует согласия оговоренного большинства кредиторов и подтверждения судом. Традиционная форма согласованного порядка погашения позволяет должнику продолжать коммерческую деятельность с реструктурированным объемом задолженности. Во многих правовых системах она также превратилась в инструмент, позволяющий решать вопросы реструктуризации собственности компании-должника (план реструктуризации с опцией конвертации долга в капитал).

*Обзор официальных процедур в юрисдикциях нашего Обзора*

266. В наших обзорах законодательства выделены следующие официальные процедуры несостоятельности с указанием их целей.

Государство-член	Процедура	Задача	Приоритет
AT	Процедуры банкротства	Ликвидация	—
	Процедуры реструктуризации	Реорганизация	—
	Процедура реорганизации с должником во владении	Реорганизация	—
BE	Судебная реструктуризация	Урегулирование задолженности Реорганизация Передача бизнеса	—
	Банкротство	Ликвидация	— <sup>1)</sup>
	Добровольная ликвидация	Ликвидация	—
DE	Производство по делу о несостоятельности (Insolvenzverfahren)	Ликвидация Реорганизация	—
EL	Процедуры банкротства	Ликвидация Реорганизация	—
ES	Конкурсное производство (Concurso)	Ликвидация Реорганизация	1 2
FR	Судебная реорганизация (Redressement Judiciaire)	Реорганизация Передача бизнеса	—

	Судебная ликвидация (Liquidation Judiciaire)	Ликвидация	—
HU	Процедура реорганизации	Реорганизация	—
	Процедура ликвидации	Ликвидация	—
IT	Банкротство (fallimento)	Ликвидация Реорганизация (соглашение) (concordato)	— —
LA	Обычная процедура правовой защиты	Реорганизация	—
	Процедура несостоятельности	Ликвидация	—
NE	Приостановление платежей	Реорганизация	—
	Управление долгом	Реорганизация	—
	Процедуры банкротства	Ликвидация	—
PI	Процедуры урегулирования	Ликвидация	—
	Процедуры банкротства	Реорганизация	—
	Предварительно подготовленные процедуры банкротства	Передача бизнеса	—
SE	Реорганизация компании	Реорганизация	—
	Банкротство	Ликвидация	—
UK	Администрация	Спасение	1
		Лучшее распределение	2
		Распределение среди привилегированных или обеспеченных кредиторов	3
	Ликвидация	Ликвидация	—
	Административное управление	Взыскание долга	—

<sup>1)</sup> Суд по делам о банкротстве может приостановить действие решения о начале производства по делам о банкротстве на срок до 15 дней, с тем чтобы должник мог обратиться с просьбой о проведении судебной реорганизации.

*Таблица 5 Официальные производства по делу о несостоятельности (с указанием цели)*

267. В целом все юрисдикции, которые мы охватили, предусматривают процедуру ликвидации по умолчанию, которая соответствует традиционной схеме ликвидации в случае банкротства. Кроме того, во всех правовых системах предусмотрены способы продажи и передачи предприятия в качестве действующего бизнеса, а также вариант реорганизации для должника на основе согласия большинства кредиторов<sup>1</sup>. Последний вариант реорганизации может быть одним из вариантов в рамках консолидированного производства по делу о несостоятельности (например, Германия) или отдельным видом коллективной процедуры для неплатежеспособных должников (например, Венгрия, Испания или Швеция). В тех случаях, когда такие отдельные процедуры (официальная реорганизация) доступны для должников, находящихся на грани неплатежеспособности, по их просьбе (зачастую в соответствии с неизбежным критерием неплатежеспособности), они по-прежнему отличаются от предбанкротных процедур типа 2, в том смысле, что официальное реорганизационное производство только открыто, но не предназначено для должников, еще сохраняющих платежеспособность. Действительно, в некоторых правовых системах предусмотрены оба вида процедур<sup>2</sup>.

268. Об иерархии процедурных вариантов (ликвидация или реорганизация) сообщалось только в отношении испанского конкурсного производства и администрации в Соединенном Королевстве. Обе процедуры стимулируют попытки спасения бизнеса<sup>3</sup>. Кроме того, в некоторых правовых системах предпочтение отдается тому или иному конкретному виду процедуры путем облегчения доступа к ней (например, в Бельгии – производство по реорганизации, см. также Венгрия). Хотя реорганизационное производство, как правило, проводится только по ходатайству должника, право кредиторов возбуждать ликвидационное производство обычно не ограничивается. Только после начала процедуры реорганизации оно обычно защи-

<sup>1</sup> Такой набор вариантов отражает международные стандарты; см.: Принципы Всемирного банка (2016), Принципы В3.6, С1(iii) и (iv); Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 2; Основные принципы EBRD для режима законодательства о несостоятельности (2004), Основной принцип 3; Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), 1.1.

<sup>2</sup> Французское законодательство предусматривает процедуру, предшествующую несостоятельности типа 2 (*Procédure de Sauvegarde*), а также отдельную официальную процедуру реорганизации (Судебная система возмещения ущерба) (*Redressement Judiciaire*).

<sup>3</sup> Принципы Европейского закона о несостоятельности (2003), § 12.1 поддерживают такое законодательство, допускающая ликвидацию только в том случае, если отсутствует возможность реорганизации.

шено от конкурирующих попыток инициировать процедуру, ориентированную на ликвидацию (например, Греция, Франция). Однако оно также работает в обратном направлении, например, в Бельгии реорганизационное производство не может быть возбуждено после открытия производства по делу о банкротстве. В консолидированных системах возможности реорганизации или бизнеса на ходу обычно защищаются до тех пор, пока кредитор не примет решения о будущем предприятия (например, Австрия, Германия). Это означает, что специалист по вопросам несостоятельности в основном обязан продолжать свою деятельность до этого дня.

#### **1.2.4. Официальные процедуры урегулирования дел о несостоятельности, применяемые для спасения предприятия**

269. Из наших обзоров законодательств следует, что все упомянутые процедуры могут быть использованы для обеспечения спасения предприятия (за исключением ликвидационного и административного управления в Соединенном Королевстве и процедуры добровольной ликвидации в Бельгии). В то время как процедуры, нацеленные на реорганизацию, будут инициированы для реструктуризации долгов или бизнеса должника, в рамках ликвидационного производства продажа предприятия в качестве действующего бизнеса остается реальным вариантом в интересах всех заинтересованных сторон. Различие между двумя вариантами обусловлено их конкретной целью. В рамках процедуры реорганизации спасение бизнеса является единственной целью производства, в то время как при ликвидации передача предприятия является лишь одним из вариантов, но не единственной целью, которая заключается в максимизации выплат кредиторам.

270. Продажа коммерческого предприятия или его эффективных частей является общим способом спасения коммерческого бизнеса (а не юридического лица) должника. В некоторых правовых системах такая продажа облегчается за счет допущения заранее оговоренных или предварительно подготовленных продаж (*pre-packs*). В данном случае открытие официального производства по делу о несостоятельности (т.е. управление в Соединенном Королевстве или предварительное ликвидационное производство в Польше) обеспечивает лишь процессуальную основу для передачи предприятия без каких-либо обязательств. Подробная информация по этому вопросу содержится в гл. 7.

*Общие условия открытия этого производства*

<b>Государство-член</b>	<b>Процедура</b>	<b>Неплатежеспособность</b>	<b>Недостаточность имущества</b>	<b>Неминуемая неплатежеспособность</b>
AT	Процедура банкротства	Должник Кредитор	Должник Кредитор	—
	Процедура реорганизации	Должник	Должник	Должник
	Процедура реорганизации с должником во владении	Должник	Должник	Должник
BE	Судебная реструктуризация	Должник (кредитор, государственный прокурор, инвестор) <sup>1)</sup>	—	Должник
	Банкротство	Должник, кредитор, государственный прокурор	—	—
DE	Производство по делу о несостоятельности (Insolvenzverfahren)	Должник Кредитор	Должник Кредитор	Должник
EL	Процедура банкротства	Должник, кредитор, государственный прокурор		Должник
ES	Конкурсное производство (Concurso)	Должник Кредитор	—	Должник
FR	Судебная реорганизация (Redressement Judiciaire)	Должник Кредитор Государственный прокурор	—	—
	Судебная ликвидация (Liquidation Judiciaire)	Должник Кредитор Государственный прокурор	—	—

HU	Процедура реорганизации	Должник	—	Должник
	Процедура ликвидации	Должник Кредитор	—	—
IT	Банкротство (Fallimento)	Должник Кредитор Государственный прокурор	—	—
LA	Обычная процедура правовой защиты	Должник	—	Должник
	Процедура несостоятельности	Должник Кредитор	Должник Кредитор	—
NE	Приостановление платежей	—	—	Должник
	Управление долгом	—	—	Должник
	Процедура банкротства	Должник Кредитор Государственный прокурор	—	—
PI	Процедуры урегулирования	Должник	Должник	Должник
	Процедуры банкротства	Должник Кредитор частный	Должник Кредитор частный	—
	Предварительно подготовленные процедуры банкротства	Должник Кредитор частный	Должник Кредитор частный	—
SE	Реорганизация компании	Должник Кредитор <sup>2)</sup>	—	Должник Кредитор
	Банкротство	Должник Кредитор	—	—
UK	Администрирование	Должник Кредитор Государственные органы <sup>3)</sup>	—	Должник Кредитор Государственные органы

<sup>1)</sup> В случае банкротства должника передача предприятия в рамках судебного реорганизационного производства может быть инициирована любым кредитором, госу-

дарственным прокурором или третьей стороной, заинтересованной в участии в торгах в отношении этого предприятия.

<sup>2)</sup> Однако ходатайство кредитора удовлетворяется только в том случае, если должник соглашается на процедуру реорганизации.

<sup>3)</sup> Управление финансового надзора и Управление по вопросам пруденциального надзора имеют право подавать заявления в отношении компаний, деятельность которых регулируется ими в соответствии со ст. 359 Закона о финансовых услугах и рынках 2000 г.

*Таблица 6. Официальное производство по делу о несостоятельности (критерий несостоятельности, право на подачу заявления)*

271. Официальное производство по делу о несостоятельности основывается на том факте, что должник является несостоятельным. Таким образом, определение несостоятельности связано с основанием, по которому может быть открыто производство по делу о несостоятельности.

272. Традиционное определение несостоятельности заключается в неспособности должника погасить обязательства по мере наступления срока их погашения<sup>1</sup>. Это определение является общим для всех охватываемых юрисдикций. Неспособность произвести платеж подтверждается весьма схожим во всех правовых системах критерием движения денежной наличности, который требует либо прекращения платежей, либо (не только временной) неспособности должника произвести платеж по всем требованиям, предъявляемым в настоящее время.

273. В случае корпоративных должников мы находим второе определение несостоятельности в правовых системах, находящихся под влиянием германского законодательства:<sup>2</sup> чрезмерная задолженность (недостаточность имущества). В ситуациях, где только корпоративное лицо несет ответственность за задолженность, то недостаточные активы являются законным основанием для открытия производства по делу о несостоятельности<sup>3</sup>. Для подтверждения факта недостаточности ак-

<sup>1</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 15(а); Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), 1.2.

<sup>2</sup> Peter Schlosser, *Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens* // Dieter Leipold (ed). *Insolvenzrecht im Umbruch* (1991) 9, 14, называл это как «немецкий альпийский уникам». Основная концепция в то же время присуща всем режимам несостоятельности. До сих пор во многих юрисдикциях чрезмерная задолженность является основанием для доказательства неизбежной невозможности оплаты (см. Англию и Уэльс или Италию). Лишь в некоторых случаях она предоставляет отдельное основание для возбуждения дела (см. Германию, Австрию, Латвию, Польшу, а также бывшие югославские страны, Чехию, Словакию, Болгарию, Эстонию и Португалию).

<sup>3</sup> Эта идея находит свое отражение в том случае, когда экономический анализ приводит к заявлению о том, что «производство по делу о несостоятельности должно воз-

тивов применяется балансовая проверка. Активы обычно оцениваются по ликвидационной стоимости. Однако даже в том случае, если оценка показывает наличие чрезмерной задолженности, производство по делу о несостоятельности может быть открыто только в том случае, если прогноз в отношении продолжения коммерческой деятельности является отрицательным (двухэтапный подход)<sup>1</sup>. Такой подход, очевидно, содержит много возможностей для неточности, поскольку он включает оценку активов и прогноз будущего коммерческого успеха компании. Это может быть причиной того, что на практике этот критерий, как представляется, не имеет большого значения.

274. Хотя неплатежеспособность и чрезмерная задолженность (недостаточность имущества) обосновывают заявление отдельных кредиторов<sup>2</sup>, а также должника<sup>3</sup>, процедуры, ориентированные на реорганизацию, ограничивают право на подачу заявления должником. В то же время основания для открытия такого производства, как правило, расширяются за счет предоставления должнику возможности подавать документы раньше, чем в момент несостоятельности. Как правило, грядущей, но неизбежной несостоятельности достаточно для добровольной подачи заявления должником. Кроме того, в некоторых правовых системах при подаче заявления о реорганизации требуется представлять предложение по плану (например, Австрия).

275. Хотя право на подачу исков зачастую ограничивается должниками и их кредиторами, в ряде правовых систем государственные органы также имеют право возбуждать производство по делу о несостоятельности (например, Бельгия, Греция, Италия, Нидерланды, Франция, а также Соединенное Королевство в отношении регули-

---

буждаться после того, как какая-либо ценность, оставшаяся в фирме, будет меньше, чем обязательства компании перед ее кредиторами» (Eidenmüller Horst, *Comparative Corporate Insolvency Law*. Рабочий документ, 2016, 12).

<sup>1</sup> В соответствии с новым польским законом состояние чрезмерной задолженности должно сохраняться не менее 24 месяцев. Для сравнения см.: Felix Steffek, *Gläubigerschutz в корпорации, Krise und Insolvenz im englischen und deutsche Gesellschafts- und Insolvenzrecht* (Mohr Siebeck, 2011).

<sup>2</sup> Право кредитора на подачу иска часто ограничивается только принципом злоупотребления правом. Лишь в нескольких юрисдикциях требуются дополнительные тесты, которые не касаются существования претензии (например, Испания).

<sup>3</sup> Это отражает международные стандарты: Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С4.1; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 14.

руемых компаний). Это отражает учет общественных интересов при своевременной реструктуризации или организованной ликвидации<sup>1</sup>.

276. Право на возбуждение официального производства по делу о несостоятельности может также вытекать из права на преобразование в другой вид процедуры (предбанкротную или банкротную). Эти вопросы рассматриваются ниже (см. 1.4).

### *Решение об использовании официальных процедур в компаниях*

277. Право подавать заявление от имени корпоративного должника обычно принадлежит его директору. При наличии нескольких директоров совет директоров принимает решения в соответствии с корпоративным законодательством и уставом. В Испании акционеры, несущие ответственность за долги компании, также имеют право подавать заявление о возбуждении производства.

278. В юрисдикциях, предусматривающих обязанность подачи заявления, каждый директор имеет обязанность подать заявление в индивидуальном порядке и без необходимости консультироваться с другими директорами или акционерами (например, Австрия, Германия, Польша). Если директор отсутствует, то акционер с контрольным пакетом акций (см. Австрия) или любой акционер (Германия) обязаны подать такое заявление.

279. В целом (за исключением Нидерландов<sup>2</sup>) заявление директора о возбуждении ликвидационного производства не требует предварительного одобрения со стороны наблюдательного совета или собрания акционеров, особенно в случае наличия обязанности подать заявление. Вместе с тем согласие акционеров до начала проведения добровольных реорганизационных процедур встречается довольно часто, хотя по закону обычно не требуется<sup>3</sup>. Однако несанкционированная подача декларации может повлечь за собой ответственность директора, подавшего заявление, за убытки компании.

---

<sup>1</sup> В некоторых правовых системах публичные органы могут возбуждать только ликвидационное производство, но не реструктуризацию; см., например, Италию.

<sup>2</sup> Статья 2:136/246 Гражданского кодекса Нидерландов предусматривает, что если в подзаконных актах не предусмотрено иное, правление NV (компания ограниченной акциями) или BV (компания с ограниченной ответственностью) без инструкций от AGM не имеет права подавать заявление о ликвидации в рамках дела о банкротстве, см. 1216 и последующие.

<sup>3</sup> В Соединенном Королевстве в отношении администрирования требуется официальное утверждение.

280. Как правило, предварительное одобрение производственных советов не требуется в соответствии с законодательством о труде или несостоятельности. Вместе с тем директора обязаны своевременно информировать о поданном заявлении и консультировать представителей работников в соответствии с европейскими стандартами трудового права<sup>1</sup> (см. также 5.1).

### *Временные обеспечительные меры*

281. Ликвидационные процедуры и консолидированные банкротные процедуры не открываются в день подачи заявления<sup>2</sup>. Вместо этого возбуждается временное производство, которое позволяет суду расследовать факты, описанные в заявлении, с тем чтобы принять решение по таким вопросам, как право кредитора на подачу иска, правомочность должника или требуемые критерии несостоятельности (см. также ниже 1.2.4). В некоторых правовых системах заявление может быть отклонено, если активы должника не покрывают расходы суда и специалиста по вопросам несостоятельности (например, Германия), или если дело не удовлетворяет определенным пороговым требованиям, таким как минимальная сумма активов и долгов (например, Италия). Временное производство позволяет расследовать такие факты.

282. Задержка, возникающая в результате такого временного производства, не должна приводить к амортизации имущественной массы, особенно с точки зрения прекращения деятельности предприятия должника. Таким образом, суд имеет право гарантировать имущественную массу, предписав такие защитные меры, как назначение временного управляющего или предписание кредитору принять меры и (или) ввести мораторий на действия должника, зачастую в сочетании с обязанностью должника или управляющего продолжать бизнес<sup>3</sup>. Продолжительность временных процедур и обеспечительных мер, как

---

<sup>1</sup> Директива 2002/14/ЕС от 11.03.2002, устанавливающая общие рамки для информирования и консультирования сотрудников Европейского сообщества.

<sup>2</sup> Только испанское законодательство предусматривает немедленное открытие производства по делу о несостоятельности по просьбе должника. Ходатайство кредитора может привести к возбуждению временного производства и принятию обеспечительных мер.

<sup>3</sup> Это отражает международные стандарты. См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 39, 46, 48; Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С5.1; Основные принципы ЕБРР для режима законодательства о несостоятельности (2004), Основной принцип 4; Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), 3.5.

представляется, не ограничивается законом, что дает суду право решать вопрос о сроках принятия решения по заявлению о банкротстве.

283. Процедуры реструктуризации являются добровольными процедурами во всех правовых системах и обычно начинаются в день подачи заявления должником (например, Венгрия, Нидерланды, Соединенное Королевство, Франция, Швеция). В противном случае могут быть приняты обеспечительные меры (см. Франция – 15 дней).

#### *Общие условия открытия официального разбирательства*

284. Основания или триггеры, позволяющие начать соответствующее официальное производство по делу о несостоятельности, уже разъяснились выше (см. 1.2.4.b). Кроме того, в некоторых правовых системах требуется, чтобы активы должника покрывали расходы суда и управляющего (например, Австрия, Германия). Некоторые местные законы о несостоятельности предусматривают другие пороговые уровни, например минимальную сумму активов и долгов (например, Италия).

285. Все правовые системы требуют, чтобы заявление было подкреплено документами и информацией, отражающими все предварительные условия соответствующего разбирательства. Суд, являющийся беспристрастным государственным судом во всех юрисдикциях, может назначать заседания для заслушивания заинтересованных сторон в соответствии с законодательством о несостоятельности многих стран (например, в Бельгии, Германии, Латвии, Нидерландах, Польше); лишь в немногих странах предусмотрено обязательное заседание (см. Франция, Греция, Швеция для предложений кредиторов, также Великобритания). В некоторых юрисдикциях (например, в Германии, Греции, Франции) суд может проводить дальнейшее расследование *ex officio*, в то время как в других странах бремя доказывания лежит на истце (например, в Бельгии, Венгрии, Испании, Италии, Нидерландах, Польше, Соединенном Королевстве, Швеции). В случае подачи конкурирующего заявления о реорганизации ликвидационное производство может быть приостановлено (см. Бельгия, Италия).

286. Решение об открытии производства по делу о несостоятельности может быть обжаловано затрагиваемой стороной<sup>1</sup>, которая является должником (а не его участниками) только в некоторых го-

---

<sup>1</sup> Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С2.1; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 138.

сударствах-членах (например, Германия, Испания, Нидерланды), в то время как другие страны уполномочивают на обжалование всех лиц, затрагиваемых этим производством (например, Австрия<sup>1</sup>, Бельгия, Греция<sup>2</sup>, Италия, Латвия). В отличие от этого решение об отказе в судебной помощи может быть обжаловано только заявителем (должником или кредитором-заявителем). После подачи апелляции решение может быть полностью отменено. Как правило, отсрочка до рассмотрения апелляции не предусматривается<sup>3</sup>; лишь в немногих правовых системах предусматривается факультативное приостановление ликвидационных действий в тех случаях, когда постановление о возбуждении производства находится на стадии обжалования (см. Бельгия, Италия, Швеция).

### *Исключение нежизнеспособного бизнеса*

287. В рамках исключительно ликвидационного производства, а также консолидированного производства, сочетающего в себе ликвидацию в случае неисполнения обязательств и факультативную реорганизацию, вопрос о жизнеспособности предприятия должника не имеет значения на начальном этапе процедуры. Определение стоимости функционирующего предприятия и решение о том, каким образом реализовать такую стоимость, возлагаются на систему принятия решений, созданную в рамках начавшейся процедуры.

288. Как следствие, критерий жизнеспособности на раннем этапе можно применять только в отношении процедур, которые направлены исключительно на реорганизацию предприятия должника. В то же время ни один обзор законодательства не содержит упоминания о реальной проверке жизнеспособности предприятия в первый день процедуры, поскольку, как представляется, судья не может разумно оценить жизнеспособность предприятия в соответствии с предлагаемым планом (см. обсуждение бельгийского законодательства<sup>4</sup>). Вместо

---

<sup>1</sup> В Австрии это включает в себя привилегированные ассоциации по защите прав кредиторов.

<sup>2</sup> В Греции решение о банкротстве должника может быть оспорено любым лицом, принимавшим участие в разбирательстве, с помощью средств апелляционного и кассационного обжалования.

<sup>3</sup> Международные стандарты – Принципы Всемирного банка (2016), Принцип C2.1.

<sup>4</sup> Доклад Бельгии, см. (1.1.4(f)) (Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.). *Business Rescue in Europe*, Vol. I. Национальные доклады и международные рекомендации (публикация готовится).

этого сообщается о негативных тестах: в Швеции и Соединенном Королевстве суды должны прийти к выводу о том, что цель такого разбирательства может быть достигнута, что позволяет отказать в проведении процедуры реорганизации, если суд уверен, что нет никаких шансов для продолжения бизнеса. Бельгийская судебная система прибегает к доктрине злоупотребления правом с тем, чтобы отказать в проведении процедур судебной реорганизации.

### *Правила публичности*

289. Заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности обычно не публикуется. Вместо этого уведомление направляется должнику в случае подачи заявления кредитором<sup>1</sup>. В случае проведения слушаний могут быть приглашены заинтересованные стороны (должник, кредитор-заявитель, крупный обеспеченный кредитор, государственный прокурор, представитель работников); иные лица могут присутствовать на слушаниях по своему усмотрению. На практике заявление зачастую не носит конфиденциального характера (особенно в силу обязанности должника информировать в соответствии с договором или законодательством о рынках капитала). Если предписываются обеспечительные меры, такие как мораторий или назначение временного администратора, то публикация зачастую является обязательной (например, в Германии)<sup>2</sup>.

300. Постановление суда о начале производства по делу о несостоятельности публикуется в официальных газетах, а также в регистрах, которые доступны в Интернете<sup>3</sup>. Оно заносится в земельные кадастры и реестры компаний. Кроме того, уведомление направляется должнику, известным кредиторам<sup>4</sup> и представителям работников. В некоторых

<sup>1</sup> В соответствии с принципами Всемирного банка (2016), Принцип С4.4, Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 19(а).

<sup>2</sup> В соответствии с Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 42(а).

<sup>3</sup> Это отражает международные стандарты. См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 22–25; Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С2; Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), 1.4.

<sup>4</sup> Статья 40 EIR и ст. 54 EIR Recast предусматривают, что, как только в государстве-члене открывается производство по делу о несостоятельности, суд этого государства, обладающего юрисдикцией, или назначенный этим судом специалист по вопросам несостоятельности «должен незамедлительно уведомить известных кредиторов». На практике это будет, как правило, назначенное должностное лицо. Это положение

юрисдикциях требуется также уведомление других заинтересованных сторон (например, политических представителей, государственного прокурора, регулирующих органов).

301. О конкретных положениях, касающихся уведомления иностранных кредиторов, не сообщалось, за исключением шведского Закона о банкротствах, включая активы в другой северной стране, который требует, чтобы суд обнародовал соответствующее решение о банкротстве, принятое в другом северном государстве, указанное в ст. 2.

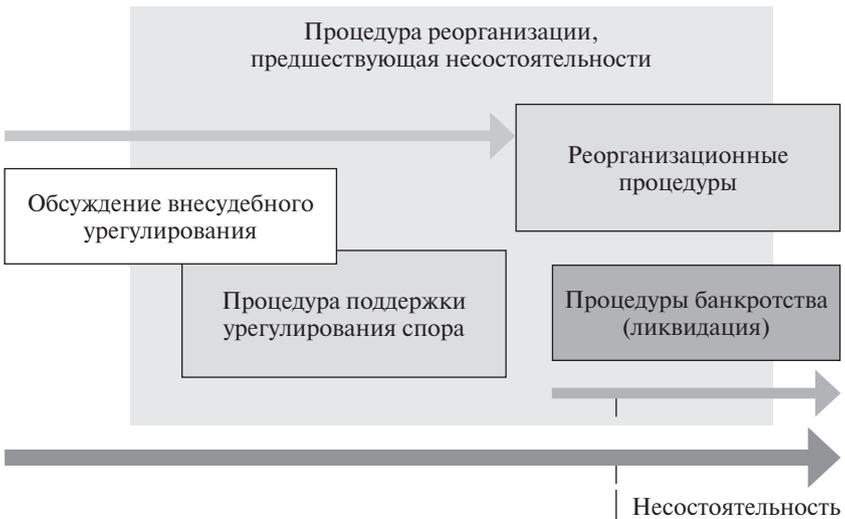


Таблица 7. Совокупность сообщаемых видов производства по делам о несостоятельности

#### 1.2.4.1. Мотивы рекомендаций

302. Основой любого законодательства о несостоятельности является эффективный ликвидационный режим, который обеспечивает быстрый и эффективный с точки зрения затрат способ прекращения деятельности обанкротившегося предприятия и обеспечивает

соответствует Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 24; Основным принципам EBRD в отношении режима законодательства о несостоятельности (2004), Основной принцип 2.

максимальное возмещение для кредиторов, а также быстрый уход обанкротившегося предприятия с рынка. Для привлечения инвестиций, улучшения доступа к кредитам и снижения стоимости кредита используются эффективные механизмы несостоятельности, которыми пользуются сильные и профессиональные учреждения (см. 1.2 и 1.3)<sup>1</sup>.

*Строгая процедура ликвидации, включая гибкий вариант передачи*

303. В тех случаях, когда бизнес должников является жизнеспособным, спасение бизнеса сохраняет ценные экономические структуры (включая рабочие места). Спасение бизнеса в процедуре банкротства также обычно увеличивает объем средств, возвращаемых кредиторам и может сохранить ценность для инвестирования со стороны акционеров. Не подлежит сомнению тот факт, что эффективная система регулирования несостоятельности должна включать в себя надежный и предсказуемый вариант реорганизации, а страны всего мира внедрили такие варианты в течение последних десятилетий<sup>2</sup>.

304. Спасение бизнеса в случае несостоятельности часто является результатом процедуры ликвидации. Поскольку такая процедура проводится с целью продажи всех активов должника, она также допускает продажу активов, необходимых для продолжения предпринимательской деятельности должника в целом (продажа действующего бизнеса). В тех случаях, когда такая сделка с активами позволяет приобрести предприятие бесплатно и без старой задолженности, новый владелец может продолжить деятельность и, следовательно, может быть готовым заплатить хорошую цену. Этот способ спасения предприятия получил дальнейшее развитие в некоторых правовых системах, где «предварительно подготовленная продажа» либо осуществляется на практике, либо находит свое отражение в законодательстве (гл. 7).

305. Для сохранения варианта продажи действующего бизнеса важно продолжать предпринимательскую деятельность должника, если он все еще работает на день подачи заявления. Этого можно добиться путем обеспечения своевременного представления заявления о банкротстве. Поскольку такие процедуры не сулят должнику (или руководству должника) никаких выгод, право на подачу заявления

<sup>1</sup> См., например: Adalet McGowan, M. and D. Andrews, *Insolvency Regimes And Productivity Growth: A Framework For Analysis* (OECD Economics Department Working Papers No. 1309. OECD Publishing, Париж, 2016 (доступно на: <http://dx.doi.org/10.1787/5jlv2jqhxgq6-en>).

<sup>2</sup> Доклад о деятельности Всемирного банка за 2016 год. С. 48.

следует также предоставить отдельным кредиторам или соответствующим публичным органам, обладающим достаточными знаниями о финансовом положении должника (т.е. налоговые органы, органы социального обеспечения, регистраторы). Зачастую эти учреждения являются также кредиторами и, следовательно, им разрешается подавать заявление.

306. Весьма вторгающийся характер процедуры ликвидации требует тщательного изучения предполагаемых оснований для ее открытия. Это относится не только к заявлениям кредиторов (принудительная подача), когда должник должен быть защищен от незаконных стратегий кредиторов, но и к заявлениям должника, когда руководство должника может попытаться нарушить положение акционеров или менее значимых кредиторов<sup>1</sup>. Суд должен иметь возможность заслушивать заинтересованные стороны и расследовать соответствующие факты *ex officio*, поскольку для этого необходимо определенное время для защиты имущественной массы от ущербных действий должника или кредиторов, требуются обеспечительные меры. Эти обеспечительные меры должны включать не только право назначать временного управляющего и вводить мораторий на действия кредиторов/должника. Они должны также обеспечивать продолжение коммерческой деятельности должника (например, путем гарантирования финансирования после подачи заявления<sup>2</sup>) и, таким образом, защиту возможности продажи как действующего бизнеса.

307. Размер имущественной массы или ее способность, вероятно, покрывать расходы суда и должностных лиц, занимающихся вопросами несостоятельности, необязательно должны учитываться при принятии решения об открытии судебной процедуры ликвидации. Хотя государственные органы должны иметь возможность покрывать свои расходы, производство по делу о несостоятельности имеет важное макроэкономическое значение в рыночном обществе. Практический опыт стран, в которых производство не открывается из-за нехватки активов (в частности, Германии и Нидерландов), показывает, что такие режимы стимулируют директоров компаний, которые действуют не-

---

<sup>1</sup> Для обсуждения возможного злоупотребления добровольным заявлением в немецком деле Suhrkamp, Moritz Brinkmann, *Der strategische Eigenantrag – Missbrauch oder kunstgerechte Handhabung des Insolvenzverfahrens*, in ZIP 2014. P. 197.

<sup>2</sup> Важность финансирования после открытия производства была недавно подчеркнута в Докладе Всемирного банка о предпринимательской деятельности за 2016 г. (с. 99 и далее). В случае временных процедур это соображение применяется также к финансированию после подачи заявления.

добросовестно в ситуациях, когда предприятиям до подачи заявления не удастся распорядиться своими активами таким образом, чтобы избежать судебного разбирательства. В таких случаях даже дела об активах не должны возбуждаться. Расходы в таких случаях должны нести не все участники, а государственный фонд или страховая система. И в этом случае опыт (например, в России) показывает, что те, кто занимается делами о несостоятельности и не видит никаких шансов в получении своего вознаграждения в том или ином деле, как правило, не тратят больших усилий на их решение.

308. Решение о том, продавать ли (и по какой цене) предприятие должника, имеет огромное значение для всех заинтересованных сторон. Поэтому его следует уступить тем заинтересованным сторонам, которые в первую очередь страдают от принятия неправильных решений, — необеспеченным кредиторам. Это решение непосредственно влияет на отдачу, которую они могут ожидать при распределении. В законодательстве Германии о несостоятельности этот подход отражен, поскольку в нем содержится требование о том, чтобы заключение сделки управляющего было заблаговременно утверждено решением кредитора (сделанное комитетом кредиторов или, особенно в случае инсайдерской сделки, общим собранием кредиторов). Другие юрисдикции требуют одобрения суда (см. США, Соединенное Королевство). Подробное обсуждение этого вопроса содержится в гл. 7.

309. В рамках ликвидационного производства должники (а также их акционеры и их руководство) находятся в стороне от банкротных управляющих, комитетов кредиторов и судов. И все же недавняя практика показала, что даже в таких случаях могло бы оказаться полезным решение, связанное с планом, которое охватывало бы все заинтересованные стороны. В крупных банкротствах *Lehman Brothers Holdings Inc.*, *General Motors* или *Chrysler* ликвидация и распределение (оставшихся) производственных частей регулировались планом в соответствии с гл. 11<sup>1</sup>. В Германии план несостоятельности, регулирующий передачу жизнеспособных производственных частей и ликвидацию нежизнеспособных частей регенеративного *Energien GmbH PROKON*, успешно обеспечил основу для проведения особого вида ликвидации. В целом планы перевода бизнеса и планы ликвидации должны быть доступными инструментами в рамках ликвидационного производства, так же как и в процедуре реорганизации.

---

<sup>1</sup> См.: Chrysler и GM, например: Barry E. Adler, A Reassessment of Bankruptcy Reorganisation After Chrysler and General Motors, 18 ABI L. Rev. 305 (2010).

*Процедура реструктуризации с предсказуемыми гарантиями для должника*

310. Ликвидационное производство не приносит никаких выгод должнику (за исключением, возможно, освобождения от ответственности на более позднем этапе). Если должник намерен продолжить свою предпринимательскую деятельность, то его необходимо спасти за счет реструктуризации. Преимущество варианта реструктуризации при несостоятельности заключается в том, что он может быть выгоден всем заинтересованным сторонам. Кредиторы должны будут согласиться на реструктуризацию долга в той или иной форме, однако они могут рассчитывать на получение более высоких выплат, чем при ликвидации. Должник (или руководство и акционеры должника) могли бы сохранить реструктурированное предприятие и рабочие места в значительном количестве. В целом реорганизация ограничит возможности срыва события, вызвавшего несостоятельность должника, и, следовательно, может ограничить издержки, связанные с преодолением последствий этого события.

311. Реорганизация коммерческого предприятия несостоятельного должника при ликвидации является инструментом, отвечающим основным интересам должника, с учетом эффективного варианта продажи действующего бизнеса. Таким образом, право на возбуждение такого производства должно быть предоставлено только должнику. Согласно сообщениям большинство правовых систем, в которых при несостоятельности предусматриваются отдельные процедуры реорганизации, придерживаются такого подхода. Поскольку это производство отвечает интересам должника, который в противном случае столкнется с ликвидацией, может возникнуть дело, требующее немедленного открытия такого производства, особенно в случае представления предложения о плане реорганизации. Однако, если такие процедуры допускают нарушение прав акционеров (см. гл. 8) в тех случаях, когда права акционеров недостаточно защищены в ходе реорганизационных процедур (см., например, Германию<sup>1</sup>), может потребоваться тщательный анализ оснований для открытия таких процедур. Заранее подготовленные или даже заранее утвержденные<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Этот вопрос обсуждался после опыта Suhrkamp. См.: Madaus Stephan. Schutzschirme für streitende Gesellschafter? Die Lehren aus dem Suhrkamp-Verfahren für die Auslegung des neuen Insolvenzrechts (ZIP. 2014. с. 500).

<sup>2</sup> В рамках официальных процедур реструктуризации в соответствии с рекомендованной здесь процедурной концепцией не будет утвержден предварительно согласован-

планы реорганизации могут служить основанием для немедленного открытия процедуры; однако они не должны быть обязательными для начала такой процедуры.

312. Взаимосвязь между ликвидацией и вариантом реорганизации для несостоятельных должников должна характеризоваться тем фактом, что реорганизация позволяет найти согласованное решение и что она должна предусматривать более эффективные результаты для всех заинтересованных сторон, включая несогласных, в отличие от ликвидации. Таким образом, возбуждение процедуры реорганизации должно быть также возможным на начальном этапе ликвидационной процедуры и в случае подачи предшествующего заявления о ликвидации. А преобразование реорганизации в ликвидацию должно быть возможным только после того, как будет исключен вариант реорганизации (дальнейшее обсуждение вопроса о прекращении и преобразовании см. 1.4).

313. Наконец, процедура реорганизации должна охватывать все предприятия, которые являются неплатежеспособными (или рискуют стать таковыми) и которые не располагают ресурсами и временем для осуществления стратегии внесудебного урегулирования (см. выше 1.2.2). Для того чтобы стимулировать заблаговременное добровольное представление отчетности, такое производство должно предусматривать предсказуемый и привлекательный режим, ориентированный на должника, включая, в частности, строгое правило должника во владении (без ущерба для способности должника осуществлять обычную коммерческую деятельность), защищенное право на представление плана и автоматический и всеобъемлющий мораторий. В то же время суду и представителю кредиторов (комитету или контролеру) должно быть разрешено изучать действия должника и инициировать преобразование реорганизации в ликвидационную процедуру, как только станет ясно, что стратегия реорганизации должника не дает результатов<sup>1</sup>.

314. Процедура реорганизации может быть использована на ранних этапах только в том случае, если возбуждение такого производства четко свидетельствует общественности, особенно потребителям, деловым партнерам и акционерам, о том, что должник по-прежнему контролирует ситуацию. Поэтому процедуры реорганизации должны быть четко

---

ный план реструктуризации. Для выполнения этой конкретной задачи можно было бы использовать процедуры внесудебного урегулирования.

<sup>1</sup> Подробное обсуждение недостатков варианта реорганизации в соответствии с действующим Кодексом Германии о несостоятельности см.: Madaus Stephan, Zustand und Perspektiven der Eigenverwaltung in Deutschland, in KTS, 2015. P. 115.

отделены от обычных производств по делам о несостоятельности или ликвидации, которые в большинстве правовых систем по-прежнему носят клейменный характер. Негативный опыт в консолидированных системах, которые предусматривают лишь вариант реорганизации в рамках открытого производства по делу о несостоятельности (например, Германия<sup>1</sup>), подчеркивает важность репутационных выгод, связанных с избежанием банкротного производства в случае возбуждения процедур реорганизации.

315. Совершенно очевидно, что наличие отдельной процедуры реорганизации для несостоятельных должников с конкретными гарантиями (должник во владении, решение по плану и т.д.) не означает, что альтернативная процедура ликвидации не может или даже не должна предусматривать план (или совокупность), если такой план окажется наилучшим способом управления имущественной массой должника в интересах его кредиторов. Ликвидационные планы (которые регулируют способ продажи имущественной массы или распределения поступлений), а также компромиссные соглашения должника и кредиторов (которые позволяют должнику приобретать имущественную массу на основе плана платежей) должны быть доступными с учетом эффективной ликвидационной процедуры.

316. И наконец, любая система несостоятельности и реструктуризации, включающая вспомогательные механизмы, направленные на спасение бизнеса, будет поддерживать деятельность проблемных предприятий, а это также означает, что конкуренты других предприятий остаются на рынке, которые ушли бы из бизнеса без структурной поддержки. Любое спасение бизнеса приводит к тому, что конкурент не получает победу в конкурентной борьбе за долю на рынке. На первый взгляд этот эффект может вызывать беспокойство в связи с тем, совместима ли сложная система оздоровительных работ с принципами законодательства в области конкуренции, в частности, в связи с тем, что она представляет собой вредный вид государственной помощи для обанкротившихся предприятий<sup>2</sup>. Однако такие опасения напрасны. Во-первых, создание правовой и процедурной основы для ведения бизнеса в условиях экзистенциального кризиса не является государственной помощью, поскольку законодатель не оказывает прямой

---

<sup>1</sup> См.: Christoph G. Paulus, Ein Kaleidoskop aus der Geschichte des Insolvenzrechts, in JZ 2009, 148, 149; Eidenmüller Hors, Comparative Corporate Insolvency Law. Working Paper (2016). S. 5.

<sup>2</sup> См.: Christoph G. Paulus, Unternehmensrestrukturierung und Wettbewerb – Das Europäische Recht auf der Suche nach der richtigen Balance, in WRP. 2016. С. 1070, 1073.

поддержки отдельным компаниям<sup>1</sup>. Вместо этого законодатель формирует рынок с помощью нормативных положений, которые определяют правила и функционирование рынка, права и инструменты, доступные всем участникам рынка. Новое регулирование не является государственной помощью, потому что оно просто знаменует собой эволюцию рынка. Во-вторых, сохранение жизнеспособности конкурентов на рынке способствует конкуренции путем обеспечения более широкого круга участников рынка и тем самым способствует достижению самой цели законодательства о конкуренции в интересах потребителей на рынке. В-третьих, законодательство в области конкуренции по-прежнему имеет большое значение в тех случаях, когда в каком-либо конкретном случае применяется регулирование реструктуризации или несостоятельности. В данном случае покупка обанкротившегося предприятия может подпадать под действие законов ЕС или национальных антимонопольных законов или руководящих принципов США в отношении слияний<sup>2</sup>. Или же банкротный управляющий может действовать в нарушение законодательства о конкуренции, приобретая товары исключительно с целью их реализации в рамках продажи по частям в процессе ликвидации.

#### 1.2.4.2. Рекомендации

**Рекомендация 1.26:** Любая благоприятная реструктуризация и законодательство о несостоятельности в целях спасения предусматривают эффективную ликвидационную процедуру, которая позволяет продавать предприятие должника в качестве действующего бизнеса, освобожденного от старой задолженности. Инструмент плана несостоятельности должен быть доступен для обеспечения более гибкой ликвидации имущественной массы (например, с помощью плана ликвидации, или плана передачи, или соглашения с должником).

**Рекомендация 1.27:** Государствам-членам следует гарантировать временное продолжение деятельности предприятия должника до принятия решения о продаже, реорганизации или закрытии бизнеса. Также должна предусматриваться временная финансовая защита.

---

<sup>1</sup> Определение государственной помощи содержится в ст.107 (1) ПФЕС: «...любая помощь, предоставляемая государством-членом или через государственные ресурсы в любой форме, которая искажает или угрожает деформировать конкуренцию, отдавая предпочтение определенным предприятиям или производству определенных товаров»; Christoph G. Paulus, Op. cit. С. 1074.

<sup>2</sup> См.: Ioannis Kokkoris, *Competition Law Implications in the EU* // Rodrigo Olivares-Caminal (ed). *Expedited Corporate Debt Restructuring in the EU* (OUP 2015). С. 724–754.

**Рекомендация 1.28:** Эффективная ликвидационная процедура должна сопровождаться благоприятной для должника и предсказуемой процедурой реорганизации, которая явно отличается в глазах общест­венности от обычного производства по делу о несостоятельности (ликвидации).

**Рекомендация 1.29:** В случае конкуренции между ликвидацией (про­дажей) и реструктуризацией предпочтение должно отдаваться попыткам реструктуризации.

**Рекомендация 1.30:** Сочетание предбанкротного внесудебного уре­гулирования с эффективной процедурой реструктуризации в отноше­нии (практически) несостоятельного должника представляет собой достаточную процессуальную основу для принятия мер по спасению предприятия, особенно в тех случаях, когда в рамках формального производства по делу о несостоятельности имеются дополнительные возможности для реализации предварительно подготовленных продаж и планов несостоятельности.

**Рекомендация 1.31:** Основания для инициирования официальных процедур должны быть согласованы с учетом довольно схожих стандар­тов, уже существующих в государствах-членах. Процедура ликвидации должна инициироваться в том случае, если должник не в состоянии погасить свои долги, поскольку они подлежат погашению в течение определенного периода времени (прекращение платежа является четким показателем). Право на подачу заявления должно быть уступлено долж­нику и всем кредиторам. Производство по реструктуризации должно быть открыто, если должник подает заявление и доказывает, что он является неплатежеспособным или что несостоятельность неминуема.

#### 1.2.4.3. Общий обзор рекомендуемых процедур для спасения бизнеса

317. Все рекомендации в совокупности устанавливают процедурный показатель, включающий гибкую процедуру внесудебного урегулиро­вания при минимальном участии суда и ограниченные инструменты с официальной процедурой реструктуризации при полном участии суда и все инструменты после официальной процедуры ликвидации с полным участием суда и фокусом на ликвидацию<sup>1</sup>. Это можно резю­мировать следующим образом:

---

<sup>1</sup> Такого рода регулирование также рекомендуются OECD. См.: Adalet McGowan, M. and D. Andrews, *Insolvency Regimes And Productivity Growth: A Framework For Analysis* (OECD Economics Department Working Papers No. 1309, OECD Publishing, Paris 2016). С. 15–16 (<http://dx.doi.org/10.1787/5jlv2jqhxgq6-en>).

Сценарий 1. Процедура поддержки внесудебного урегулирования долгов и внесудебное урегулирование:

– Ситуация: должник еще не является несостоятельным и оперативно реагирует на ухудшение деловой ситуации или трудности, связанные с рефинансированием.

– Инструменты: переговоры, поддерживаемые кодексами поведения, опционально – посредник и индивидуальное приостановление вредных исполнительных мер отдельных кредиторов; переговоры по двум направлениям в целях заключения на основе консенсуса соглашения о внесудебном урегулировании с вариантом выхода «процедура поддержки внесудебного урегулирования долгов».

– Участие суда: минимальное, если оно вообще имеет место.

– Публичность: минимальная (с учетом требований о прозрачности в ходе судебного разбирательства), если таковые имеются.

Сценарий 2. (Официальная) процедура реорганизации:

– Ситуация: должник еще не является неплатежеспособным или уже неплатежеспособен с по-прежнему действующим предприятием и при наличии весьма ограниченных средств с опозданием реагирует на ухудшение деловой ситуации или трудности, связанные с рефинансированием.

– Инструменты: автоматическое приостановление исполнения требований; должник во владении с (внешним) наблюдателем; судебное разбирательство, направленное на разработку плана реструктуризации; финансовая поддержка деятельности после подачи заявления и после открытия процедуры.

– Участие суда: в полном объеме.

– Гласность: в полном объеме.

Сценарий 3. (Официальная) процедура ликвидации:

– Ситуация: должник является неплатежеспособным с по-прежнему действующим предприятием и при наличии весьма ограниченных средств с опозданием реагирует на ухудшение деловой ситуации или трудности, связанные с рефинансированием.

– Инструменты: автоматическое приостановление исполнения требований; администратор; судебное производство, направленное на эффективную ликвидацию активов должника, включая возможную продажу действующего бизнеса; финансовая деятельность после подачи заявления и после открытия процедуры; план несостоятельности, который может использоваться для отклонения от предусмотренных уставом правил ликвидации в общих интересах кредиторов.

– Участие суда: в полном объеме.

– Гласность: в полном объеме.

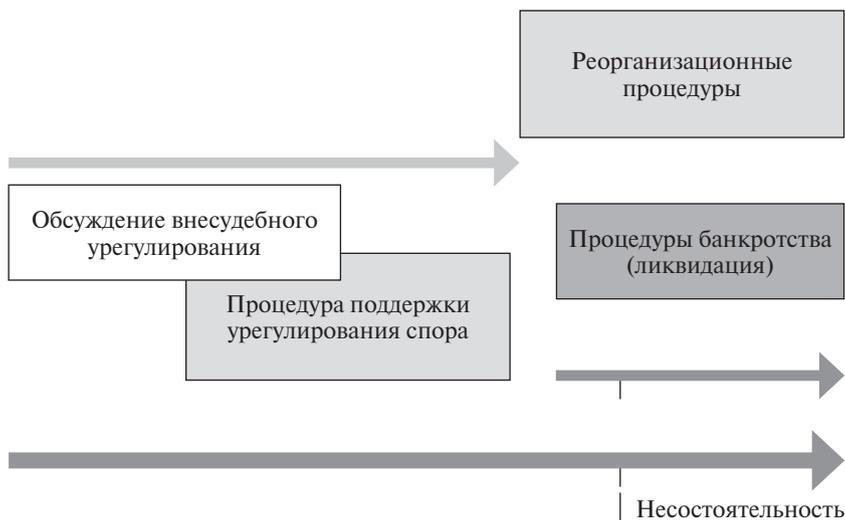


Таблица 8. Рекомендуемое сочетание процедур по делам о несостоятельности

### 1.3. Прекращение и преобразование процедур

#### 1.3.1. Прекращение процедур

318. Все процедуры реструктуризации или несостоятельности прекращаются сразу же после их успешного завершения. Окончательное постановление об утверждении плана реструктуризации прекращает реструктуризацию или позволяет завершить объединенное производство по делу о несостоятельности<sup>1</sup>. Однако в тех случаях, когда предприятие должника продается в качестве действующего бизнеса в ходе ликвидации, для распределения выручки от продажи и, возможно, ликвидации других активов или предъявления требований о возмещении убытков или компенсации ущерба, причиненного в результате вывода активов, может потребоваться определенное время.

319. Неудачные попытки спасения заканчиваются только в том случае, если такие процедуры направлены исключительно на спасение бизнеса. Поэтому производство по (только) реструктуризации обычно прекращается, как только инициатива реструктуризации терпит

<sup>1</sup> В частности, Германия (ст. 258 Кодекса о несостоятельности).

неудачу или остается незавершенной. В правовых системах с единой процедурой несостоятельности, которая представляет собой процедуру, предусматривающую ликвидацию и вариант реструктуризации (плана) (см. Германия или Австрия), неудачная инициатива должника по реструктуризации не приведет к прекращению производства, но вместо этого – увеличит усилия по ликвидации активов должника (либо в качестве действующего бизнеса, либо в форме частичной ликвидации), зачастую при условии наличия достаточных активов для покрытия расходов на ликвидационное производство (см. Нидерланды, Германия, Греция или Австрия).

320. В зависимости от процедурных требований в каждой правовой системе инициатива по реструктуризации может провалиться на различных этапах процесса. В целом предлагаемый план отклоняется судом:

- на любом этапе по просьбе должника; в некоторых правовых системах также допускается обращение должностного лица с просьбой о прекращении;
- на этапе голосования, если за план подано недостаточно голосов;
- на последующем этапе подтверждения, если суд находит причину для отказа в подтверждении; или
- на стадии обжалования, если план успешно оспорен в апелляционном порядке.

321. Кроме того, процедуры реструктуризации могут заканчиваться по причине мошенничества и бездействия. В данном случае суд, который прекращает (а иногда и преобразует) процедуру, принимает меры для предотвращения злоупотребления процедурами реструктуризации, учитывающими интересы должника.

322. Должники, которые недобросовестно обращаются со своими кредиторами, не заслуживают поддержки процедуры реструктуризации, которая призвана помочь должникам в решении финансовых проблем с кредиторами. Такая помощь оправдана лишь в том случае, если результат (реструктурированный должник с жизнеспособным предприятием) отвечает общим интересам всех сторон и должник полностью сотрудничает в достижении общей цели. Должники, которые действовали мошенническим образом до начала производства, а также должники, которые в ходе производства утаивали информацию, договаривались о тайных побочных сделках или давали ложные счета, теряли доверие своих контрагентов, что имело основополагающее значение для реструктуризации (см. 1.1). Они также разрушали саму основу любой благоприятной для должника процедуры реструктури-

зации. Вследствие этого такое производство обычно прекращается после того, как мошенничество должника было установлено судом либо *ex officio*, либо по ходатайству кредитора или другой стороны (например, государственного прокурора в Бельгии или Нидерландах)<sup>1</sup>.

323. Другой вид злоупотребления определяется бездействием должника после возбуждения процедур реструктуризации. В данном случае должник стремится воспользоваться плодами открытой процедуры, в частности мораторием, не работая в достаточной мере над решением на основе плана. Страны реагируют на такого рода злоупотребления, устанавливая строгие сроки. В наших докладах указываются сроки представления плана<sup>2</sup>, голосования<sup>3</sup> или даже подтверждения плана<sup>4</sup>. Истечение срока действия процедур реструктуризации может заканчиваться автоматически (см. Бельгия) или, как правило, прекращаться или преобразовываться судом (см. Венгрия, Латвия).

### 1.3.2. Преобразование

324. В правовых системах с отдельными процедурами реструктуризации и ликвидации непринятие мер по реструктуризации может привести не только к прекращению таких процедур, но также и к автоматическому началу другого вида судопроизводства, последнее

---

<sup>1</sup> В Италии суд может аннулировать любое подтвержденное соглашение о реструктуризации, если *commissario giudiziale* (осуществляющий надзор за должником) сообщит о том, что должник, обладая скрытыми активами, умышленно не сообщил об одном или нескольких требованиях и утверждает о существовании непогашенных требований, существующих активах или других актах мошенничества, о которых говорится в ст. 173 Закона о несостоятельности.

<sup>2</sup> Австрийский кодекс реструктуризации (*URG*): продление срока на 60 дней, на 30 дней; французская процедура *Sauvegarde* и реструктуризация: 6 месяцев, продление на 6 месяцев (дважды); французская ускоренная процедура *Sauvegarde*: на 3 месяца и продление на 1 месяц (дважды); Процедура реструктуризации в рамках производства по делу о банкротстве в Греции: продление на 3 месяца и на 1 месяц; процедура в Венгрии: продление на 120 дней и на 120 дней на основании результатов голосования кредиторов в общей сложности на один год; процедура в Италии: продление на 60 дней и на 120 дней; уведомление в соответствии с испанской процедурой *5-bis*: мораторий на 3 месяца.

<sup>3</sup> См.: австрийская Процедура по реструктуризации при несостоятельности: 60–90 дней; латвийская процедура по реструктуризации: 2 месяца, продление на 1 месяц с согласия кредиторов.

<sup>4</sup> Процедура реструктуризации в Бельгии: 6 месяцев, 6 месяцев дважды; администрация в Соединенном Королевстве: 12 месяцев (может быть продлено по решению суда или на 6 месяцев с согласия кредиторов); французская примирительная процедура: 5 месяцев; латвийская процедура реструктуризации: 2 года, 2 года с согласия кредиторов; вариант реструктуризации в Швеции: 3 месяца, 3 месяца продление.

означает, что одна процедура преобразуется в другую — обычно в ликвидационную процедуру. Вместе с тем иногда также преобразуются в реструктуризационные процедуры, если в какой-либо правовой системе предусматривается несколько видов процедур реструктуризации (см., например, Австрия, Бельгия или Франция).

325. Хотя в международных стандартах<sup>1</sup> рекомендуется быстрое преобразование неудавшейся реструктуризации в процедуру ликвидации, наши доклады показывают, что существует лишь несколько юрисдикций, в которых суду, осуществляющему надзор за реструктуризацией, фактически разрешается не только прекращать, но также преобразовать в процедуру ликвидации неудавшееся реструктуризационное производство *ex officio* (см., в частности, Латвия, реструктуризация в производстве по делу о несостоятельности)<sup>2</sup>. Как правило, для такого преобразования требуется просьба лица, имеющего право подать заявление о применении нового вида процедуры (должника, кредитора или государственного прокурора, см., например, Греция, Италия, Франция или Швеция). Кроме того, суду может потребоваться провести проверку несостоятельности до преобразования процедуры в другую процедуру (см., например, преобразование греческого производства по взысканию средств); простой факт неудачной реструктуризации является достаточным основанием для открытия ликвидационного производства в данном случае. В некоторых юрисдикциях не предусматривается даже какой-либо конверсии (см., например, Испания или Польша).

### 1.3.3. Возобновление разбирательства

326. Вопрос о возобновлении разбирательства актуален в трех совершенно разных сценариях.

327. Во-первых, в случае неудачи процедуры реструктуризации, которая была преобразована в производство по делу о несостоятельности, может быть вновь открыта, если должнику будет разрешено запросить его для того, чтобы предложить новый план (см., в частности, Австрия, а также Германия).

328. Во-вторых, реорганизация, которая успешно завершилась утверждением плана, может быть возобновлена, если положения плана

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 158; Принципы Всемирного банка (2016), Принцип C1(iv) и Принцип C14.3.

<sup>2</sup> Также в Нидерландах ст. 272 (4) Закона Нидерландов о банкротстве.

окажутся невыполнимыми. Такие неудачные планы не могут быть просто изменены при возобновлении производства в большинстве юрисдикций (единственным исключением, как представляется, является Франция). Таким образом, единственный способ изменить устаревшие положения плана заключается в том, чтобы начать с нуля и начать новый раунд процедур реструктуризации<sup>1</sup>. Такая просьба требует новых процедур с участием (возможно) нового судьи и другого специалиста по вопросам несостоятельности.

329. Третье, и последнее, ликвидационное производство может быть возобновлено, если после завершения первоначального ликвидационного производства появятся новые активы (зачастую деньги от успешного судебного разбирательства). В данном случае лишь в нескольких правовых системах допускается полное возобновление ликвидационного производства (т.е. во Франции или Испании). Чаще законодатели предусматривают упрощенное распределение между бывшими специалистами по вопросам несостоятельности под надзором бывшего суда (см. Австрия, Венгрия, Швеция или Нидерланды). В соответствии с альтернативным подходом в некоторых правовых системах было принято решение о распределении во внесудебном порядке (Бельгия и Польша) или просто о распределении таких активов в пользу государства (Соединенное Королевство). Если ликвидируемым должником является компания, которая уже была исключена из реестра компаний, то компания обычно (за исключением Англии и Уэльса) не возобновляет свою деятельность в ходе дополнительного распределения. Таким образом, инвестиции в ликвидируемые компании, как правило, не являются жизнеспособной стратегией для захвата корпоративного холдинга (например, по налоговым соображениям).

#### 1.3.4. Мотивы рекомендаций

330. Эффективные средства прекращения попыток реструктуризации, а также ликвидации имеют жизненно важное значение для любой эффективной структуры. Они предотвращают задержку в производстве, которая приведет лишь к издержкам, но не решают проблем должника или кредиторов. Таким образом, инструменты прекращения и конверсии не допускают злоупотребления процедурами теми заинтересован-

---

<sup>1</sup> В США такие новые раунды плановых процедур обычно называются «глава 22» или «глава 33»; см.: Харви Р. Миллер и Шай И. Вайсман, Глава 11 Банкротство, 47 В.С.Л. Rev. 129, 156–157 (2005).

ными сторонами, которые пользуются расширенной, но бесполезной процедурой (например, нежизнеспособный должник или специалисты с платными процентами). Они более необходимы в тех случаях, когда риск злоупотреблений либо выше, либо когда другие средства защиты практически отсутствуют.

### *Предбанкротное производство*

331. Что касается предбанкротного производства, то процедуры первого типа (процедуры, поддерживающие процедуру урегулирования долгов) основываются на плане, предложенном должником и принятом большинством кредиторов, который доказывает, что должник не использует эту процедуру для уклонения от кредиторов. Быстрое привлечение суда к заключительной стадии процедуры также не дает возможности для значительных задержек, если апелляция автоматически не приостанавливает осуществление утвержденного плана. Вероятность задержек и злоупотреблений в рамках таких процедур была бы возможной только в том случае, если бы законодатели предусмотрели мораторий или мораторий в отношении некоторых или даже всех кредиторов до принятия плана значительным большинством кредиторов (что мы не рекомендуем; см. Рекомендацию 2.06). Такое приостановление должно действовать лишь в течение весьма короткого периода времени, который, как оказалось, потребуются должникам для завершения уже начатых переговоров по реструктуризации<sup>1</sup>.

332. Возможность злоупотребления со стороны должников более актуальна в рамках процедур второго типа (процедуры реструктуризации до наступления несостоятельности; см. 1.1.2). Должник может начать такое производство без четкой стратегии спасения, обусловленной лишь настоятельной необходимостью введения моратория. Если законодатели решат ввести такую процедуру (вопреки нашей рекомендации, см. Рекомендацию 1.30), им следует определить четкие и короткие сроки достижения должником основных этапов, например, для представления плана, иметь план, принятый на собрании кредиторов, и иметь план, утвержденный судом. В наших докладах указывается, что первоначальный период в три месяца, который может быть продлен постановлением суда, если это целесообразно, является

---

<sup>1</sup> См., например, льготы в отношении моратория до наступления несостоятельности в гл. XV Рекомендаций стран Северной Европы и стран Балтики по законодательству о несостоятельности.

коротким, но адекватным. Производство по делу о несостоятельности должно завершиться по его истечении. Однако они не должны преобразовываться в ликвидационные процедуры, поскольку еще предстоит доказать, что должник фактически является несостоятельным после того, как производство потерпело неудачу.

### *Реорганизационные процедуры*

333. Наличие моратория также характерно для процедур реорганизации, которые мы рекомендуем для (близких) неплатежеспособных должников. Возникающий в результате стимул к злоупотреблениям со стороны должников должен также побуждать законодателей к определению коротких и четких сроков для процедурных этапов (см. выше). По истечении таких сроков суд должен быть компетентен не только прекратить производство, но и автоматически преобразовать реструктуризацию в производство по делу о несостоятельности. В данном случае (неминуемая) несостоятельность должника уже установлена (или должна быть установлена на специальной основе), и не следует терять времени до того, как какой-либо специалист по вопросам несостоятельности возьмет на себя управление предприятием, особенно если это по-прежнему оставляет за собой право на коммерческое спасение с точки зрения продажи действующего бизнеса или реструктуризации плана несостоятельности.

### *Ликвидационные процедуры*

334. Ликвидационное производство должно давать назначенному специалисту по вопросам несостоятельности возможность изучить предприятие и варианты его спасения. По-прежнему должны быть рассмотрены все варианты, в том числе продажа действующего бизнеса и решение по плану несостоятельности, разработанное специалистом по вопросам несостоятельности или даже должником. Даже если с реалистической точки зрения большинство дел о несостоятельности, вероятно, будет решаться по частям, все заинтересованные стороны все же должны иметь возможность добиться иного результата, начав продажу предприятия или разработав план решения. На данном этапе кредиторам (или судьям, обладающим экономической компетенцией) следует решить, следует ли проводить быструю частичную ликвидацию для того, чтобы выставить предприятие на аукцион в качестве действующего бизнеса, или для того, чтобы провести совещание для обсуж-

дения и голосования по плану. В случае неудачи последних решений за ними последует частичная ликвидация. Такая взаимозаменяемость решений, контролируемых кредиторами, до быстрой частичной ликвидации оказалась эффективной основой для неплатежеспособных компаний всех размеров в Германии.

### **1.3.5. Рекомендации**

**Рекомендация 1.32:** Государствам-членам следует определить четкие и короткие сроки, в течение которых должник может достичь основных этапов в процедурах, которые предусматривают мораторий или мораторий для должника до того, как кредиторы проголосуют в поддержку плана.

**Рекомендация 1.33:** Государствам-членам следует уполномочить суды преобразовывать производство по реструктуризации в производство по делу о несостоятельности (с ликвидационным уклоном) только в том случае, если (неизбежная) несостоятельность должника уже установлена.

**Рекомендация 1.34:** Государствам-членам следует предусмотреть общее производство по делу о несостоятельности, позволяющее осуществлять быструю и эффективную частичную ликвидацию, а также быструю продажу предприятия должника или иной вид решения, даже реструктуризацию, на основе плана несостоятельности, принятого кредиторами и утвержденного судом.

## ГЛАВА 2

### ФИНАНСИРОВАНИЕ СПАСЕНИЯ

335. С началом внесудебной реструктуризации, процедуры поддержки такой реструктуризации или формального производства по делу о несостоятельности предприятие вступает в новую фазу своего жизненного цикла, что приводит к реструктуризации бизнеса или, в случае неудачи при реструктуризации, ликвидации его активов. Данный этап также повлечет за собой новые расходы, включая плату за привлечение консультантов (юридические, финансовые, антикризисные) и, возможно, суда и управляющих. Кроме того, необходимо преодолеть нехватку денежных средств, чтобы обеспечить продолжение деятельности на время разбирательства (промежуточное (временное) финансирование), а также для осуществления успешных мер по реструктуризации после завершения производства (новое финансирование или финансирование реализации плана). Учитывая финансовое положение проблемного бизнеса, предоставление финансирования для покрытия этих расходов обычно требуется от кредиторов, а не от акционеров. В то же время мораторий на принудительные действия и платежи может служить ценным инструментом для обеспечения поступающего денежного потока, а также ограниченных резервов денежных средств для восстановительных мероприятий. В этой главе мы оцениваем такие денежные инструменты.

#### 2.1. Новое финансирование (свежие деньги)

##### 2.1.1. Терминология

336. Терминология, обычно применяемая для описания финансов, получаемых проблемными предприятиями с целью обеспечения продолжения бизнеса, а также мер по реструктуризации, довольно разнообразна. Опираясь на международные инструменты, она включает в себя широкий спектр терминов, таких как: «новое финансирование», «финансирование после открытия производства», «финансирование после банкротства», «новое приоритетное финансирование», «новое финансирование», «дополнительное финансирование», «новые деньги», «свежие деньги» и «промежуточное

финансирование»<sup>1</sup>. Кажется уместным принципиально разграничить два типа финансирования.

### *Промежуточное финансирование*

337. Сразу после вступления в процесс реструктуризации, в частности, после начала публичных формальных процедур, компании часто требуются дополнительные средства для удовлетворения потребностей в денежных средствах для ведения бизнеса в обычном режиме. Поставки должны быть заказаны и оплачены, заработная плата и другие административные расходы подлежат оплате. Соглашение о финансировании, которое должник заключает в период между (ходатайством или) началом (формального) разбирательства и его завершением или прекращением, в законодательстве США о банкротстве и в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов называется «финансирование после открытия производства»<sup>2</sup>. Такие средства получают для продолжения обычной деятельности и, таким образом, для сохранения стоимости имущества должника в виде действующего предприятия. Поскольку такие кредитные соглашения часто должны быть погашены после прекращения производства, мы предпочитаем называть их «временное (промежуточное) финансирование»<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См., например: Американский юридический институт, Транснациональная несостоятельность: сотрудничество между странами НАФТА: Принципы сотрудничества между странами НАФТА (2000), Процедурный принцип 19; INSOL International: Принципы внесудебной реструктуризации II (2017), Комментарий к Принципу восьмому; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), часть вторая (II), Рекомендации 63 и 64; Основные принципы ЕБРР для режима законодательства о несостоятельности (2004), Принцип 8; Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С16.2; Американский юридический институт и Международный институт несостоятельности, Глобальные принципы сотрудничества в международных делах о несостоятельности (2012), Принцип 31; Европейское руководство по коммуникации и сотрудничеству в отношении трансграничной несостоятельности (2007), Руководство 14.2; Рекомендация Комиссии (2014) 6 (е); Руководство ЕС по трансграничному сотрудничеству между судами (2015), Принцип 23; Директива о предложениях реструктуризации (2016), ст. 2 (11) и 2 (12), а также Скандинавско-Балтийская сеть неплатежеспособности, «Скандинавско-Балтийская рекомендация по законодательству о несостоятельности» (Стокгольм: Wolters Kluwer, 2016). С. 74, 7.

<sup>2</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 94.

<sup>3</sup> Государства-члены также могут иметь конкретный термин; см., например, Германия: Massekredit.

## *Новое финансирование*

338. Четко отличается от промежуточного финансирования еще один вид кредитования в ходе реструктуризации, удовлетворяющий потребности в дополнительных денежных средствах для осуществления мер по реструктуризации после принятия плана в ходе успешных внесудебных реструктуризаций или процедур. Если реализация плана не финансируется за счет привлечения нового капитала, кредитные соглашения предусматриваются в финансовой схеме плана, которую мы называем «новое финансирование», термин, который хорошо вписывается как во внесудебно-реструктуризационные и формальные рамки, так и в европейский институт несостоятельности и терминологию реструктуризации<sup>1</sup>.

### **2.1.2. Значимые вопросы из национальных отчетов**

#### **2.1.2.1. Новое финансирование**

339. Национальные обзоры законодательства показывают, что во многих юрисдикциях признается важность нового финансирования в попытке спасти проблемные предприятия или максимизировать стоимость действующего бизнеса, путем включения в свое законодательство специальных положений<sup>2</sup>. Как правило, такие соглашения являются неотъемлемой частью финансовой схемы плана реструктуризации и регулируются соответствующими правовыми режимами, это означает, что суды утверждают план реструктуризации, основанный на согласии кредиторов<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: ст. 16 Директивы о предложениях реструктуризации (2016), в которой проводится различие между промежуточным и новым финансированием. Используют аналогичную терминологию: Jennifer Payne and Janis Sarra. *Tripping the Light Fantastic: A comparative analysis of the European Commission's proposals for new and interim financing of insolvent businesses* (готовится к публикации).

<sup>2</sup> К странам, которые не имеют конкретных правовых положений о новом финансировании, относятся Англия и Уэльс, Венгрия, Нидерланды и Польша. Другие страны ввели конкретные правовые положения о новом финансировании, в том числе Бельгия (судебная реорганизация, см., например, ст. 37 ВСА), Франция (см., например, ст. L. 611-11), Греция (см., например, ст. 154 (а) ГВС), Латвия (см., например, п. 40, разд. 5 латвийского Закона о несостоятельности), Испания (см., например, ст. 84 (11) ЛК) и Швеция (см., например, разд. 10 Закона о приоритетах Швеции (1970: 979) (Sw. Förmånsrättslag).

<sup>3</sup> Это относится, в частности, к Австрии, Бельгии, Германии, Греции, Испании, Франции, Венгрии, Италии, Нидерландам, Польше и Швеции. См. п. 8.5.1 и 8.5.2 в части процесса и критериев для рассмотрения и подтверждения нового финансирования.

340. Распространенным способом защиты интересов кредиторов, предоставляющих новое финансирование, является предоставление им приоритета при возможной последующей несостоятельности. Во многих юрисдикциях такой приоритет доступен для требований, вытекающих из новых финансовых соглашений, если такая привилегия была явно оговорена в плане или подлежит отдельному подтверждению в суде<sup>1</sup>. Лишь немногие юрисдикции имеют опцию по предоставлению приоритета для требований о возврате нового финансирования<sup>2</sup>. Если приоритет предоставляется, требования о возврате нового финансирования имеют преимущество перед необеспеченными требованиями. Во Франции, однако, сообщается о суперприоритете, означающем, что требования, вытекающие из подтвержденных новых финансовых соглашений в процедуре сохранения (*Prodedure de Sauvegarde*) или судебной ликвидации (*Liquidation judiciaire*), превосходят других обеспеченных и необеспеченных кредиторов.

Защитные возражения (*Safe harbours*) для требований из нового финансирования от исков об оспаривании доступна в нескольких юрисдикциях (Австрия, Греция, Франция и Италия). Опять же в некоторых юрисдикциях не предусмотрена особая защита от заявлений о возврате, как в случае Польши, Англии и Уэльса.

### 2.1.2.2. Промежуточное (временное) финансирование

341. Промежуточное финансирование требуется только для привлечения денежных средств с целью проведения разбирательства, в котором должен быть обеспечен наилучший возможный результат. Финансирование действующего бизнеса в течение ограниченного периода времени с целью принятия решения о плане спасения или продаже действующего предприятия по своей природе основано на предположении о целесообразности такого решения. Если впоследствии такое решение окажется невозможным, бизнес все равно будет закрыт, но дополнительные необеспеченные финансовые расходы будут покрываться всеми необеспеченными кредиторами, поскольку кредитору, предоставившему промежуточное финансирование, платят в первую очередь. Следовательно, любое решение принять

<sup>1</sup> См. Австрия, Бельгия, Германия, Греция, Франция, Италия, Латвия, Нидерланды и Швеция.

<sup>2</sup> См., например, Англия и Уэльс в части внесудебной реструктуризации (*workout*), Схемы урегулирования (*Schemes of arrangements*), Добровольные соглашения об урегулировании (*Company voluntary arrangements*), а также Венгрия и Польша.

промежуточное финансирование — это вопрос о дополнительных административных расходах на имущество. Как таковой он имеет отношение к выплате всем необеспеченным кредиторам. Поэтому любой правовой режим должен защищать их законные интересы, влияющие на это решение о заимствовании. Привлечение управляющего или (и) одобрение судом являются возможными вариантами защиты их интересов.

342. В рамках формального производства по делу о несостоятельности управляющий, как правило, привлекает промежуточное финансирование<sup>1</sup>. В случае производства по делу с должником во владении (*debtor in possession*) одобрение управляющего может быть обязательным, например, в ходе австрийского производства по реорганизации с самоуправлением должник может вести переговоры о временном финансировании, но потребуются одобрение такого управляющего. В других судебных решениях одобрение управляющего для заключения временных соглашений о финансировании не является обязательным, но только такое утверждение предоставит кредиторам особую защиту или приоритет для требований о погашении. Например, в Швеции требования, вытекающие из соглашений, заключенных в ходе реорганизации компании, имеют общий приоритет только в тех случаях, когда эти соглашения были утверждены управляющим<sup>2</sup>. В юрисдикциях, в которых нет конкретных положений о промежуточном финансировании (например, в Венгрии или Англии и Уэльсе), роль управляющего (*insolvency practitioner*) не определена.

343. Другие юрисдикции могут требовать одобрения суда, а не управляющего (см. Italy<sup>3</sup>). Кроме того, в некоторых юрисдикциях требуется одобрение самого должника или комитета кредиторов. Например, в Австрии (*URG Proceedings*) управляющий должен получить от комитета кредиторов утверждение промежуточного финансирования<sup>4</sup>. В Германии комитет кредиторов также должен утвердить соответствующее промежуточное финансирование<sup>5</sup>.

344. Как правило, требования по промежуточному финансированию имеют приоритет административных расходов, что означает, что они обычно опережают реестровых кредиторов (*pre-commencement*

<sup>1</sup> См., например, в Австрии, Бельгии, Германии, Нидерландах.

<sup>2</sup> Раздел 10 шведского Закона о приоритетных правах (1970: 979) (Sw. Förmånsrättslag).

<sup>3</sup> Статья 182quinquies Итальянского закона о несостоятельности.

<sup>4</sup> Закон Австрии о несостоятельности, § 114.

<sup>5</sup> § 160 (2) Nr. 2 InsO.

*creditors*), но не влияют на права обеспеченных кредиторов<sup>1</sup>. Однако в Бельгии промежуточное финансирование может опережать обеспеченных кредиторов. Хотя, в принципе, промежуточное финансирование классифицируется как административный расход, промежуточное финансирование, предоставленное в процессе судебной реорганизации и подтвержденное бельгийским судом, может иметь приоритет перед обеспеченными кредиторами, когда и в той степени, в которой обеспеченные кредиторы сами извлекли выгоду из такого финансирования<sup>2</sup>.

### 2.1.3. Значимые международные тенденции

#### *Промежуточное (после открытия производства) финансирование*

345. Ведущим документом по вопросам предоставления промежуточного финансирования является Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности, части I и II (2004) (Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ)<sup>3</sup>. Такое финансирование поощряется, в частности, на раннем этапе, для обеспечения непрерывности бизнеса в отношении как реорганизации, так и ликвидационного производства<sup>4</sup>. Кроме того, Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ рекомендует, чтобы в любом законодательстве о несостоятельности рассматривалось «признание необходимости такого финансирования после открытия производства, предоставление ему разрешения и создание приоритета или обеспечения для погашения кредитора»<sup>5</sup>. Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ сформулировало это более конкретно, в частности, в следующих рекомендациях:

63. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть облегчение и стимулирование привлечения средств после открытия производства, если управляющий в деле о несостоятельности сочтет это необходимым для продолжения функционирования или обеспечения выживания предприятия должника или для сохранения или увеличения

---

<sup>1</sup> См., например, в Австрии, Бельгии, Германии, Италии, Латвии, Нидерландах, Швеции, Великобритании.

<sup>2</sup> Статья 37 Закона Бельгии о продолжении бизнеса.

<sup>3</sup> Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), часть вторая (II), 94–107.

<sup>4</sup> Там же, 95.

<sup>5</sup> Там же, 97.

стоимости активов имущественной массы. Законодательство о несостоятельности может содержать требование в отношении получения разрешения суда или кредиторов на привлечение финансирования после открытия производства.

64. В законодательстве о несостоятельности следует установить приоритет, который может быть предоставлен финансированию после открытия производства и который будет обеспечивать по крайней мере то, что платеж предоставившему финансовые средства после открытия производства будет осуществляться в первоочередном порядке по отношению к обычным необеспеченным кредиторам, включая необеспеченных кредиторов, имеющих административный приоритет.

65. В законодательстве о несостоятельности следует предусмотреть возможность предоставления обеспечительного интереса в связи с возвращением финансовых средств, привлеченных после открытия производства, в том числе обеспечительного интереса в необремененных активах, включая активы, приобретенные после открытия производства, либо субординированного или менее приоритетного обеспечительного интереса в уже обремененных активах имущественной массы<sup>1</sup>.

346. С тем, чтобы обеспечить кредитору получение погашения, приоритет должен быть предоставлен для финансирования после открытия производства или, как это здесь называется, промежуточного финансирования, что приводит (по крайней мере) к приоритету перед необеспеченными кредиторами (который часто называют административным приоритетом) и, где это предпочтительно, также обеспечительный интерес по необремененным или обремененным активам<sup>2</sup>. Для распространения обеспечения по обремененным активам с более высоким рейтингом потребуются главным образом согласие (текущих) держателей обеспечения и (или) судебное подтверждение<sup>3</sup>. Приоритет для финансирования после открытия производства должен быть признан и в случае, когда реструктуризационное производство преобразовывается в ликвидационные процедуры<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Рекомендации 63–65.

<sup>2</sup> Рекомендации 64 и 65. В большинстве международных документов рекомендуется уделять первоочередное внимание новому финансированию, включая ЕБРР, Основные принципы правового режима о несостоятельности (2004), Принцип 8; Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С9.2; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2010), Рекомендация 215, и Руководство ЕС по трансграничному сотрудничеству между судами (2015), Принцип 23.

<sup>3</sup> Рекомендации 66 и 67.

<sup>4</sup> Рекомендация 68.

347. В некоторых других международных документах также указывается, что для получения промежуточного финансирования требуется судебное подтверждение, по крайней мере в тех случаях, когда новое финансирование предоставляется за пределами обычной хозяйственной деятельности<sup>1</sup>. Если разрешение суда не требуется, уполномоченный в деле о банкротстве (*insolvency practitioners*) может все же нести личную ответственность за погашение таких займов<sup>2</sup>.

348. Что касается приоритета, то подход в соответствии с Кодексом о банкротстве США сопоставим с Рекомендациями Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов. Из разд. 364 Кодекса о банкротстве США следует, что финансированию после открытия производства (в рамках обычной хозяйственной деятельности) будет предоставлен автоматический административный приоритет по отношению к ранее существовавшим необеспеченным кредиторам. Тем не менее получение необеспеченного финансирования, возникшего за пределами обычной хозяйственной деятельности, также будет подтверждено административным приоритетом после подтверждения судом. Приоритет перед существующими обеспеченными кредиторами возможен при определенных конкретных условиях, включая: (i) судебное подтверждение; (ii) случаи получения кредита, который иначе не мог быть получен; и (iii) предоставление адекватной защиты реестровым обеспеченным кредиторам до начала работы. Комиссия Американского института банкротства (Комиссия ABI) по изучению реформы гл. 11 Кодекса о банкротстве США (Отчет ABI) признала, что эти последние два ограничения на практике оказались узким местом<sup>3</sup>. Тем не менее предоставление финансовых средств после открытия производства увеличивает шансы проблемного бизнеса выбрать реорганизацию вместо ликвидации. Комиссия ABI считала, что любые положения, касающиеся финансирования после открытия производства, должны, следовательно, «позволять сторонам заключать рыночные соглашения, которые не выходят за рамки или не оказывают негативного влияния на права других заинтересованных сторон, помимо условий, необходимых для получения кредита после

<sup>1</sup> Рекомендация Комиссии (2014) 6(е) и 28; Отчет ABI (2014), IV. В. 2.

<sup>2</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), п. 101 или немецкое право несостоятельности (Положение о несостоятельности, 61).

<sup>3</sup> Отчет ABI (2014), IV. В. 2; см. также: Bob Wessels and Rolef J. de Weijts (eds.), *International Contributions to the Reform of Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code* (European and International Insolvency Law Studies 2, Den Haag: Eleven International Publishing 2015).

начала производства (postpetition credit) в конкретном случае»<sup>1</sup>. В этой связи Комиссия АВИ признала, в частности, риски злоупотребления таким финансированием, особенно в отношении положений, касающихся резервирования и перекрестного обеспечения. Например, в тех случаях, когда в соответствии с такими положениями финансирование получают от реестровых кредиторов, что обеспечивает им дополнительную защиту по их предбанкротным (реестровым) требованиям<sup>2</sup>.

349. Для членов (многонациональной) предпринимательской группы промежуточное финансирование будет иметь такое же значение, как и для любых обычных предприятий, находящихся в бедственном положении. В дополнение к общим источникам, имеющимся для получения новых финансовых средств для находящихся в бедственном положении предприятий, в контексте группы такое финансирование может быть также получено от одного из членов группы. Принципы Всемирного банка предусматривают, что механизмы внутригруппового финансирования должны иметься в наличии и при необходимости пользоваться поддержкой как судов, так и управляющих<sup>3</sup>.

350. Что касается Европы, то Европейская комиссия не только выступает за создание защитных возражений на случай оспаривания для нового и временного финансирования в поддержку реструктуризации, исключаящего оспаривание и ответственность, но и поддерживает приоритет для нового финансирования в случае последующей несостоятельности<sup>4</sup>.

### *Новое финансирование (план)*

351. Конкретные рекомендации в отношении финансирования мер реструктуризации, осуществляемых после согласования плана, еще не опубликованы.

---

<sup>1</sup> Отчет АВИ (2014), IV. В. 2.

<sup>2</sup> Отчет АВИ (2014), IV. В. 2. См. также: Bob Wessels and Rolf J. de Weijts (eds.), *International Contributions to the Reform of Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code* (European and International Insolvency Law Studies 2, Den Haag: Eleven International Publishing 2015). Part A.

<sup>3</sup> Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С16.2; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2010), Рекомендации 211–216, и Руководство ЕС по трансграничному сотрудничеству между судами (2015), Принцип 23.

<sup>4</sup> См.: Директива о предложениях реструктуризации (2016), п. 31 и ст. 16 (2) и 17 (4).

#### 2.1.4. Мотивы рекомендаций в отношении промежуточного и нового финансирования

352. С учетом национальных и международных тенденций очевидно, что предоставление свежих денег играет важную роль в любых попытках спасти проблемный бизнес. Во многих случаях компании, испытывающие финансовые трудности, остро нуждаются во временном финансировании для обеспечения необходимого оборотного капитала для краткосрочного продолжения обычной коммерческой деятельности, пока ведутся переговоры и завершается разработка плана реструктуризации и нового финансирования для осуществления предусмотренных в нем мер. В большинстве правовых систем эти две формы финансирования конкретно не выделяются, хотя правовые рамки для заключения соглашений о промежуточном и новом финансировании во всех случаях существенно различаются. Во время как новое финансирование и возможная защита требований о погашении (приоритет) обычно утверждаются в рамках плана реструктуризации и, таким образом, в большинстве юрисдикций, одобрены кредиторами и подтверждены судом (см. гл. 8), промежуточное финансирование предоставляется в ожидании такого плана реструктуризации, часто заключается управляющим имущественной массой (управляющим или должником во владении) — таким образом, пользуется привилегией административных расходов, а иногда подлежит дополнительному утверждению судом, комитетом кредиторов или — в случае должника во владении — надзорным органом.

353. Поскольку предпосылки и цель этих двух видов финансирования различны, такой отдельный режим оправдан для того, чтобы создать надежную основу для обеспечения нового и промежуточного финансирования. Промежуточное финансирование обычно предоставляется в начале разбирательства, когда время имеет существенное значение, и решение о кредитовании должно приниматься в соответствии со значимыми временными ограничениями. Поэтому любое соглашение о промежуточном финансировании должно быть заключено с минимальными формальностями, насколько это возможно. Как правило, администратор имущества (управляющий или должник во владении (IP или DIP)) должен быть компетентен самостоятельно принимать решение о заимствовании и мотивирован личной ответственностью в случае последующей нехватки имущественной массы для возврата средств. Только в том случае, если такое решение о заимствовании приведет к значительным административным расходам и, следовательно, может повлиять на пропорциональную выплату не-

обеспеченных кредиторов, должно быть обязательным подтверждение суда или предпочтительно комитета кредиторов.

354. В отличие от приведенного примера новое финансирование позволяет осуществлять деятельность в соответствии с планом реструктуризации и, таким образом, очевидно, подчиняется правилам планов реструктуризации, которые обычно включают одобрение кредиторов и судебное подтверждение. Поэтому любой приоритет в последующей несостоятельности после неудачной попытки спасения должен зависеть от конкретного положения в плане реструктуризации и, следовательно, требовать одобрения кредитора и суда. Любой дополнительный (автоматический) приоритет не кажется ни адекватным, ни обязательным. Даже в случае внесудебной реструктуризации, когда заинтересованные кредиторы добровольно идут на соглашение о реструктуризации, приоритет для возврата нового финансирования требует условий плана и дополнительного судебного одобрения финансовой части соглашения. Только таким образом обеспечивается значимая открытость с тем, чтобы новые кредиторы знали, что они могут столкнуться с существенным льготным кредитором, если должник снова обанкротится.

355. В отличие от приоритета положения о защитных возражениях от ответственности займодавцев или от претензий по возврату ими долга должны иметь законодательную основу как для промежуточного, так и для нового финансирования. Здесь необходима определенность в моменте принятия решения о кредитовании. Такие положения должны предусматривать ответственность или возмещение ущерба только в том случае, если кредиторы действовали недобросовестно.

356. Что касается обеспечения кредиторам промежуточного или нового финансирования, существуют различные варианты защиты их интересов. Во-первых, обеспечение может быть предоставлено в части неизрасходованных активов. Так как таковое может отсутствовать во многих случаях, во-вторых, требуется участие обеспеченных реестровых кредиторов, чтобы предоставить новое первоочередное обеспечение существующим активам. Для этих вариантов применимы и достаточны общие нормы гражданского права. В-третьих, новый первоочередной приоритет может быть предоставлен по решению суда (суперприоритет), как это возможно в соответствии с Кодексом о банкротстве США (sect. 364). Однако такой вариант может существенно повлиять на практику предоставления кредитов под залог. Вместо этого дополнительное личное обеспечение, особенно в форме личной ответственности управляющего за погашение промежуточного финансирования, представляется менее навязчивым и в то же время практичным способом, как показывает обычная практика (например, в Германии).

### 2.1.6. Рекомендации в отношении нового и промежуточного финансирования

**Рекомендация 2.01:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы управляющий имуществом (уполномоченный в деле о банкротстве или должник во владении) имел право получать промежуточное финансирование на свое усмотрение в той мере, в какой оно получается для продолжения обычной деятельности, и тем самым, чтобы сохранить стоимость предприятия действующего бизнеса (*going concern*) должника. Реализация этого права должна быть обеспечена личной ответственностью при неспособности погасить требование о возврате финансирования из имущественной массы должника. Только в том случае, если такое решение о заимствовании приведет к значительным административным расходам, судебное подтверждение или предпочтительно одобрение комитета кредиторов должны быть обязательными.

**Рекомендация 2.02:** Государствам-членам следует предусмотреть, что любой приоритет для требований о возврате финансовых средств из нового финансирования (предоставленного для реализации плана) при последующей несостоятельности требует специального положения в плане реструктуризации и, следовательно, требует одобрения кредиторов и суда. В случае внесудебной реструктуризации приоритет для новых финансов требует также соответствующего пункта в соглашении и дополнительного судебного одобрения финансовой части соглашения.

**Рекомендация 2.03:** Государствам-членам следует предусмотреть установленные законом защитные возражения для кредиторов, предоставивших промежуточное или новое финансирование, от ответственности или возврата полученного в случае последующей (формальной) несостоятельности.

**Рекомендация 2.04:** Предоставление гарантий для кредиторов из промежуточного или нового финансирования должно соответствовать общим нормам гражданского права.

## 2.2. Приостановление (мораторий)

### 2.2.1. Введение

357. Приостановление (иногда используется термин «мораторий») представляет собой инструмент, с помощью которого обязательства должника по оплате одного или нескольких своих кредиторов за опре-

деленный период откладываются, а кредиторы должника в течение этого же периода отстранены от принудительного взыскания в отношении корреспондирующих требований. В контексте несостоятельности Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов определяет «мораторий» следующим образом: «...мера, которая предотвращает возбуждение – или приостанавливает продолжение – судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязательств или ответственности должника, включая действия, направленные на придание обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон или на принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; а также предотвращает взыскание в отношении активов, входящих в конкурсную массу, прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к любым активам или правам, входящим в имущественную массу»<sup>1</sup>. Из данного описания вытекает, что мораторий (отсрочка) служит инструментом для баланса, с одной стороны, интересов, связанных с реструктуризацией жизнеспособного бизнеса, и, с другой стороны, интересов уверенности, предсказуемости и стабильности договорных условий<sup>2</sup>.

## **2.2.2. Значимые положения из национальных [обзорных] докладов**

### **2.2.2.1. Значимые положения национальных докладов в части приостановления в ходе официальных процедур**

358. Из национальных докладов следует, что несколько государств-членов включили инструмент «моратория» в свои национальные системы несостоятельности, практически во всех видах и формах<sup>3</sup>. Как

---

<sup>1</sup> Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), п. 12. В. Глоссарий (термины и определения); Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009), В. Глоссарий: «2. Условия и пояснения».

<sup>2</sup> См. Reinhard Bork, *Das Moratorium* // Stefan Grundmann et al (eds.), *Unternehmen, Markt und Verantwortung* (Festschrift für Klaus Hopt, Band 2, De Gruyter 2010), 1629–1646; Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, 2012). P. 129 и след. В этих публикациях автор также упоминает «конституционные вопросы», поскольку мораторий ущемляет права кредиторов.

<sup>3</sup> См.: Исследование AFME «Потенциальные экономические выгоды от реформирования законодательства о несостоятельности в Европе», февраль 2016. С. 18: «Большинство государств – членов ЕС ввели определенные формы приостановления в рамках определенных процедур несостоятельности и реструктуризации под надзором суда. Тем не менее конструкция и качество таких положений о моратории сильно различаются».

правило, все эти приостановления имеют (полностью или в части) функции, описанные выше. Эти функции имеют в качестве общего обоснования то, что мораторий очень часто имеет жизненно важное значение в интересах обеспечения сохранения стоимости и предотвращения мошенничества. Во многих случаях мораторий необходим для предотвращения ареста (захвата) и других действий отдельных кредиторов, а также растрачивания активов должником. Точно так же, как и во многих случаях, мораторий служит в первую очередь не гарантией равного отношения к кредиторам, а скорее защите реализации намерения должника реструктурировать свой бизнес. Защита должника от его кредиторов может также отвечать понятным общим интересам кредиторов, которые принимают мораторий в качестве предварительного условия для успешной реструктуризации, если они хотят остановить «падение» должника и предотвратить его неизбежную несостоятельность. Однако акцент на личных интересах отдельного кредитора может привести к противоположным результатам, например, если обеспеченный кредитор в целом не получит выгоды от продолжения деятельности должника. Опять же другие кредиторы, скорее всего, отреагируют на мораторий таким образом, что это может поставить под угрозу реструктуризацию, например, расторжение контрактов, необходимых для продолжения деятельности компании. Иные будут настаивать на поставке после предоплаты, что может привести к дополнительным проблемам с ликвидностью и, возможно, срыву реструктуризации. Масштабы моратория должны быть сопоставлены с такими последствиями, если национальный закон предписывает такой мораторий или по крайней мере разрешает его.

359. Ниже приводится краткий сравнительный обзор некоторых особенностей моратория в государствах-членах, которые были проанализированы нашими национальными докладчиками. В тех случаях, когда цель настоящего Отчета заключается в том, чтобы конкретно рассмотреть явление моратория, чтобы обеспечить комфорт для переговоров о реструктуризации до открытия официального производства по делу о несостоятельности, мы концентрируемся на этом типе моратория. В нескольких отчетах разъясняется, что просьба о моратории может быть включена в заявление об открытии официального производства по делу о несостоятельности. Однако он также может быть обязательной частью формального процесса реструктуризации (см. 1.3). Тем не менее при разбирательствах в поддержку внесудебных реструктуризаций с ограниченным участием суда может быть целесообразным дополнительный мораторий в ограниченном объеме (см. 1.2).

360. Несмотря на то что блокирующая функция моратория предназначена для всех кредиторов, в некоторых законах он может иметь более ограниченную сферу действия, или государства-члены включили определенные исключения, например, для публичных требований (Испания, Венгрия). Мораторий, как правило, нацелен на необеспеченных и (или) обеспеченных кредиторов и может, когда дело доходит до официального разбирательства, приводить к недействительности определенных актов (например, в Италии судебная ипотека предоставляется за 90 дней до подачи заявления). Наши отчеты демонстрируют некоторые вариации продолжительности моратория. Приведем несколько примеров: до трех месяцев (добровольное урегулирование долгов компании (CVA) в Англии и Уэльсе), два месяца плюс возможное продление до двух месяцев (голландский *afkoelingsperiode*), до 180 дней (соглашение о реструктуризации долга после подачи заявления на *Concordato preventivo in bianco* в Италии или до 270 дней (итальянский «Конкордато» после подачи заявления на *Concordato preventivo in bianco*), двухлетний льготный период (во Франции для *Mandat ad hoc* и «Примирительная процедура») либо после утверждения плана судом первоначальный мораторий может продлиться два плюс два года (Латвия)<sup>1</sup>.

#### **2.2.2.2. Важные элементы моратория в предбанкротных процедурах из национальных докладов**

361. Нашим национальным докладчикам были заданы вопросы о том, имеется ли в государствах — членах ЕС во время переговоров доступный инструмент, который обычно функционирует аналогично мораторию в формальных процедурах, с некоторыми дополнительными вопросами, например, как возникает такой мораторий (например, путем постановления суда) и на каких условиях? Можно ли продемонстрировать потенциальные преимущества такого инструмента и какова максимальная продолжительность такого моратория?

362. Мы не были удивлены тем, что большинство проанализированных правопорядков государств-членов ответили отрицательно. Законы Австрии, Германии<sup>2</sup>, Греции, Венгрии, Польши, Нидерландов и Швеции не предусматривают какой-либо формы мораторной защиты

---

<sup>1</sup> См.: Ignacio Buil Aldana (Consulting editor), *Investing in Distressed Debt in Europe: The TMA Handbook for Practitioners* (Working: Globe Law Business Limited, 2016), с кратким обзором Франции, Германии, Италии и Испании.

<sup>2</sup> После подачи заявления о несостоятельности переговоры о спасении защищены временными мерами, что особенно характерно для «Защитной зонтичной процедуры».

на переговорах по плану спасения, которые проводятся во внесудебном порядке<sup>1</sup>. В Англии и Уэльсе нет законодательного моратория во внесудебной реструктуризации (см., однако, о добровольном урегулировании долгов (CVA) ниже). Также в Схемах урегулирования (*Schemes of arrangements*) отсутствует установленный законом мораторий, но докладчики добавляют, что на практике стороны часто соглашались на договорную отсрочку, чтобы обеспечить необходимую стабильную основу для осуществления реструктуризации<sup>2</sup>. Payne<sup>3</sup> объяснила, что возможность такого соглашения о моратории (приостановлении) облегчается тем фактом, что во многих схемах участвуют только финансовые кредиторы, при этом торговые кредиторы, получающие полную оплату, не участвуют в схеме, поскольку их права не изменяются. Ограниченное число кредиторов схемы рассматривается ею как сложная группа, которая, как можно ожидать, оценит, что спасение через схему, вероятно, будет лучше для всех, чем ликвидация в случае неудачи схемы, альтернативно она объясняет, что развитие рынка проблемных долгов в Великобритании в последнее десятилетие, возможно, привело к тому, что эти финансовые кредиторы продали свои инвестиции в компанию третьему лицу, а не проходили процесс принудительного исполнения своих требований к должнику.

363. Очевидно, что во всех этих системах преобладает свобода переговоров (или принцип «свободы договора»). Стороны, безусловно, могут договориться о договорной отсрочке, чтобы обеспечить стабильную основу для реализации согласованного плана реструктуризации (иногда — внесудебная реструктуризация). В соответствии с первым принципом Международных принципов внесудебной реструктуризации INSOL II

---

См.: Глава «Германия» // Bob Wessels & Stephan Madaus (eds.), *Business Rescue in Europe*. Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация ожидается).

<sup>1</sup> В Латвии мораторий возможен только в том случае, если должник составляет и одобряет план реорганизации после того, как ходатайство о процедуре правовой защиты передано в суд и суд назначил дело. Такая отсрочка может длиться два месяца с продлением на один месяц.

<sup>2</sup> В 2013 г. суд вынес решение о приостановлении производства по делу в порядке упрощенного производства, чтобы дать время для разработки схемы урегулирования. Суд использовал свое усмотрение, чтобы приостановить рассмотрение ходатайств о вынесении суммарного решения (в отношении которых не было никакой защиты) в обстоятельствах, когда шаги по реализации схемы были достаточно продвинутыми и схема урегулирования имела разумную перспективу успеха. См.: *FMS Wertmanagement AÖR v. Vietnam Shipbuilding Industry Group & Ors* [2013] EWHC 1146.

<sup>3</sup> Jennifer Payne, 'The Future of Debt Restructuring', 2016 (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2848160>, 12).

(2017): «В тех случаях, когда у должника возникают финансовые трудности, все соответствующие кредиторы должны быть готовы сотрудничать друг с другом, чтобы предоставить достаточное (хотя и ограниченное) время («период статус-кво») должнику для получения и оценки информации о должнике, а также для формулирования и оценки предложений по разрешению финансовых трудностей должника, кроме конкретных случаев, когда подобные решения не подходят»<sup>1</sup>.

364. Национальные правовые системы Бельгии, Франции и Испании, однако, содержат определенные правила с функцией моратория для защиты переговоров по плану спасения, которые проводятся вне официальных процедур.

---

<sup>1</sup> Эти Принципы были впервые опубликованы в 2000 г. Совсем недавно были опубликованы Руководящие указания по внесудебной реструктуризации Азиатской ассоциации банкиров (2013). В них указано следующее в отношении моратория в неформальных внесудебных реструктуризациях:

«Требуется передышка для должника.

Финансовые кредиторы не должны отзываться средства или поспешно ставить должника в официальное управление по делам о несостоятельности или инициировать судебное разбирательство.

Мораторий до собрания.

До собрания кредиторов следует сохранить статус-кво в отношении должника. Финансовые кредиторы не должны предпринимать какие-либо принудительные действия, другие действия или уменьшать объем выданных должнику кредитов до проведения собрания».

Кроме того, указано: «Период ожидания (статус-кво)»

Если на собрании таких кредиторов финансовые кредиторы считают, что представляется возможным разрешить финансовые трудности должника и достичь долгосрочной жизнеспособности его бизнеса, все соответствующие кредиторы должны быть готовы сотрудничать друг с другом, чтобы обеспечить достаточно времени («Период ожидания»), позволяющего получать и оценивать информацию о должнике, а также формулировать и оценивать предложения по разрешению финансовых трудностей должника, если только такие действия не являются неприемлемыми.

В течение «периода ожидания» все соответствующие финансовые кредиторы должны согласиться воздерживаться от принятия каких-либо мер для принудительного исполнения своих требований (кроме распоряжения своим долгом третьей стороне) или уменьшения объема выданных должнику кредитов, но имеют право ожидать, что в течение периода бездействия их позиции относительно других кредиторов и друг друга не будут ущемлены.

Продолжительность такого периода ожидания должна быть ограничена временем, которое разумно требуется для достижения цели реструктуризации бизнеса должника, если это возможно. Продолжительность периода ожидания бывает трудно оценить, и в некоторых случаях может потребоваться продление.

В течение периода ожидания должник не должен предпринимать никаких действий, которые могли бы неблагоприятно повлиять на предполагаемый доход соответствующих кредиторов (коллективных или индивидуальных) по сравнению с положением этих кредиторов в начале периода бездействия».

365. В Бельгии только во время официального разбирательства (реорганизация суда) приостановление применяется к планам реорганизации или мировым соглашениям, заключенным в рамках этой формальной процедуры. Для дружественных соглашений, заключенных вне судебного разбирательства о реорганизации, закон предусматривает (ограниченные) положения о защитных возражениях против оспаривания<sup>1</sup> для платежей или исполнения по такому соглашению в случае последующего банкротства. Формальное условие заключается в том, чтобы мировое соглашение было представлено в канцелярию секретаря и в нем должно быть оговорено, что оно было заключено с целью изменения или реорганизации предприятия.

366. В Англии в Приложении А1 к Закону о несостоятельности 1986 г. содержатся положения о моратории для компании, осуществляющей CVA. Такая компания должна быть «малой» компанией<sup>2</sup> и не должна быть лишена права на мораторий<sup>3</sup>. Мораторий может быть получен только по требованию директоров. Докладчики описывают процедуру следующим образом: «После того, как кандидат выпустил заявление о том, что, по его мнению, предложение является приемлемым и должны быть созваны собрания кредиторов и акционеров, директора подают определенные документы в суд. Мораторий вступает в силу с момента подачи определенных документов в суд. Мораторий обычно длится 28 дней. Мораторий обычно заканчивается, когда кредиторы одобряют предложение, если он не был специально продлен. Продолжительность может быть продлена на период не более двух месяцев после даты отправки уведомлений о собраниях. Мораторий по сути очень похож на мораторий, доступный в администрации (*administration* – процедура в Великобритании. – *Примеч. пер.*)».

367. Тем не менее было заявлено об изменениях. В мае 2016 г. правительство Великобритании опубликовало результаты совещания [*consultation*], в которых были высказаны мнения о мерах по обновлению режима корпоративной несостоятельности Великобритании.

<sup>1</sup> Статья 17, 2 и 18 Закона о банкротстве. Отсутствует защита для (i) безвозмездных или неравноценных сделок, (ii) новых обеспечительных прав, предоставленных для существующих долгов, и (iii) сделок, заключенных с целью обмана кредиторов.

<sup>2</sup> «Малая» компания удовлетворяет двум или более из следующих требований: (i) оборот не превышает 6,5 млн фунтов стерлингов; (ii) валюта баланса не более 3,26 млн фунтов стерлингов; и (iii) компания имеет не более 50 работников.

<sup>3</sup> Компания не будет иметь право на мораторий, если она находится в администрации, находится в процессе ликвидации или когда назначен административный управляющий.

Предлагаемые изменения должны облегчить спасение большего числа жизнеспособных компаний, испытывающих финансовые затруднения<sup>1</sup>. Цель правительства Соединенного Королевства состоит в том, чтобы обеспечить большее корпоративное спасение жизнеспособных предприятий и чтобы режим несостоятельности приносил наилучшие результаты. В тех случаях, когда предприятия не могут быть спасены, режим несостоятельности должен предусматривать недорогую процедуру ликвидации предприятий и быстрого возврата средств кредиторам. Хотя в документе с результатами совещания говорится, что режим Великобритании решает эти задачи с помощью ряда формальных вариантов несостоятельности (администрация, CVA и ликвидация) и предбанкротных вариантов спасения, таких как схемы урегулирования долгов (*schemes of arrangements*) или неформальные внесудебные реструктуризации, изменения на рынке корпоративного долга и амбиции правительства Великобритании быть в первой пятерке мира и номер один в Европе, а также в ежегодном отчете Всемирного банка «Ведение бизнеса» (*Doing Business*) являются основными факторами, стоящими за этими предложениями. Документ с результатами совещания приводит четыре предложения, одно из которых предусматривает мораторий, который предоставит компаниям возможность рассмотреть наилучший подход к спасению бизнеса, не подвергаясь принудительным и правовым действиям со стороны кредиторов. В консультации предлагается, чтобы мораторий продолжался в течение трех месяцев, с возможностью продления в случае необходимости. В течение моратория кредиторы будут иметь общее «право» запрашивать информацию у уполномоченного в деле о банкротстве. Правительство рассматривает возможность распространения этого положения на все процедуры несостоятельности с целью повышения прозрачности и обеспечения дополнительной гарантии для кредиторов. В сентябре 2016 г. было сообщено, что предложение о моратории было поддержано 67% респондентов<sup>2</sup>,

<sup>1</sup> См.: Служба неплатежеспособности, «Обзор концепции корпоративной несостоятельности, консультация по вариантам реформы». 2016, май (доступно на: [https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/525523/A\\_Review\\_of\\_the\\_Corporate\\_Insolvency\\_Framework.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/525523/A_Review_of_the_Corporate_Insolvency_Framework.pdf)). См. также: Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, Oxford, 2012), п. 10, 43 и след.

<sup>2</sup> В апреле 2016 г. R 3, Совет по торговой несостоятельности, представил предложение «Мораторий для бизнеса: улучшение бизнеса и спасение рабочих мест в Великобритании». Он призвал к «мораторию для спасения бизнеса». Такой мораторий поможет спасти больше компаний, испытывающих серьезную финансовую нагрузку, сохранить больше рабочих мест и повысить доходы кредиторов. В течение пе-

37% из которых согласились с предложением, изложенным в консультации, хотя в целом считалось, что гарантии для кредиторов должны быть усилены<sup>1</sup>.

368. Законодательство Франции включает систему, согласно которой судебному разбирательству могут предшествовать превентивные процедуры, а именно мандат *ad hoc* или примирительная процедура. В их основе лежит принцип свободы договора. Ни должник, ни лицо, оказывающее помощь (примиритель), не имеют права заставлять кредиторов вести переговоры о прекращении или моратории. Однако общее французское гражданское право позволяет любому проблемному должнику обратиться в суд с просьбой об отсрочке или переносе сроков платежей, причитающихся индивидуальному кредитору, в течение двухлетнего периода, помимо любых предбанкротных процедур<sup>2</sup>. Полученное в результате судебное решение позволит приостановить любые судебные преследования, инициированные кредитором, а также любые исполнительные производства, которые могли быть начаты кредитором, а также приостановить рост любых процентов или штрафов, понесенных в результате просроченных платежей. Мораторий специально предназначен и ограничен задолженностью перед кредитором, против которого подана просьба. Поэтому он не имеет коллективного эффекта.

---

риода моратория (или приостановления) должник будет иметь время для согласования плана спасения, иногда при посредничестве нейтральной третьей стороны, без давления, чтобы сразу удовлетворить своих кредиторов или повлиять на его активы обеспеченных кредиторов (предложение доступно на: <https://www.r3.org.uk/index.cfm?page=1114&element=26794>). В соответствии с предложением R3 кредиторы не смогут взыскивать задолженность компаний в течение моратория продолжительностью всего 21 день. Этот срок может быть продлен еще на 21 день с разрешения суда. Во время моратория за компаниями будет наблюдать «мораторный контролер (Moratorium Supervisor)», который будет обеспечивать, чтобы директора использовали мораторий по назначению. В тех случаях, когда директора будут контролировать компанию в течение предложенного моратория, в предложении указывается, что в заявке должен быть указан лицензированный управляющий в деле о несостоятельности, который будет действовать в качестве контролирующего за мораторием в течение всего срока действия моратория. Директора должны еженедельно отчитываться перед мораторным контролером о прогрессе, достигнутом в моратории, и он будет выступать в качестве «посредника» между компанией и ее кредиторами.

<sup>1</sup> Служба неплатежеспособности, Обзор концепции корпоративной несостоятельности, 2016 (см.: <https://www.gov.uk/government/consultations/a-review-of-the-corporate-insolvency-framework>). Анализ этих предложений: Jennifer Payne. The Future of Debt Restructuring, 2016 (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2848160>). С. 15 и след.

<sup>2</sup> Статья 1244-1 Гражданского кодекса Франции.

369. В Испании с 2014 г. закон<sup>1</sup> предусматривает, что ни одна судебная исполнительная процедура, начатая кредиторами, не может быть инициирована (а инициированные будут приостановлены), когда процент кредиторов, представляющих не менее 51% финансовых обязательств должника, утвердил начало переговоров по заключению соглашения о рефинансировании, и в тех случаях, когда эта группа кредиторов также взяла на себя обязательство не предпринимать индивидуальных принудительных действий в течение переговорного периода.

### 2.2.3. Значимые международные тенденции

370. Несколько международных инструментов «мягкого права» рекомендуют, чтобы мораторий был доступен в контексте несостоятельности, особенно в случае официального производства по делу о несостоятельности<sup>2</sup>. На уровне стран не сообщалось о каких-либо конкретных правилах или практике. На уровне ЕС Рекомендация от марта 2014 г. вводит механизм, который был предложен в Декларации 18: «Должник должен иметь возможность обратиться в суд с просьбой о приостановлении отдельных исполнительных действий и приостановлении производства по делу о несостоятельности, открытие которого было запрошено кредиторами, если такие действия могут негативно повлиять на переговоры и затруднить перспективы реструктуризации бизнеса должника. Однако, чтобы обеспечить справедливый баланс между правами должника и кредиторов и с учетом опыта недавних реформ в государствах-членах, отсрочка должна первоначально предоставляться на срок не более четырех месяцев<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Королевский указ-закон 4/2014 и Закон 17/2014.

<sup>2</sup> Примерами являются Принципы Европейского закона о несостоятельности (2003) § 3.5; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендации 39, 46 и 48, Принцип C5.2 Принципов Всемирного банка (2016) и Принципы EU JudgeCo (2015), Принципы 8 и 9.

<sup>3</sup> Результатом этого выступления стали Рекомендации 10–14 (Рекомендации от марта 2014 г.). В Директиве о предложениях реструктуризации (2016) соображения относительно такого приостановления привели к (i) приостановлению отдельных правоприменительных действий на срок до четырех месяцев (ст. 6 (4)), при определенных предпосылках до 12 месяцев (ст. 6 (7)), с приостановлением обязанности подать заявление о несостоятельности (ст. 7 (1)), за исключением случаев, когда должник становится неликвидным в течение периода ожидания (ст. 7 (3)).

*Мотивы рекомендаций*

371. Мы напоминаем общие соображения, которые формируют контекст моратория: неотъемлемый конфликт между общим правилом, согласно которому должник должен погашать свои долги, когда он их должен, и (растущее в последние годы) значение, уделяемое интересу жизнеспособных компаний быть в состоянии провести реструктуризацию с целью создания большей добавленной стоимости для всех заинтересованных сторон, включая сотрудников, экономику в целом, а в более долгосрочной перспективе — кредиторов. Мораторий действует как инструмент для преодоления этого конфликта.

372. Такое соединение действует только в зависимости от конкретных обстоятельств рассматриваемого дела. Мы также утверждаем, что чем более гибкой является процедура получения разрешения на мораторий, тем раньше должник рассмотрит вопрос о предоставлении разрешения на него и, следовательно, тем раньше он получит защиту, которую он желает. В соответствующем соединении [имеется] преодоление изначального конфликта (права кредиторов противопоставляются интересам продолжения жизнеспособного бизнеса должника). Как правило, на практике можно видеть, что в предбанкротный период должнику требуется время для формирования своего мнения относительно того, какие товары находятся в запасах и (или) каковы товары, которые он хочет сохранить в любом случае, например, для имущественной массы в связи с возможным продолжением или продажей (части) бизнеса. Укрепление должника согласно плану может быть серьезно подорвано, если стороннее лицо поставит его перед свершившимся фактом в этот период. Поэтому существует необходимость в возможности устанавливать (навязывать) мораторий для таких сторон индивидуально или коллективно, в течение которого третьи стороны не могут осуществлять свои права или только с разрешения суда. Приостановление должно также предотвратить то, что все виды активов будут отобраны из-за страха, что в противном случае третьи лица, особенно налоговые органы, могут затем реализовать свои права.

373. Таким образом, первый вывод заключается в том, что в целом существует общая заинтересованность в сохранении стоимости действующего бизнеса для должника и кредиторов как группы, логичным результатом чего является общий интерес как должника, так и кредиторов в сохранении активов и контрактов вместе. Кроме того, в общих интересах проверить имущество на наличие активов и контрактов,

которые действительно необходимы для будущего (реструктурированного) бизнеса.

374. Эти общие интересы должны иметь свои ограничения. В качестве минимального требования баланс интересов должника и кредиторов как группы должен отвечать принципу пропорциональности, а также соответствовать конкретному контексту, в котором он будет функционировать. Принцип соразмерности означает, что нарушение прав кредиторов должно быть сведено к минимуму. Функциональное ограничение вытекает из его контекста: вне формального производства приостановление является инструментом, который не должен иметь целью поддержку убыточных предприятий, а скорее должен способствовать реструктуризации финансового долга жизнеспособных должников, но имеющих сверхзадолженность (финансовые затруднения). Такие должники должны иметь положительный операционный денежный поток, что означает, что они могут вызывать интерес третьих сторон (кредиторов) для финансирования своих будущих потребностей в оборотном капитале в процессе внесудебной реструктуризации. Для таких реструктуризаций вряд ли необходимо останавливать всех кредиторов для защиты переговоров и процесса утверждения. Достаточно ограничить доступный мораторий ситуациями, в которых один кредитор наносит ущерб процессу, отстаивая свои права в ущерб всем кредиторам и должнику, например, подрывая бизнес путем принудительных действий<sup>1</sup>.

Однако в формальных процедурах (производствах) (реструктуризации и несостоятельности) приостановление должно быть доступно автоматически или по запросу и иметь коллективный эффект. Установленная законом единообразная договоренность об автоматическом моратории, связанная с (подачей заявления) на начало формальной процедуры, очевидно, приводит к правовой определенности и гарантирует от возможной потери времени. Эта форма, однако, требует пу-

---

<sup>1</sup> Дополнительным барьером для принудительной реализации прав кредитора в отношении проблемного должника может быть система гражданского права соответствующей юрисдикции. Когда компания испытывает финансовые затруднения, большинство кредиторов будут знать об этом, поскольку некоторые (частичные) платежи были получены с опозданием, на рынке возникают слухи или они сообщаются другим кредитором или самим должником. Требование полного и своевременного платежа в такой ситуации или (даже только) принятие платежа может быть законным с точки зрения договорного права, но может и рассматриваться как действие принимающего кредитора, противоречащее добросовестности в отношении его сокредиторов. Можно также считать, что такой кредитор отказывается от принципа конкуренции, что допускает применение правил возврата денежных средств.

бличного уведомления и не привязана к конкретным обстоятельствам дела. Такая форма также может вызвать стратегическое поведение со стороны недобросовестного должника как неожиданное нападение на тех кредиторов, которые пострадали. Следовательно, такой стандартизированный немедленный эффект требует контроля формальной процедурной обстановки и не соответствует индивидуальному подходу внесудебной реструктуризации.

### *Эффекты моратория*

375. В условиях внесудебных реструктуризаций из факультативного характера права на индивидуальный мораторий следует, что результирующее «замораживание» имеет относительный эффект. Объем моратория (затронутые кредиторы) и его влияние (на правовые позиции) ограничены в зависимости от его функции во время внесудебной реструктуризации. Если на переговорах о реструктуризации должник сталкивается с ситуацией, когда полный мораторий считается необходимым, для обеспечения такой защиты имеются официальные процедуры.

376. В рамках формального производства (реструктуризации и несостоятельности) мораторий в полном объеме должен также позволять организацию переговоров и принятие решений о вариантах спасения (план или продажа действующего бизнеса). Здесь следует ввести мораторий: полностью прекратить принудительные действия кредиторов (в том числе налогового органа); запретить реализацию активов обеспеченными кредиторами, заблокировать заявления об открытии производства по делу о несостоятельности в ходе процесса реструктуризации; предотвратить отчуждение имущества должником или осуществление им платежей кредиторам за пределами обычной хозяйственной деятельности; блокировать расторжение контракта или осуществление права на досрочное истребование; приостановить любое незавершенное разбирательство и запретить зачет требований (поскольку успешный зачет лишает должника ликвидности, которая может быть необходима для финансирования его текущей коммерческой деятельности)<sup>1</sup>.

377. Тем не менее также в ходе официального разбирательства суду должно быть разрешено уменьшать последствия моратория путем установления условий. В случае запроса должника (вне формального

---

<sup>1</sup> Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, Oxford, 2012), п. 10.

разбирательства) или по требованию кредитора суд должен установить определенные условия или требования для моратория, которые могут включать в себя действие (например, для должника предоставление обеспечения), платеж (например, возмещение реальной процентной ставки или плата за использование) или обязательство воздержаться (запрет использования, потребления или отчуждения). Условия также могут быть направлены на любую третью сторону, например, чтобы позволить должнику продолжать использовать имущество или продолжать использовать определенные публичные лицензии.

### *Продолжительность*

378. Описание продолжительности моратория предполагает определение начального момента, длительности моратория и его прекращение.

379. Длительность моратория предопределена функциональными соображениями, указанными выше. Серьезный и реальный (правдивый) план-предложение о реструктуризации от должника в отношении жизнеспособного бизнеса, имеющего проблемы, должен, в принципе, сделать использование «длительного» моратория ненужным. Таким образом, в сценарии внесудебной реструктуризации мораторий должен длиться только до тех пор, пока разумно завершить уже начатые переговоры. Поскольку такой процесс может иметь различную продолжительность в каждом случае (например, от двух до четырех недель), продолжительность моратория должна быть определена судом, но не может быть установлена в законе в форме минимальной продолжительности.

В случае моратория в ходе официального производства такой мораторий является лишь первым шагом. Период моратория должен быть достаточно продолжительным, чтобы обеспечить правильную оценку и принятие решения о варианте спасения. В то же время необходимо также обеспечить, чтобы решение было принято в разумные сроки. Поэтому мораторий должен быть гарантирован, но ограничен по времени. Борк предполагает, что «в обычных случаях трехмесячный лимит должен быть достаточным для принятия решения о реструктуризации, а закон должен разрешать суду предоставлять продление в исключительных ситуациях»<sup>1</sup>. Эта оценка представляется разумной.

---

<sup>1</sup> Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, Oxford, 2012), п. 10.

380. Мораторий заканчивается, когда заканчивается разбирательство, в частности, когда начинается осуществление плана реструктуризации. С этого момента стороны действуют при нормальных (согласованных) обстоятельствах. Следующие случаи также должны привести к отмене моратория в ходе процедур реструктуризации: (i) должник прекращает свою деятельность; (ii) суд отклоняет ходатайство о продлении срока приостановления; (iii) должник отзывает свой план реструктуризации без предоставления измененного; (iv) план не утвержден при голосовании; (v) суд не подтверждает план; или (vi) на всех этих этапах должник действует в противоречии с условиями, установленными в постановлении о моратории, или иным образом действует недобросовестно.

### 2.2.5. Рекомендации относительно моратория

**Рекомендация 2.05:** во время внесудебной реструктуризации все соответствующие кредиторы должны быть готовы сотрудничать друг с другом, чтобы предоставить должнику достаточное (хотя и ограниченное) время («период статус-кво») для того, чтобы была получена и оценена информация о должнике и для формулирования и оценки предложений по разрешению финансовых трудностей должника, за исключением, когда это не подходит в конкретном случае. Государства-члены должны принять или одобрить принципы и методические рекомендации, разработанные международными или европейскими неправительственными организациями, действующими в области реструктуризации и несостоятельности, такими как Международные принципы внесудебной реструктуризации INSOL II.

**Рекомендация 2.06:** В процедуре внесудебной реструктуризации мораторий не должен быть ни автоматическим, ни коллективным. Вместо этого соглашение о бездействии должно защищать интересы всех заинтересованных сторон.

**Рекомендация 2.07:** Для обеспечения безопасности внесудебной реструктуризации должник должен иметь возможность потребовать моратория против конкретного кредитора, чьи действия могут сорвать все усилия по реструктуризации. Продолжительность и содержание такого индивидуального моратория должны быть установлены судом после заслушивания обеих сторон. Любой такой мораторий является результатом судебной оценки заявления, изложенной в судебном акте, где продолжительность моратория исчисляется с учетом индивидуальных обстоятельств, представленных суду и учитывающих интересы всех участвующих сторон.

**Рекомендация 2.08:** В формальных производствах реструктуризации и банкротства коллективный мораторий должен быть автоматическим результатом начала производства или предоставляться по запросу. Государствам-членам следует предусмотреть, чтобы мораторий длился до тех пор, пока продолжается процесс, но следует ограничить продолжительность процедуры реструктуризации во избежание дорогостоящей задержки. Первый, но продолжительный период в три месяца кажется разумным.

**Рекомендация 2.09:** Любой затронутый кредитор может потребовать отмены моратория в отношении своих требований или интересов, и суд должен принять решение с учетом интересов всех участвующих сторон.

**Рекомендация 2.10:** Любой судебный приказ о моратории может содержать требования или другие условия, которые способствуют быстрому, недорогому согласованному урегулированию задолженности должника, включая условия, которые будут надлежащим образом защищать затронутых кредиторов в течение периода моратория, такие как компенсация за использование активов.

## ГЛАВА 3

### ДЛЯЩИЕСЯ КОНТРАКТЫ

381. Жизнеспособность бизнеса зависит как от продолжения его основных договоров, так и от успешной бизнес-идеи. Без необходимой лицензии, без поставки энергии и товаров, без рабочей силы или аренды бизнес должников просто не может продолжаться. Без перспективы продолжения контракта (в какой бы то ни было форме) любой вариант реструктуризации, а также любое увеличение стоимости действующего бизнеса при ликвидации не обсуждаются. Поэтому расторжение контрактов — в силу закона или на основе договорных условий — в связи с началом реструктуризации или производства по делу о несостоятельности должно быть тщательно продумано.

382. Напротив, для договоров, по которым хотя бы одна сторона полностью выполнила свои обязательства до начала производства, особого режима не требуется. Если еще не выполнил свои обязательства должник, контрагент может занять правовую позицию, изложенную в национальном законодательстве, во многих случаях ему разрешается только подать иск об исполнении или о возмещении убытков и принять статус необеспеченного кредитора. Если, напротив, еще не выполнил свои обязательства контрагент, соответствующее требование является активом имущества, и администратор может потребовать исполнения. Если обе стороны полностью выполнили свои обязанности по договору до начала разбирательства, транзакции по договору могут быть пересмотрены только в соответствии с правилами о мошеннических переводах (см. гл. 6). Таким образом, специальная правовая база, обеспечивающая продолжение контракта, требуется только в том случае, если обе стороны по договору еще не полностью выполнили свои обязательства при начале разбирательства. Эти договоры обычно называются длящимися (продолжающимися) договорами, т.е. договорами между должником и одним или несколькими кредиторами, в соответствии с которыми обе стороны по-прежнему обязаны исполнять свои обязательства в момент возбуждения производства по делу о несостоятельности (или, в качестве альтернативы, в момент начала моратория на иски об исполнении в силу закона или решения суда)<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> См.: David Hahn, *The Internal Logic of Assumption of Executory Contracts*. 13 U. Pa. J. Bus. L. 2011, 723. Термин имеет гораздо более узкое определение в законодательстве

Тем не менее общий установленный принцип заключается в том, что начало предбанкротных или банкротных процедур само по себе прекращает действие договора, стороной которого является должник<sup>1</sup>.

### 3.1. Длющиеся контракты

383. Для длющихся контрактов любая правовая конструкция должна сбалансировать конкурирующие интересы имущественной массы должника (и его кредиторов) с интересами контрагента в свете общих целей законов, в которых функционирует такая конструкция. Для неплатежеспособного должника максимизация стоимости имущества должника является основным направлением любого администрирования и банкротной политики в интересах всех кредиторов. С этой точки зрения крайне важно иметь возможность выполнять все выгодные длющиеся контракты, в то же время имея возможность отклонить любые обременительные, убыточные контракты, которые только добавили, увеличили бы долг. В случае должника с действующим бизнесом интерес к поддержанию бизнеса требует продолжения всех контрактов, которые позволяют этому бизнесу работать. Однако интересы контрагентов обычно требуют соблюдения их предбанкротных договорных прав, включая права на прекращение действия договора. Договорное право обычно отражает (предполагает) риск того, что сторона договора может стать неплатежеспособной по причине расторжения договора или по крайней мере по причине реализации права приостановить исполнение до тех пор, пока несостоятельная сторона не будет готова выполнить свои обязательства. Исходя из политики соблюдения предбанкротных прав, любая конструкция несостоятельности или реструктуризации должна ограничивать любое нарушение таких договорных прав случаями защиты политики реструктуризации и несостоятельности в общих интересах всех кредиторов и других заинтересованных сторон (таких, как, например, сотрудники), включая должника.

---

США после того, как определение, предложенное Vern Countryman (Executory Contracts in Bankruptcy, Part I, 57 Minn. L. Rev., 1973, 439, 460), стало ст. 365 в Кодексе о банкротстве США; см. также: Jay L. Westbrook, A Functional Analysis of Executory Contracts, 74 Minn. L. Rev., 1089, 227, для критического анализа. Основная концепция включает все старые неисполненные контракты и известна всем юрисдикциям.

<sup>1</sup> Это отражает международный стандарт. См.: Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), § 6.1.

### 3.1.1. Отношение в формальном производстве по делу о несостоятельности

384. Мы установили, что общепринятый правовой подход в формальном производстве по делу о несостоятельности заключается в том, что начало производства по делу не затрагивает контракты должника. В то же время в законах, предусматривающих это, любая договорная претензия в отношении исполнения должником подлежит автоматическому или запрошенному приостановлению, что препятствует реализации контрагентом прав по контракту (права на прекращение договора см. в 3.1.2). Это также может быть результатом положения закона, определяющего, что длящиеся контракты не будут продолжаться, если только банкротный управляющий в течение определенного периода времени не заявит о своем желании продолжить действие контракта. Кроме того, мораторий, как правило, позволяет администратору имущества должника (обычно управляющему) оценивать каждый длящийся договор, прежде чем принимать решение о его продолжении или об отказе от него. Таким образом, он или она должны принять решение о продолжении, переуступке или расторжении длящихся контрактов в течение установленного срока<sup>1</sup>.

385. От исполнения отклоненных (расторгнутых) контрактов должник освобождается, и контрагент может подать (необеспеченный) иск о возмещении убытков, если таковые имеются<sup>2</sup>. Допущенные контракты должны исполняться обеими сторонами в соответствии со всеми положениями контракта и другими требованиями договорного права. Законная заинтересованность контрагента в получении полного исполнения от должника обычно отражается в положениях законодательства о несостоятельности, в которых соответствующие требования (в том числе требования о возмещении убытков в случае более позднего дефолта) классифицируются как административные расходы, которые больше не затрагиваются мораторием. В некоторых юрисдикциях предусмотрена дополнительная защита в форме обеспечения<sup>3</sup> или требования

---

<sup>1</sup> Это правило по умолчанию для длящихся контрактов сообщалось во всех национальных отчетах. Это также рекомендуется в международных стандартах. См., например: Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 72.

<sup>2</sup> Это, очевидно, также общий подход. См. наши национальные отчеты в 3.1.1 или Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 82.

<sup>3</sup> См., например, Нидерланды, Германия (Положение о несостоятельности 61), Польша, а также Швеция.

об утверждении в суде<sup>1</sup>. В результате этого интересы сторон по договору и заинтересованных сторон в деле о несостоятельности сбалансированы.

386. Хотя право администратора принимать решение о продолжении или прекращении длящихся контрактов работает удовлетворительно для большинства типов контрактов, для некоторых из них может потребоваться специальный режим. Во-первых, администраторский вариант не согласуется со «спекулятивными» транзакциями (например, определенными финансовыми контрактами), поскольку он позволял бы массе принимать только те контракты, которые оказались прибыльными, в то же время отклоняя все остальные. Здесь несостоятельность может создать непредвиденную прибыль. Во-вторых, право выбора также плохо совместимо с договорами, основанными на личных отношениях с должником, если в управление (владение) вступает банкротный управляющий. Для обоих типов контрактов в некоторых юрисдикциях предусматривается *ipso facto* расторжение в начале производства<sup>2</sup>.

387. С другой стороны, существуют виды договоров, которые могут потребовать, чтобы на них не влияло открытие производства, а также возможность отказаться от их продолжения, поскольку они считаются необходимыми как для должника, так и для контрагента (например, аренда недвижимости<sup>3</sup>, трудовые договоры<sup>4</sup>, договоры на коммунальное обслуживание<sup>5</sup>). Однако наши отчеты не обнаруживают здесь общего подхода. Если контракты продолжаются, они не могут быть расторгнуты контрагентом в соответствии с договорным законодательством по мотиву финансового состояния должника, в то время как администратору может быть разрешено расторгнуть контракт с соблюдением (более короткого) установленного законом срока<sup>6</sup>. Текущие требования контрагента защищаются, как если бы контракт был выбран продолжающимся.

388. В целом правило невыполнения обязательств по длящимся контрактам в рамках формального производства по делу о несосто-

---

<sup>1</sup> См.: Банкротный кодекс США, 365 (а).

<sup>2</sup> См., например, Австрия, Бельгия, Германия или Греция.

<sup>3</sup> См., например, Германия или, за некоторым исключением, Италия.

<sup>4</sup> См. 5.1.1.1.

<sup>5</sup> Согласно нашим национальным отчетам лицензионные, доменные, IP-адреса или служебные контракты еще не пользуются каким-либо особым режимом в отношении права администратора продолжать или отклонять их.

<sup>6</sup> См., например, Австрия, Германия или Франция.

тельности, которое содержит право администратора отклонить или продолжить контракт и право контрагента на защиту в случае принуждения к исполнению по такому продолжающемуся контракту, представляется сбалансированным и общепринятым<sup>1</sup>. Исключения из правила для конкретных типов контрактов должны быть хорошо продуманы и четко определены.

### 3.1.2. Отношение в ходе реструктуризации и предбанкротных процедур

389. Процессы реструктуризации и предбанкротных процедур отличаются от формального производства по делу о несостоятельности тем, что они направлены исключительно на выживание (юридического лица) должника. Успех таких процедур часто будет зависеть от ограничения их воздействия до необходимой степени, при этом по возможности без вмешательства в повседневную деловую деятельность должника. Здесь не представляется целесообразным приостановить выполнение всех длящихся контрактов должника в ожидании решения должника отклонить каждый из них или нет. Вместо этого будет преобладать основной принцип оставления контрактов без изменений. Принцип продолжения также будет включать контракты, которые необходимы для поддержания бизнеса на плаву (лицензионные договоры<sup>2</sup>, аренда, поставка энергии и товаров, услуги или трудовые договоры), и, таким образом, обеспечит основу для любых усилий по реструктуризации.

390. С другой стороны, возможность расторгать обременительные контракты вне ограничений небанкротного законодательства может стать важным инструментом реструктуризации. Это позволяет должнику, например, сократить избыточную рабочую силу или отказаться от чрезмерно дорогой или избыточной долгосрочной аренды или лицензионных договоров за меньшие деньги или даже вообще без затрат.

391. При уравнивании этих конкурирующих интересов следует четко разграничить реструктуризацию в процедуре внесудебной

---

<sup>1</sup> См.: David Hahn, *The Internal Logic of Assumption of Executory Contracts*, 13 U. Pa. J. Bus. L. 2011, 723, 731–735.

<sup>2</sup> Ссылка делается на правила «мягкого права», разработанные Международной ассоциацией по защите интеллектуальной собственности (Международная ассоциация защиты интеллектуальной собственности) (AIPPI), которые направлены на стимулирование международной гармонизации прав и обязанностей в режимах несостоятельности для лицензионных соглашений, изложенных в 2014 г. в Резолюции.

реструктуризации<sup>1</sup> и в формальной процедуре реструктуризации. В настоящее время юрисдикции с процедурой внесудебных реструктуризаций не предусматривают какой-либо вариант отклонения длящихся контрактов. Первостепенная политика здесь заключается в том, чтобы затрагивать права только тех кредиторов, которые участвуют в усилиях по реструктуризации, оставляя при этом все остальные без изменений<sup>2</sup>. Картина отличается для юрисдикций, имеющих процедуры [формальной] реструктуризации<sup>3</sup>. Такие процедуры доступны как для неплатежеспособных, так и для пока платежеспособных<sup>4</sup> должников и имеют ряд инструментов и характеристик формального производства по делу о несостоятельности (ликвидации) (участие суда, коллективный эффект моратория и т.д.). Такие разбирательства обычно также влияют на длящиеся контракты, налагая на требования из таких контрактов мораторий, а также позволяя должнику отклонять обременительные контракты<sup>5</sup>. В то же время некоторые типы контрактов могут пользоваться особой защитой (например, трудовые договоры; см. 5.1.1.1).

392. Конкретное решение, которое мы рекомендуем для структуры реструктуризации (см. 1.1), позволяет четко классифицировать право прекращать длящиеся контракты постольку, поскольку оно предусматривает четкое различие между процедурами внесудебной реструктуризации и формальной реструктуризации, а также процедурами несостоятельности. Это различие заключается в том, что процедуры внесудебной реструктуризации не будут включать такие функции, а формальная реструктуризация, так же как и процедуры несостоятельности, обеспечат широкий спектр реструктуризационных инструментов, включая право на мораторий и отказ от контрактов. Здесь регулирование должно включать положения, обеспечивающие услуги, которые необходимы для продолжения

---

<sup>1</sup> Мы также называем такие процедуры как процедуры типа 1; см. 1.1.2.

<sup>2</sup> См., например, французская примирительная процедура, бельгийское мировое соглашение, испанское судебное подтверждение, немецкая реструктуризация облигаций или английские схемы урегулирования.

<sup>3</sup> См. также: Fabrice Robert-Tissot, *The Effects of a Reorganization on (Executory) Contracts: A Comparative Law and Policy Study* [United States, France, Germany, Switzerland], 3 *International Insolvency Law Review* 2/2012, 234 и след.

<sup>4</sup> Мы также называем такие процедуры перед несостоятельностью как процедуры типа 2; см. 1.1.2.

<sup>5</sup> См., например, французскую *Procédure de Sauvegarde*, итальянский *Concordato Preventivo* или польскую процедуру урегулирования.

деятельности должника<sup>1</sup> (или контрагента в случае неплатежеспособного лицензиара<sup>2</sup>), такие как аренда или покупка недвижимости, энергоснабжение, услуги IP или доменных имен, лицензии<sup>3</sup>. Регулирование может последовать примеру регулирования трудовых договоров, которые должны быть продолжены в принципе, но могут быть расторгнуты в краткосрочной перспективе, если это необходимо для реструктуризации (см. 5.1.1.1). На практике пересмотр таких договоров может быть поддержан, если должник сможет расторгнуть его легче (но не автоматически), чем в соответствии с договорным правом<sup>4</sup>.

### 3.2. Прекращение и изменение договорных прав

393. Правила длющихся контрактов являются неполными, если они лишь определяют право отклонять или принимать такие контракты для управляющего после того, как открытие производства оставило такие контракты без изменений. Многие договоры или даже законодательные нормы в соответствующем договорном праве содержат положения, которые дают контрагенту безусловное право расторгнуть или ускорить исполнение договора в случае неисполнения обязательств, что обычно включает ходатайство о возбуждении или открытии банкротных про-

<sup>1</sup> См.: David Hahn, *The Internal Logic of Assumption of Executory Contracts*, 13 U. Pa. J. Bus. L. 2011, 723, 731. Такие положения, касающиеся «контрактов на основные поставки», были частью консультативного документа, опубликованного Службой неплатежеспособности Великобритании 25.05.2016, нацеленного на реформирование британского режима корпоративной несостоятельности. Относительно скептическая реакция см.: Ian Fox, Rachel Anthony, Neil Griffiths, Will Gunston & Farrington Yates, *A Review of the Corporate Insolvency Framework: A Lawyers' Perspective*, 13 ICR 2016. P. 300, 302.

<sup>2</sup> См., например: Банкротный кодекс США 365 (n).

<sup>3</sup> Относительно взглядов Германии в части действительности положений *ipso facto* в энергетических контрактах см.: Florian Jacoby. *Lösungsklauseln in der Insolvenz*, in 35 ZIP, 2014, 649 и след.; Klaus Wimmer. *Eine Lösung für die Lösungsklauseln (Festschrift für Heinz Vallender zum 65. Geburtstag*, Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, 2015). P. 793–825.

<sup>4</sup> Во Франции с 1 октября 2016 г. обновленная ст. 1195 Гражданского кодекса вводит (вдохновленное инструментами «мягкого права») правило, согласно которому суд может изменить (или расторгнуть) договор в случае непредвиденного в моменте заключения договора изменения обстоятельств, в результате чего исполнение контракта становится чрезмерно обременительным для стороны, которая не приняла бы на себя риск такого изменения, в том числе обязанность пересмотреть условия контракта до обращения в суд. Изменение обстоятельств как доктрина договорного права не было предметом этого Отчета. См.: Обзор: В. Başoğlu (ed.), *The Effects of Financial Crisis on the Binding Force of Contracts – Renegotiation, Rescission or Revision*, Springer 2016.

цедур, но также и назначение управляющего (так называемые оговорки *ipso facto*). Если такие договорные права останутся без изменений, предварительное продолжение договора и право администратора принимать решение в большинстве случаев станут неактуальными<sup>1</sup>.

394. Следуя этой точке зрения, большинство юрисдикций согласно нашему исследованию разрешают правилам несостоятельности отменять положения *ipso facto*. В одних (многих) юрисдикциях такие положения являются недействительными в случае любого вида производства по делу о несостоятельности<sup>2</sup>, в то время как в других такие положения являются недействительными только в случае реструктуризации<sup>3</sup> или производства по делу о банкротстве<sup>4</sup>. Однако английское законодательство<sup>5</sup> следует другому подходу и учитывает все договорные условия, включая положения *ipso facto*, в частности, в контексте сложных финансовых соглашений, в широких границах принципа *pari passu* и правил против вывода активов (*anti-deprivation rules*).

395. Этот анализ показывает, что не было разработано ни одного общего или приблизительного стандарта в отношении положений *ipso facto* в дящихся контрактах. Разрешение законодательства о несостоятельности и реструктуризации отменять такие договорные права является нарушением предбанкротных прав, что требует значимого обоснования и соответствующих гарантий. Учитывая, что любая реструктуризация обречена, если начало производства может побудить финансовых кредиторов ускорить погашение кредита или лицензиаров и лизингодателей для расторжения контрактов, есть веские основания для оправдания основных правил несостоятельности, направленных на сохранение бизнеса с целью его продолжения. В свою очередь, законодательство о несостоятельности должно также предусматривать гарантии для контрагента, который теперь обязан работать с должником в процессе реструктуризации или даже несостоятельности, обе-

---

<sup>1</sup> Возможно, что кредиторы между собой (в межкредиторских соглашениях) ограничивают себя в части инициирования любой формы производства по делу о несостоятельности. Об использовании этой оговорки, так называемые оговорки о непредъявлении (non-petition clauses), см.: Hamisch Anderson, Non-Petition Clauses<sup>7</sup>, Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal 2013, 3, 15 и след.

<sup>2</sup> См. Австрия, Германия, Италия или Испания. Это отражает международные стандарты. См.: Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 70.

<sup>3</sup> См. Бельгия, Франция.

<sup>4</sup> См. Польша.

<sup>5</sup> См. также Греция.

спечивая своевременное исполнение должником по договору. Только если договорные права на расторжение являются существенными за пределами договорных отношений, что может иметь место в отношении определенных (не всех) финансовых договоров (например, деривативов), они должны соблюдаться.

396. По этим причинам дифференцированный подход к положениям *ipso facto* представляется наиболее подходящим. Чтобы гарантировать то, что оговорки об ускорении или прекращении действия контракта отменяются только в тех случаях, когда необходимо поддерживать жизнедеятельность должников в целях поддержки усилий по реструктуризации или последующей продаже в процессе ликвидации, такие положения должны оставаться в силе, но на их применение должно влиять любое (коллективное или индивидуальное) приостановление исполнительных действий согласно соответствующему законодательству о реструктуризации или несостоятельности<sup>1</sup>. Следуя этому подходу, законодатели должны предусмотреть (1) защиту для четко и узко определенных типов (длящихся) контрактов, которые не будут затронуты мораторием и не будут прекращены в рамках реализации права администратора. Они также должны предусмотреть (2) способ отменить мораторий, как только усилия по продолжению бизнеса потерпят неудачу и ликвидация по частям неизбежна.

### 3.3. Передача контрактов в рамках сделок отчуждения действующего бизнеса должника

397. Продолжение выгодного длящегося договора, например, долгосрочная аренда недвижимости с арендной платой ниже рыночной стоимости, безусловно, необходима для реструктуризации. Однако, если единственным приемлемым вариантом является продажа бизнеса должника (сделка в отношении активов)<sup>2</sup>, потенциальные участники торгов будут готовы платить больше только в том случае, если они

<sup>1</sup> Такой широкий охват моратория будет включать не только оговорки *ipso facto*, но также все другие договорные положения, которые позволяют контрагенту расторгнуть или потребовать досрочного исполнения договора, например, по основанию неисполнения обязательств.

<sup>2</sup> Если покупка совершается путем сделки с акциями, в результате такой покупки приобретается юридическое лицо должника, включая все договорные права, что означает, что нет необходимости в какой-либо уступке. Однако часто сделка с акциями не является возможной опцией либо потому, что должник не является компанией, либо потому, что покупатель не заинтересован в приобретении всей задолженности, связанной с предприятием. Сделка с активом — единственный вариант (см. гл. 7).

смогут заключить такие выгодные контракты. В соответствии с договорным правом для требуемой уступки контрактов обычно необходимо согласие контрагента<sup>1</sup>, и такое согласие может быть недоступно для контрактов, которые больше невыгодны контрагенту. В данном случае законодательство о несостоятельности может предусматривать уступку договоров независимо от согласия контрагентов<sup>2</sup> или может разрешать судам по делам о несостоятельности утверждать уступку, если контрагент существенно не ущемляется в результате уступки<sup>3</sup>. Хотя ряд государств-членов ввели такие правила, в большинстве юрисдикций не допускается какая-либо уступка договора (не только требования) против [без] явного согласия контрагента<sup>4</sup>.

398. Поскольку не существует общего или приблизительного стандарта для уступки договоров при возражении контрагента в национальном законодательстве о несостоятельности и гражданском праве, применение принципа соблюдения предбанкротных прав не приведет к общему решению. В то же время законодательство о несостоятельности и реструктуризации предлагает способы использования выгодных контрактов с сохранением предприятия должника посред-

---

<sup>1</sup> Исключением является Гражданский кодекс Италии (ст. 2558). Здесь, если это не запрещено конкретным характером соответствующего соглашения (например, контракты с поставщиками профессиональных услуг), любая передача действующего бизнеса должника автоматически включает в себя передачу всех контрактов должника покупателю. Контрагент не может возражать, но имеет право расторгнуть договор в течение трех месяцев по уважительной причине, если предварительное основание для расторжения договора существует. Исключения также существуют в шведском гражданском праве для договоров аренды и договоров в отношении интеллектуальной собственности, и (косвенно) в Нидерландах. См.: заключительную часть ст. 6: 236 (е) Гражданского кодекса, которая предусматривает, что в договорах с потребителем (стороной — физическим лицом, которое не реализует профессию или бизнес) следующий пункт, включенный в общие условия контракта, считается необоснованно обременительным, а именно пункт, в соответствии с которым потребитель должен заранее предоставить разрешение на передачу обязательств по соглашению третьей стороне, за исключением случаев, когда потребитель в любое время имеет право расторгнуть договор, или контрагент несет ответственность за выполнение обязательств третьей стороной или *переход происходит в связи с передачей обязательства, в отношении которого как обязанности, так и обратные права связаны* (курсив докладчиков).

<sup>2</sup> См.: ст. 146-бис Кодекса о несостоятельности Испании. Подобные правила существуют в латвийском и польском законодательстве о несостоятельности.

<sup>3</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 83. Такое судебное решение доступно в соответствии со ст. L. 642-7 Коммерческого кодекса Франции.

<sup>4</sup> См. Австрия, Бельгия, Англия и Уэльс, Германия, Венгрия, Нидерланды и Швеция.

ством реструктуризации или сделок с акциями. Если эти варианты недоступны из-за обстоятельств конкретного дела, гражданское право обычно требует соглашения с контрагентом для передачи контракта в ходе покупки бизнеса (активов) должника. В целом такой режим, по-видимому, на первый взгляд достаточно хорошо уравнивает интересы кредиторов должника и контрагента. Однако это приведет к задержке передачи выгодных договорных условий, если такие договорные условия вообще выдержат переговоры по поводу согласия контрагента. В связи с этим дополнительное вмешательство с помощью инструментов законодательства о несостоятельности может быть полезным. С этой целью мы бы рекомендовали правило, согласно которому все длящиеся контракты, которые все еще действительны<sup>1</sup>, передаются покупателю бизнеса должника в сделке по приобретению активов действующего бизнеса (*going-concern assets*)<sup>2</sup>, в то время как уже контрагент может подать возражение о надзоре (или подтверждении продажи)<sup>3</sup> в суд по делам о несостоятельности, утверждая, что его положение ухудшилось при появлении новой стороны договора по сравнению с тем, когда такой стороной был должник.

### 3.4. Рекомендации

**Рекомендация 3.01:** Государствам-членам следует придерживаться принципа, согласно которому открытие производства не влияет на длящиеся контракты должника. Реализация прав из таких договоров должна подлежать приостановлению, и администратор имущества должника (управляющий или должник во владении) должен иметь возможность принимать решение о продолжении или отклонении любого длящегося договора при условии соблюдения законных интересов контрагента. Исключения для конкретных типов длящихся контрактов должны быть ограниченными, хорошо продуманными и четко определенными.

**Рекомендация 3.02:** Государствам-членам следует ограничить право принимать решение о продолжении или отклонении любого длящегося

---

<sup>1</sup> Правила, регулирующие отказ или продолжение длящихся контрактов, предусматривают предварительный выбор переданных контрактов администратором имущества должника (который является уполномоченным в деле о несостоятельности в процессе ликвидации).

<sup>2</sup> Передача не будет включать обязательства должника по договору, возникшие до даты клиринга.

<sup>3</sup> См. гл. 7 о роли судов в таких продажах.

контракта формальным процессом реструктуризации или производства по делу о несостоятельности. Инструмент не должен быть доступен во время внесудебной реструктуризации или процедуры поддержки такой реструктуризации.

**Рекомендация 3.03:** Государствам-членам следует предусмотреть конкретные законодательные нормы для длящихся контрактов, которые необходимы для продолжения деятельности должника, такие как, например, аренда недвижимости, энергоснабжение, доменные услуги и услуги в сфере интеллектуальной собственности, лицензионные соглашения. При этом государства-члены должны учитывать принятые международные нормы «мягкого права».

**Рекомендация 3.04:** Государствам-членам следует предусмотреть, чтобы положения об ускорении или прекращении действия контракта в самих длящихся контрактах оставались неизменными и действительными.

Тем не менее акты принудительного исполнения или исполнения таких положений не должны иметь никакого эффекта в случае приостановления исполнительных действий (моратория) согласно соответствующему законодательству о реструктуризации и несостоятельности.

**Рекомендация 3.05:** Государства-члены должны обеспечить право на отмену приостановления, как только усилия по продолжению бизнеса потерпят неудачу и ликвидация по частям окажется неизбежной.

**Рекомендация 3.06:** Государствам-членам следует ввести правила, позволяющие переуступить все длящиеся контракты, которые по-прежнему действительны, покупателю бизнеса должника при продаже действующего бизнеса (*going-concern*). Такие правила должны включать в себя право контрагента по переданным договорам подать возражение в суд, мотивированное тем, что его положение с новым контрагентом ухудшилось по сравнению с тем, когда контрагентом выступал должник.

## ГЛАВА 4

### ОЧЕРЕДНОСТЬ ТРЕБОВАНИЙ КРЕДИТОРОВ; УПРАВЛЯЮЩАЯ РОЛЬ КРЕДИТОРОВ

399. В этой главе рассматривается роль кредиторов в производстве по делу о несостоятельности. Сначала мы рассмотрим право кредиторов на получение платежей по своим требованиям. Во второй части мы рассмотрим право кредиторов принимать процессуальные решения в делах о несостоятельности или реструктуризации.

#### 4.1. Введение

400. Производство по делу о несостоятельности в своем классическом понимании по сути является процедурой ликвидации. Эффективная ликвидация имущественной массы и распределение выручки, полученной от продажи имущества среди кредиторов, — основная цель такой процедуры. Учитывая, что должник является несостоятельным и средств от продажи имущества будет недостаточно для выплаты всем кредиторам полной суммы их требований, законодательство о несостоятельности позволяет выбрать один из трех вариантов: (1) всем кредиторам платят одинаково пропорционально, или (2) некоторым кредиторам платят в первую очередь перед остальными, или (3) элементы обоих вариантов. Все юрисдикции в нашем опросе выбрали третий путь. И хотя наши обзоры законодательства демонстрируют значительные расхождения между государствами-членами в отношении особенностей очередности требований кредиторов, большинство национальных законов предусматривают критерии очередности требований, которые в основном имеют сходные черты.

401. Как правило, все кредиторы сталкиваются с последствиями несостоятельности их общего должника похожим образом<sup>1</sup>. Они не могут рассчитывать на полную оплату долга. Здесь единственным сбалансированным и справедливым отношением к кредиторам будет подход *pari passu*, означающий, что ко всем кредиторам применяется равный

---

<sup>1</sup> В отношении договорных кредиторов, где из договора вытекают взаимные обязательства, в этой главе мы ограничиваемся денежным обязательством должника перед кредитором.

режим соответственно и пропорционально их правам, существовавшим до наступления несостоятельности, и что ни один кредитор (или класс кредиторов) не может получить преференциальный режим (преимущество перед другими). Мы считаем, что это является ключевым вопросом в производстве по делу о несостоятельности.

402. Однако некоторые кредиторы могут иметь веские причины для получения выплаты сверх «равной» части вплоть до полной оплаты. Эти платежи могут иметь важное значение для организации производства (судебные расходы, расходы управляющего в деле о банкротстве) или для поддержания деятельности должника (текущее финансирование). Некоторые кредиторы могут иметь особые социальные потребности (например, работники), в то время как другие могут исполнять специальные государственные функции (например, налоговые органы, органы социального обеспечения). Некоторые, возможно, просто заключили сделку, предоставляющую преимущество (обеспеченные кредиторы). Все национальные законодатели отметили необходимость таких потребностей и гарантий на полную оплату отдельным классам кредиторов. Учитывая ограниченность конкурсной массы, такая полная выплата некоторым кредиторам приводит к уменьшенным или пропорциональным платежам для оставшихся кредиторов. Преимущество в распределении выплат ведет к установлению очередности требований кредиторов.

403. В целом гражданско-правовые преимущества, без исключения, в полной мере применяются при производстве по делу о несостоятельности. Законодатели могут предоставлять преимущество различными способами<sup>1</sup>. Наиболее эффективно, когда кредитор наделен правом изымать в своем интересе определенный актив (движимый, недвижимый или право) из имущественной массы должника в целях продажи или иным образом реализовать актив самостоятельно и независимо от проведения производства по делу о несостоятельности. Такое право на изъятие может быть основано на удержании за собой титула (собственности) или на обеспеченном обязательстве (залоговое удержание), которые могут возникать из договорных отношений или положений закона. Часто такие права относятся только к конкретным активам. Однако они могут также обременять широкий круг активов (например,

---

<sup>1</sup> Для подробного отчета (кроме наших Обзоров законодательства), например, см.: Dennis Faber, Niels Vermunt, Jason Kilborn, Tomáš Richter, Ignacio Tirado (eds.), *Ranking and Priority of Creditors* (OUP 2016), собирающие (но не анализирующие или сравнивающие) отчеты из Австралии, Австрии, Бельгии, Канады, Чехии, Англии, Франции, Германии, Ирландии, Нидерландов, Польши, Шотландии, Испании, Швеции и США.

плавающий залог). Все эти формы преимуществ вытекают из общих гражданских правовых систем государств-членов.

404. Еще один законодательный способ предоставления предпочтения, который часто определяется законами, касающимися несостоятельности, заключается в том, чтобы предусмотреть преференциальную выплату за счет поступлений, полученных в результате полной продажи имущественной массы в ходе разбирательства. В таком случае активы не изымаются из имущественной массы, что может позволить должнику продолжить деятельность и его дальнейшую продажу. Преференциальное распределение может также основываться на обеспечительном праве (которое распространяется на дебиторскую задолженность), а также быть установлено законом.

#### 4.2. Очередность кредиторов

405. В наших обзорах законодательства указывается, что национальные законодатели использовали все доступные методы для создания преимуществ как в общем гражданском законодательстве, так и в законодательстве о несостоятельности, по множеству политических причин. Чтобы обеспечить *ex ante* оценку рисков несостоятельности и сохранить ожидания всех участников, важно, чтобы классы кредиторов были четко определены, в особенности в отношении тех кредиторов, которые имеют право на приоритетное погашение<sup>1</sup>.

406. Что касается приоритета требований, то в национальных законах о несостоятельности используется широкий спектр различных подходов как в отношении приоритета между различными очередями кредиторов, так и в отношении кредиторов в рамках определенной очереди, например, среди необеспеченных кредиторов могут создаваться подочереды<sup>2</sup>. В Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (*UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law*) содержится общий обзор. Начнем с определения приоритетов между различными категориями. Прежде всего следует отметить, что в большинстве национальных законов о несостоятельности признается право обеспеченных кредиторов на первоочередное удовлетворение своих требований либо за счет общих средств, либо за счет поступлений от продажи конкретных

---

<sup>1</sup> Принципы Всемирного банка (2016), Принцип C12.1; Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 186.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 267.

обремененных активов (Рекомендация 269). Административные расходы по делу о несостоятельности часто ставятся ниже обеспеченных требований, но выше необеспеченных требований (Рекомендация 270). Однако существуют также законы о несостоятельности, которые ставят обеспеченные требования ниже административных расходов и других требований, таких как требования о невыплаченной заработной плате, налоговые требования, экологические требования и требования о возмещении вреда здоровью (Рекомендация 269). После удовлетворения требований всех обеспеченных и приоритетных кредиторов остаток задолженности обычно распределяется среди обычных, необеспеченных кредиторов на пропорциональной основе, а после расчетов с ними распределяется среди акционеров должника (Рекомендация 273). Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности рекомендует следующую очередность в порядке приоритетности для требований, помимо обеспеченной задолженности:

- 1) административные расходы и издержки;
- 2) требования с приоритетом;
- 3) обыкновенные необеспеченные требования; и
- 4) пониженные требования или требования, субординированные по закону (Рекомендации 275–276).

Недавно Вуд (*Wood*) заявил, что обычно «корпоративная лестница» состоит как минимум из шести основных рангов или ступеней, расположенных следующим образом:

- 1) суперприоритетные кредиторы (с некоторыми супер-суперприоритетными кредиторами);
- 2) приоритетные кредиторы;
- 3) *Pari Passu* кредиторы;
- 4) субординированные кредиторы;
- 5) акционеры; и
- 6) кредиторы, лишенные прав.

Вуд отметил, что иногда на лестнице бывает около 60 или 70 ступеней<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> P.R. Wood, *The Bankruptcy Ladder of Priorities*. *Business Law International*, 209 и след. Обширный обзор примерно 20 стран по всему миру. См.: D. Faber, N. Vermunt, J. Kilborn, T. Richter and I. Tirado, *Ranking and Priority of Creditors* (Oxford: Oxford University Press, 2016). Очевидно, что для Англии этот список является явно неполным, поскольку нет места, зарезервированного для предписанной части, подлежащей предоставлению необеспеченным кредиторам в соответствии с п. 176А Акта о несостоятельности 1986 г.

В принципе, юрисдикции имеют различия в классах, упомянутых в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности<sup>1</sup>. Кроме нескольких исключений (см. ниже), очередность требований приводит к абсолютному приоритету, это означает, что кредиторы из более низкой очереди получают выплату только после того, как все более высокие требования будут оплачены<sup>2</sup>.

#### 4.2.1. Кредиторы, владеющие активами из имущественной массы

407. Кредиторы, которые могут на законных основаниях утверждать, что определенные активы не принадлежат имущественной массе должника, имеют право изымать такие активы у администратора, поскольку такие активы не являются частью имущественной массы. Таким образом, эти активы не могут выбыть (быть реализованы) в ходе производства по делу о несостоятельности. Такой кредитор, являющийся владельцем актива, формально не является очередным кредитором, поскольку не имеет прав или интереса к имущественной массе должника. Однако право на истребование актива может тем не менее нанести ущерб процедуре, а если этот актив окажется существенным для продолжения, нанести ущерб и возможной реструктуризации (или продаже) бизнеса должника. Если правовая система допускает сохранение права собственности, то право собственности в таком случае является обеспечительным обязательством. В целом именно режим несостоятельности и реструктуризации, регулирующий основные соглашения (аренда или покупка), обычно определяет, может ли собственник фактически вывести активы из бизнеса (см. гл. 3).

408. Особый способ извлечения активов из имущественной массы должника проводится в форме зачета прав или соглашений о взаимозачете. Так, любой кредитор (обеспеченный или необеспеченный) может

---

<sup>1</sup> В некоторых странах проводится различие между реорганизацией и ликвидацией. Например, в Бельгии судебное разбирательство о реорганизации не рассматривается как ситуация *concurso creditorum*. На них распространяются правила банкротства только в случае передачи предприятия под надзор суда. Реорганизация не предполагает установления очередности кредиторов: между кредиторами, на которых распространяется мораторий (реестровые кредиторы) и не распространяется (текущие кредиторы). Во Франции очередность, применимая к реорганизации, очень похожа на очередность, действующую для ликвидации, и редко применяется на практике, только когда конкретный актив продается компетентным доверенным лицом или когда бизнес продается в качестве действующего предприятия.

<sup>2</sup> Принципы Европейского закона о несостоятельности (2003), § 12.2.

извлечь с помощью встречного требования имущество из имущественной массы должника (которое является ценным) путем взаимозачета его требований к несостоятельному должнику. Юрисдикции обычно предоставляют право на зачет до открытия производства. Они также соблюдают договоренности о взаимозачете в финансовых контрактах.

#### 4.2.2. Преимущество обеспеченных реестровых кредиторов

409. Преференциальный режим обеспеченного кредитного обязательства является общим для всех исследованных юрисдикций. Все режимы несостоятельности в Европе соблюдают договоренности об обеспечительных правах должника, если они разрешены местным гражданским (договорным) законодательством и не представляют собой мошенническую передачу активов согласно соответствующим положениям законодательства о несостоятельности. В целом кредиторы могут принять решение об *ex ante* уменьшении риска несостоятельности в своих деловых отношениях с должником, требуя от должника предоставить им обеспечительное право на имущество в активах должника. Такое право на получение компенсации, как правило, достигает своей цели, поскольку кредитор фактически пользуется преференциальным режимом в той степени, которая гарантируется таким правом в случае несостоятельности.

410. Обеспечительные права могут быть переданы как на движимое имущество, так и на недвижимое имущество индивидуально – путем оформления ипотеки и залогов<sup>1</sup>, ареста имущества за долги (Франция, Италия, Польша или Швеция), иных согласованных обеспечений (Франция и Италия), таких как передача собственности и уступка прав в целях обеспечения (Австрия, Германия или Италия) – или коллективно посредством плавающего залога (Бельгия, Венгрия, Швеция или Англия и Уэльс) или коллективные передачи в целях обеспечения.

411. Такие обеспечительные права часто основываются на договорных соглашениях, но могут также иметь законодательную основу. Последние (внедоговорные обеспечительные права) допускают такой же преимущественный режим, как и первые. Залог в силу закона часто предоставляется для обеспечения конкретных кредиторов, чьи полномочия вести переговоры об обеспечительных правах ограничены, но которые считаются нуждающимися в защите (например, ремесленники или моряки). Вместо предоставления таким кредиторам

---

<sup>1</sup> Эти типы залогов являются общими для всех юрисдикций в нашем проекте.

общего предпочтения при распределении выручки законодатели обеспечивают достаточную защиту их прав при несостоятельности путем предоставления обеспечительного интереса в отношении определенного набора активов.

412. Обеспечительные права защищают интересы обеспеченного кредитора на получение денежной выплаты от должника, часто на основе кредитного или заемного соглашения. Таким образом, стоимость обремененных активов составляет защиту обеспечительными правами. В соответствии с правилами о несостоятельности (ликвидации) обеспеченные кредиторы не всегда могут требовать передачи им обремененных активов, а могут требовать погашения задолженности перед ними только после продажи всех активов должника в ходе процедуры ликвидации<sup>1</sup>. Однако в большинстве юрисдикций обеспеченные кредиторы имеют право просить администратора передать им соответствующие активы. Передача кредитору обремененных активов влечет полное погашение обеспеченного требования. В некоторых юрисдикциях обеспеченный кредитор может подать иск с требованием о выплате непогашенной части, если выручка от продажи не полностью покрывает обеспеченное требование<sup>2</sup>.

413. Право, которое предоставляет обеспечение при несостоятельности, может быть описано для многих юрисдикций с помощью ранжирования, в котором обеспеченные требования занимают первое место<sup>3</sup>. В таких юрисдикциях обеспеченные кредиторы могут либо изымать обремененные активы, либо требовать первоочередного распределения доходов от продажи этих активов. Однако такой приоритет для обеспеченного требования создает проблему для всех иных кредиторов. В экономике, где все имеющиеся активы предоставляются в качестве обеспечения при получении кредита, в имуществе должника остается мало или совсем не остается необремененных активов к моменту, когда начинается производство по делу о несостоятельности. Отсутствие необремененных активов является осложнением для всех тех юрисдикций, в которых требуются достаточные активы для покрытия издержек производства по делу о несостоятельности, в том числе когда активы нужны в первую очередь для начала производства

---

<sup>1</sup> См., например: немецкий Кодекс о несостоятельности, § 166 (для обремененного движимого имущества и переданных прав).

<sup>2</sup> См., например, Бельгия или Германия. См. также: Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 188.

<sup>3</sup> См. Австрия, Германия, Англия и Уэльс, Нидерланды, Испания или Швеция.

по делу о несостоятельности. В ответ на это в некоторых юрисдикциях вычитают до 10% от выручки от продажи обремененных активов для покрытия издержек производства<sup>1</sup>. Если размер вычета превышает такие издержки, излишек может быть распределен другим (необеспеченным) кредиторам.

414. Однако широкое распространение использования обеспечительных прав не только ставит под угрозу начало производства по делу о несостоятельности в связи с недостаточностью имущественной массы для покрытия начальных расходов. Это также ставит под угрозу успешность начавшегося производства по делу о несостоятельности или реструктуризации, поскольку такие процедуры требуют дополнительного текущего финансирования, если бизнес продолжает деятельность и может быть спасен. И наконец, что не менее важно, новое финансирование также имеет значение для внедрения инструментов реструктуризации после успешного завершения процедуры реструктуризации. Для всех этих видов финансирования необходим кредит, и он может быть доступен только в том случае, если должник (или администратор) может предоставить обеспечительные права, что опять же затруднительно, если у должника не осталось необремененных активов. К настоящему времени лишь в очень немногих юрисдикциях специально занимались вопросом поддержки промежуточного (или DIP) и нового финансирования оздоровления (см. гл. 2). Раз так, то хорошо известное решение заключается в том, чтобы разрешить суду санкционировать создание новых обеспечительных прав первой очереди в уже обремененных активах («суперприоритет»), если должник не в состоянии получить кредит иным образом и интересы обесцененного обеспеченного кредитора надлежащим образом защищены<sup>2</sup>. Во Франции финансовые соглашения в рамках ратифицированного соглашения о примирительной процедуре пользуются привилегией такой примерительной процедуры в случае последующей несостоятельности, поскольку они выплачиваются досрочно перед обеспеченными кредиторами за счет поступлений от продажи активов.

---

<sup>1</sup> См. Бельгия, Германия, Венгрия или Польша. В соответствии с английским законодательством плавающее обременение может покрывать все активы, но в случаях, когда имущества недостаточно для покрытия расходов и привилегированных требований, эти требования имеют приоритет. Кроме того, для погашения необеспеченных долгов должна быть предусмотрена «установленная часть» обремененной чистой стоимости до 600 000 фунтов стерлингов в целом.

<sup>2</sup> См. первоначальное положение в Кодексе США о банкротстве. Ст. 364 (d).

### 4.2.3. Кредиторы, привилегированные в силу правил законодательства о несостоятельности (привилегия текущих кредиторов)

415. Законодатели могут не только предоставлять привилегию в качестве выплаты перед общим классом кредиторов, имея в виду положения соглашений в отношении реестровых требований или законодательные положения, обеспечивающие такое правовое положение (обеспечительные права). В качестве альтернативы законодатели могут включить такую привилегию непосредственно в правило об удовлетворении требований кредиторов за счет поступлений от продажи активов в случае несостоятельности (привилегия текущих кредиторов)<sup>1</sup>. Наши доклады показывают, что все юрисдикции предусматривают оба вида привилегий.

416. Как правило, такая привилегия предоставляется требованиям, возникающим в связи с управлением производством по делу о несостоятельности (издержки, связанные с производством) и имущественной массой должника (административные расходы<sup>2</sup>), в частности, в случаях, когда предприятие продолжает вести деятельность<sup>3</sup>. Хотя требования о возмещении процессуальных издержек (вознаграждение суда и управляющего в деле о банкротстве) могут затрагивать даже обеспеченные требования (см. выше), требования, возникшие после открытия производства в связи с управлением имущественной массой, как правило, оплачиваются в первую очередь<sup>4</sup> за счет ликвидационных поступлений от необремененной имущественной массы. Кроме того, такие требования не затрагиваются мораторием или приостановлением исполнительных действий. Такая полная гарантия платежа особенно

---

<sup>1</sup> См. также определение: «Преференциальные долги — это необеспеченные долги, которые в силу закона подлежат погашению в первоочередном порядке по окончании срока погашения по отношению ко всем другим необеспеченным долгам, но которые пропорционально уменьшаются в отношениях между собой» (Vanessa Finch, *Corporate Insolvency Law Perspectives and Principles* (Cambridge University Press, 2002). P. 425).

<sup>2</sup> Они могут включать управленческие и ликвидационные расходы, требования кредиторов после открытия производства по новым контрактам, заключенным управляющим в деле о несостоятельности (или должником во владении), или уступленные дящиеся контракты (например, заработная плата работников).

<sup>3</sup> Единственным исключением является Венгрия, где требования, возникшие после открытия производства, рассматриваются как требования, возникшие до открытия производства, включая обязанность предъявить требование в течение строго установленного срока.

<sup>4</sup> Все процедурные издержки вычитаются. Во Франции они оплачиваются только после подачи требований о сверхльготной 60-дневной заработной плате.

важна в делах о реструктуризации и несостоятельности, связанных с текущими коммерческими операциями, поскольку поставщики, работники и другие ключевые деловые партнеры будут продолжать свое сотрудничество с должником только в том случае, если они могут рассчитывать на продолжение поступления платежей, несмотря на открытие производства по делу. Единственным ограничением этой гарантии является возможная недостаточность имущественной массы даже для покрытия таких привилегированных требований. В этом случае порядок очередности для различных классов расходов может дать дополнительные гарантии важным кредиторам<sup>1</sup>.

417. Принцип С16.2 Принципов эффективного режима кредиторов/должников Всемирного банка 2016 г. (2016 *World Bank Principles for Effective Creditor/Debtor Regimes*) предусматривает, что система законодательства о несостоятельности должна позволять члену группы компаний, в отношении которого открыто производство по делу о несостоятельности, предоставлять или содействовать осуществлению финансирования после открытия производства или иное финансовое содействие другим компаниям в группе, в отношении которых также открыто производство по делу о несостоятельности<sup>2</sup>. Этот принцип также предусматривает, что в системе законодательства о несостоятельности следует оговорить приоритет, предоставляемый такому финансированию после открытия производства<sup>3</sup>. Аналогичным образом Руководством ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности также рекомендуется, чтобы законодательство о несостоятельности устанавливало приоритет, который может быть предоставлен текущему финансированию, обеспечивая по крайней мере оплату после открытия производства текущему кредитору, перед обыкновенными необеспеченными кредиторами, включая необеспеченных кредиторов, обладающих административным приоритетом<sup>4</sup>.

418. Помимо текущих требований (административные расходы), существует практика предоставления преференциального режима конкретным классам кредиторов, возникших до открытия производства. За исключением Германии, все национальные консультанты нашего

---

<sup>1</sup> См., например, Австрия, Англия и Уэльс, Германия или Испания. См. также: Принципы Европейского закона о несостоятельности, § 6.3.

<sup>2</sup> Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С 16.2

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 119.

проекта сообщают о том, что их законы предусматривают такую привилегию для защиты различных политических интересов (в основном социальных и фискальных). Наиболее распространенным является преференциальный режим в отношении требований по неуплаченным налогам<sup>1</sup> и невыплаченной заработной плате работникам<sup>2</sup>. В некоторых правовых системах (например, в Бельгии или Швеции) была разработана весьма подробная система преференций, в то время как в других значительно сократилось число привилегированных категорий кредиторов (см., например, Англию и Уэльс). Во многих случаях предпочтение отдается праву на получение платежа раньше других необеспеченных кредиторов за счет ликвидационных поступлений от всех необремененных активов имущественной массы. В некоторых случаях привилегированные кредиторы могут требовать выплаты только от определенных активов из имущественной массы<sup>3</sup>.

#### 4.2.4. Обыкновенные кредиторы

419. Реестровые кредиторы, не имеющие обеспечительной привилегии или привилегии текущего кредитора (обеспечительное право или привилегия, предусмотренная законодательством о несостоятельности), являются обыкновенными кредиторами и соотносятся друг с другом по принципу *pari passu*, с тем чтобы они могли в равной мере пропорционально рассчитывать на погашение своих требований из имущественной массы.

#### 4.2.5. Субординированные кредиторы

420. Во всех правовых системах (за исключением Франции) некоторые классы требований, подлежащих оплате за счет поступлений в ходе производства по делу о несостоятельности, подлежат удовлетворению лишь после полного удовлетворения всех обыкновенных

---

<sup>1</sup> Бельгия, Венгрия, Греция, Латвия, Нидерланды или Польша.

<sup>2</sup> См. информацию о всех юрисдикциях, за исключением Австрии и Германии, которая содержится в нашем Докладе. Такое предпочтение в отношении требований работников также рекомендуется в Принципах Европейского закона о несостоятельности (2003), § 7.2; Принципах Всемирного банка (2016), Принципе С12.4 рекомендуется «уравнивать права работников с правами других кредиторов».

<sup>3</sup> Например, Бельгия, где привилегированные налоговые органы, работники и учреждения социального обеспечения могут требовать только поступления от всех движимых активов.

требований в полном объеме. Такие субординированные или пониженные кредиторы, как правило, не могут ожидать погашения своих требований в рамках производства по делу о несостоятельности, если имущественной массы недостаточно для погашения всех обыкновенных требований. Вместе с тем такие требования могут быть погашены в рамках реструктуризации, если такое производство было начато своевременно.

421. Требования могут быть субординированы в силу закона, судебного решения или договора. Принципы, лежащие в основе законодательной субординации, могут варьироваться. Во многих случаях выплаты процентов после открытия производства и штрафы за просрочку платежей по обыкновенным требованиям в соответствии с договором относятся к числу субординированных требований первой очереди<sup>1</sup>. В некоторых правовых системах акционеры получают последний платеж при ликвидации в случае несостоятельности так же, как и в случае ликвидации по закону о компаниях. Субординация требований акционеров часто включает в себя не только требования, связанные с членством, но и другие независимые контракты (так называемые ссуды акционеров)<sup>2</sup>. Она может также распространяться на требования лиц, контролирующих компанию, таких как директоров или родственников бенефициаров, директоров компаний и акционеров<sup>3</sup>.

422. В наших обзорах законодательств указывается, что не существует общего режима соглашений о субординации. В то время как такие соглашения являются единственным основанием для субординации в некоторых юрисдикциях (например, в Нидерландах), они считаются противоречащими публичному порядку и поэтому недействующими в других (как в Англии и Уэльсе). В ряде правовых систем соглашения о субординации между необеспеченными кредиторами являются действительными и имеют силу<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Англия и Уэльс, Германия, Нидерланды или Латвия.

<sup>2</sup> Германия или Польша, где субординируются ссуды акционеров компаний с ограниченной ответственностью. В Италии ссуды акционеров компаний с ограниченной ответственностью и акционерных компаний также субординируются при условии, что, например, они были предоставлены в ситуации, когда вместо ссуды должно было быть произведено дополнительное вливание акционерного капитала. Также Англия и Уэльс, где признаются отложенными только претензии, связанные с членством.

<sup>3</sup> Венгрия, а также Испания.

<sup>4</sup> Австрия, Бельгия, Германия, Нидерланды или Польша. В Австрии и Нидерландах субординация может также являться результатом одностороннего заявления кредитора. В Бельгии соглашение о приоритете может быть также заключено между обеспеченными кредиторами.

### 4.3. Мотивы рекомендаций

423. Основополагающий принцип законодательства о несостоятельности заключается в том, что удовлетворение предбанкротных (реестровых) требований кредиторов осуществляется в соответствии с правилами распределения массы, предусмотренными законодательством о банкротстве, если только не возникнет законных оснований для распределения в отношении них по модели текущих требований<sup>1</sup>. Обеспеченные сделки должны поддерживаться и соблюдаться в ходе производства по делу о несостоятельности и реструктуризации при любых обстоятельствах<sup>2</sup>. Обеспеченные кредиторы должны быть уверены в ценности своего обеспечения<sup>3</sup>. Любое отклонение в соответствии с законодательством о несостоятельности должно быть обосновано конкретным законным интересом, четко определено и позволять каждому кредитору прогнозировать и рассчитать заранее свое правовое положение при возможной будущей несостоятельности должника. По той же причине принцип *pari passu* не предусматривает пропорционального распределения между всеми кредиторами, а только среди равных (кредиторов одной очереди)<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> В целом этот принцип должен пользоваться всеобщей поддержкой. Среди ученых, конечно, много споров по поводу законности последствий перераспределения – договорная теория (*creditor's bargain theory*) утверждает, что нет веских причин для перераспределения, но гипотетически кредитор может сделать это (см.: Thomas H. Jackson, *Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain*, 91 *Yale L.J.* 1982. P. 858; Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard University Press, 1986)), и многие традиционалисты утверждают, что законодательство о несостоятельности играло и должно всегда играть роль в перераспределении, потому что должник затрагивает больше заинтересованных сторон, чем только кредиторы из общего пула, и такие конфликты, связанные с несостоятельностью, также должны регулироваться законодательством о несостоятельности в целом. См.: Roy Goode, *Principles of Corporate Insolvency Law* (4<sup>th</sup> edn, Sweet & Maxwell, 2011). P. 2–17.

<sup>2</sup> Принципы Всемирного банка (2016), Принцип C12.2; Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004), Рекомендация 188.

<sup>3</sup> Также утверждалось, что банковский долг всегда должен быть старшим долгом для уменьшения *ex post* расходов на оценку приоритетов. См.: Ivo Welch, *Why Is Bank Debt Senior? A Theory of Asymmetry and Claim Priority Based on Influence Costs*, 4 *Review of Financial Studies* 1203 (1997). Однако на практике общие полномочия банков в отношении ведения переговоров по обеспеченным займам должны в достаточной степени обеспечивать все преимущества, показанные в этой модели.

<sup>4</sup> См.: Rizwaan Jameel Mokal, *At the Crossing of Property and Insolvency: The Insolvency Company's Encumbered Assets*, University College London Law Research Paper No. 09-01, 2008. P. 25–27 (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=1112309>).

424. Первоочередной законный интерес законодательства о несостоятельности и реструктуризации заключается в том, чтобы гарантировать упорядоченные процедуры путем обеспечения оплаты издержек всех субъектов, которые способствуют реструктуризации или производству по делу о несостоятельности, в частности, судов и соответствующих должностных лиц по делам о несостоятельности<sup>1</sup>. Их высококачественная профессиональная работа защищает права всех (почти) заинтересованных сторон в случае неплатежеспособности должника и не предоставляется на безвозмездной основе (см. 1.3), в связи с чем их вознаграждение не должно выплачиваться за счет средств налогоплательщиков, если в имущественной массе имеются (обремененные) активы. Законодатели могли бы предоставить общий суперприоритет в отношении вознаграждения<sup>2</sup>, но такое общее правило оставило бы некоторую неопределенность в отношении обеспеченных обязательств. Вместо этого четкий и предсказуемый вычет из поступлений от продажи обремененных активов обеспечил бы резерв средств на выплату вознаграждения в рамках каждой процедуры и, если он достаточно велик, для покрытия других административных расходов или даже минимального распределения среди обычных кредиторов. В ситуации, когда повсюду существуют обеспеченные сделки и имущественная масса должника с несколькими необремененными активами или без них, общий вычет до 10% полученной стоимости продажи всего или по крайней мере некоторого обеспечения следует рассматривать в качестве справедливой цены, которую обеспеченные кредиторы уплачивают за гарантию упорядоченной процедуры, обеспечивающей соблюдение их прав и интересов<sup>3</sup>.

425. Второе законное основание для ограниченного вывода в отношении обеспеченного кредитования в соответствии с законодательством о несостоятельности и реструктуризации основывается на том факте, что в случаях с функционирующим бизнесом

<sup>1</sup> В тех правовых системах, которые позволяют кредитору действовать в общих интересах в качестве должностного лица суда, возмещение расходов за такую деятельность может также заслуживать защиты. См.: Steven Haag, *Creditor-led Schemes of Arrangement: The Creditor as Claimant*, International Corporate Rescue 2014/3.

<sup>2</sup> Такая привилегия может также включать гонорары членов комитета кредиторов, если соответствующий правовой режим отводит им центральную роль в защите прав всех кредиторов, а не только их собственных интересов, см., например, в Германии, где такой комитет осуществляет надзор за деятельностью специалиста по вопросам несостоятельности и подтверждает продажу активов.

<sup>3</sup> См. также: Rizwaan Jameel Mokal, *What Liquidation Does For Secured Creditors, And What It Does For You*, 71 Mod. L. Rev. 2008, 699. P. 711–712.

реструктуризация или даже продажа бизнеса как единого способна обеспечить более высокую стоимость, что означает более высокую выручку в интересах кредиторов, чем формирование выручки путем раздельной продажи имущественной массы. Однако реструктуризация, а также продажа функционирующих предприятий возможны только в том случае, если активы, образующие коммерческое предприятие, не разрываются в начале производства обеспеченными кредиторами, осуществляющими принудительную реализацию своих реестровых прав<sup>1</sup>. В целях сохранения стоимости функционирующего предприятия приведение в исполнение обеспеченных требований должно быть отложено до тех пор, пока предприятие не будет продано (в рамках плана продажи или реструктуризации) или не выйдет из-под контроля. Это не означает, что после открытия производства всегда требуется автоматическое введение моратория (что обычно имеет место в случае официального производства по делу о несостоятельности и реструктуризации, по крайней мере в отношении необеспеченных кредиторов (см. выше гл. 2)). Будет достаточно наличия индивидуального моратория на действия соответствующих кредиторов по принудительной реализации (в частности, в рамках предбанкротных производств (см. выше 1.2)).

426. Общая заинтересованность в обеспечении стоимости функционирующего предприятия-должника также оправдывает третий вид отклонения от предбанкротных прав: общее законодательство, согласно которому административные расходы имеют приоритет перед обыкновенными требованиями. Расходы, которые возникают в результате усилий по инвентаризации и реализации всех активов в имущественной массе (в рамках продажи функционирующего предприятия, а также в рамках частичного аукционного процесса) или даже реорганизации предприятия должника, как правило, предназначены для максимального увеличения стоимости продажи, и поэтому такие расходы считаются необходимыми в интересах всех кредиторов. Как следствие, такие расходы должны быть оплачены в первую очередь. Риск предоставления такой привилегии — управляющему или должнику во владении, неосторожно производящему расходы, должен быть устранен путем установления личной ответственности действующего лица.

---

<sup>1</sup> Этот аргумент применим также к сторонам, обладающим аналогичными правами, таким как контрагенты должника, осуществляющие принудительную реализацию удержания правового титула.

427. Широкое использование общих преференций для конкретных классов требований по причинам социальной или налоговой политики представляется необоснованным. Хотя может существовать весома причина для защиты таких видов обыкновенных кредиторов в делах о несостоятельности, такие преференции практически не предоставляют помощи в делах о несостоятельности, в которых нет или очень мало необремененных активов, и поэтому очень мало или совсем нет денег для фактического удовлетворения требований среди привилегированных кредиторов. Если законодатели отреагируют на эту ситуацию, присвоив таким кредиторам более высокий статус, чем обеспеченным кредиторам (см., например, французский суперприоритет в отношении невыплаченной заработной платы работникам), то они нанесут серьезный ущерб рынку обеспеченного кредита, поскольку трудно заранее спрогнозировать масштабы сверхпреимущественных требований при будущей несостоятельности, и, таким образом, почти невозможно достоверно рассчитать кредитные риски, что обычно делает кредит более дорогим. Вместо этого законодатели должны воздерживаться от предоставления дополнительных общих преференций<sup>1</sup> и использовать другие средства защиты<sup>2</sup>. Права работников на получение заработной платы могут быть в достаточной степени защищены механизмами страхования, гарантирующими выплату причитающейся заработной платы (см. ниже гл. 5). Интересы конкретных социальных групп (таких, как ремесленники, фермеры, рыбаки, работники в портах, лица, потерпевшие от вреда, причиненного должником, и т.д.) могут также защищаться вне рамок производства по делу о несостоятельности. Если они должны пользоваться привилегией в делах о несостоятельности,

<sup>1</sup> Такое воздержание также рекомендуется в международных стандартах. См.: Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 187, или Принципы Всемирного банка (2016), Принцип 12.3.

<sup>2</sup> Согласно Mucciarelli (Federico M. Mucciarelli. Not Just Efficiency: Insolvency Law in the EC and Its Political Dimension, 14 EBOR 2013, 175) мы отмечаем, что приоритеты кредиторов оказывают распределительное воздействие на кредиторов. Как мы уже указывали, правила распределения во многих случаях отражают иерархию ценностей и интересов в каждой юрисдикции. По этой причине приоритеты, безусловно, имеют большое политическое значение. Муссиарелли (в трансграничном контексте ЕС) утверждает, что они создают препятствия для реформирования Европейского регламента о процедурах банкротства (2000), поскольку изменения косвенно изменят национальные стратегии социального обеспечения и равновесие. Выбор в отношении распределения регулирования банкротств в ЕС зависит от прогресса европейской интеграции и главным образом от политической легитимности, а не только от эффективности. Мы считаем, что то же относится и к усилиям по сближению национальных законов о реструктуризации и несостоятельности.

то законодатели должны принять решение о предоставлении им законного обеспечительного реестрового права в конкретных активах<sup>1</sup> вместо общего предпочтения при удовлетворении требований<sup>2</sup>. Такая привилегия не только является более эффективной, но и в большей степени соответствует общим принципам законодательства о несостоятельности (в отношении реестровых прав) и функционированию кредитного рынка (публичность, приоритет). Вопрос о том, следует ли распространять его на защиту фискальных интересов государства (неоплаченные налоговые требования), является спорным. Как правило, государство в достаточной степени пользуется преференциальным режимом, не связанным с несостоятельностью, с учетом возможности быстрого удовлетворения налоговых требований без необходимости получения судебного решения. Как представляется, дополнительные меры защиты трудно обосновать в отношении других кредиторов<sup>3</sup>. На практике взыскание всей суммы (иногда включая штрафы) социальных или требований по налоговым выплатам полностью противоречит политике спасения бизнеса. Сохранение жизнеспособного бизнеса и, следовательно, сохранение занятости требуют более гибкой социальной и фискальной политики<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Такие обязательства было бы предпочтительнее устанавливать в отношении необремененных активов, близких к таким группам, как, например, продукция, которую они производят. Они могут также обременять конкретные будущие активы должника, при необходимости с преимущественной силой перед будущим обеспечительным правом для договорного кредитора.

<sup>2</sup> Существует множество примеров такого способа создания защиты, см., например, обязательства для перевозчиков или грузоотправителей, держателей акций в соответствии с немецким торговым правом. См.: Jan Felix Hoffmann, *Prioritätsgrundsatz und Gläubigergleichbehandlung* (Mohr Siebeck, 2016). S. 304.

<sup>3</sup> Anto Kasak, *Which types of claims should be preferred in insolvency proceedings // Corporate Rescue and Insolvency*. 2012. P. 178, 179.

<sup>4</sup> Это мнение находит поддержку в прецедентном праве Суда ЕС. В связи с вопросом о НДС (к которому применима Директива 2006/112/ЕС о НДС) в контексте договоренности, представленной кредиторам несостоятельным должником, Европейский суд представил ответ 07.04.2016 по делу C 546/14 (C 546/14 *Degano Trasporti Sas di Ferruccio Degano & C., in liquidation, v. Pubblico Ministero presso il Tribunale di Udine* EU:C:2016:206) по вопросу окружного суда Удине, который спрашивает, препятствует ли фактически обязательство государств-членов принимать все необходимые законодательные и административные меры для полного возмещения НДС, установленные законодательством ЕС, использованию коллективного производства, за исключением банкротной ликвидации, в соответствии с которой несостоятельный профессиональный участник ликвидирует все свои активы для удовлетворения своих кредиторов и предусматривает погашение своего долга по НДС на сумму не меньшую той, которую этот профессиональный участник будет платить в случае банкротства. Суд

428. В целом любое более широкое использование соглашений об обеспечении и законных залогов должно быть тщательно продумано с учетом его последствий для вариантов оздоровления бизнеса. Преференции не должны препятствовать реструктуризации предприятия должника, если это позволяет всем заинтересованным сторонам добиваться лучших коллективных результатов, чем это было бы в случае немедленной ликвидации. Если в настоящее время кредит часто предоставляется под обеспечение, то законодательство о реструктуризации должно предусматривать средства реструктуризации обеспеченного кредита, столь же эффективные, как и необеспеченные кредиты. Если в правовых системах предусмотрен ряд реестровых преференциальных требований, такие требования также должны быть доступны для реструктуризации. Таким образом, план реструктуризации должен предусматривать возможность изменять права обеспеченных и привилегированных кредиторов до открытия производства (более подробная информация приводится ниже, гл. 8).

#### 4.4. Управление кредиторов

429. Все виды процедур реструктуризации или несостоятельности связаны с правами всех или по крайней мере некоторых кредиторов. В силу смысла термина *concursum* кредиторы объединяются. Как следствие, представляется очевидным предоставить собранию (органу) кредиторов право голоса в рамках такого производства, возможно, даже доминирующее право голоса. Поскольку производство по делу о несостоятельности и реструктуризация часто предполагают участие большого числа кредиторов, их участие обычно организуется путем созыва общих собраний кредиторов (см. 4.2.1) и путем создания постоянных комитетов кредиторов (см. 4.2.2).

---

Европейского союза постановил, что ст. 4(3) ТЕУ (подлинное сотрудничество между государствами-членами) и некоторые конкретные статьи Директивы 2006/112/ЕС об общей системе налога на добавленную стоимость не исключают того, что национальное законодательство, как, например, законодательство, рассматриваемое в рамках основного производства, должно толковаться как означающее, что несостоятельный профессиональный участник может обратиться в суд с ходатайством об открытии процедуры для соглашения с кредиторами с целью погашения его задолженности путем ликвидации его активов, в котором этот профессиональный участник предлагает лишь частичную выплату долга по НДС и устанавливает в докладе независимого эксперта, что этот долг не будет выплачен в более полной мере в случае банкротства этого профессионального участника. Мы считаем, что общие налоговые правила не должны применяться жестко.

#### 4.4.1. Общее собрание кредиторов

430. В случае производства по делу о несостоятельности общее собрание кредиторов обычно<sup>1</sup> созывается в течение оговоренного срока после открытия производства<sup>2</sup>. Дополнительные собрания (промежуточные собрания) могут созываться по усмотрению суда или по (квалифицированной) просьбе кредиторов (Австрия, Бельгия, Франция или Германия). В некоторых правовых системах предусматривается также обязательное проведение заключительного заседания в конце производства, на котором специалист по вопросам несостоятельности представляет свой окончательный доклад (Бельгия или Германия).

431. В общем собрании кредиторов участвуют все обыкновенные кредиторы должника. Кредиторам, имеющим обеспеченные требования или привилегии, часто запрещается участвовать в общих собраниях или по крайней мере голосовать (Германия, Италия или Англия и Уэльс). Компетенция общих собраний включает, в частности, проверку требований, замену администратора в деле о несостоятельности, назначение комитета кредиторов, принятие решения о продолжении коммерческой деятельности, информационные запросы и согласие на продажу предприятия должника. Во многих правовых системах центральная задача утверждения плана реструктуризации или несостоятельности возлагается также на общее собрание кредиторов (подробный анализ приводится ниже в гл. 8).

432. Общее собрание кредиторов принимает решение путем голосования. Если общее собрание также правомочно голосовать по вопросу о плане реструктуризации или несостоятельности, то могут применяться конкретные правила голосования (подробный анализ приводится ниже в гл. 8). Для решения других вопросов обычно требуется большинство голосов кредиторов, имеющих более 50% требований кредиторов, присутствующих и участвующих в голосовании на собрании кредиторов<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Такие правила отражают международные стандарты. См.: Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 128.

<sup>2</sup> Например, Австрия, Германию, Англию и Уэльс (с различными крайними сроками для различных видов судопроизводства), Греция, Венгрия, Италия (для предварительного согласия), Нидерланды или Швеция.

<sup>3</sup> Например, Австрия, Германия, Англия и Уэльс. Примечательным исключением является Бельгия, где не существует формальных процедур голосования, поскольку на таких заседаниях не принимаются официальные решения.

#### 4.4.2. Комитет кредиторов

433. В общепринятом понимании интересам соответствующих кредиторов может наилучшим образом отвечать координация их мер реагирования в отношении должника, испытывающего финансовые трудности, путем создания (по крайней мере) одного представительного комитета кредиторов<sup>1</sup>. Создание такого комитета проводится в целях содействия активному участию кредиторов в производстве по делу о несостоятельности<sup>2</sup> и обеспечения справедливости и добросовестности производства<sup>3</sup>. Они также вносят значительный вклад в надзор за деятельностью управляющего или должника во владении, с учетом прогресса и качества их работы, в то же время избегая нерациональных вмешательств<sup>4</sup>.

434. Принимая во внимание возникающие порой сложности организации комитета кредиторов и связанные с этим потенциальные издержки, в правовых системах часто допускается создание только одного комитета<sup>5</sup>, который может быть также факультативным в более мелких случаях<sup>6</sup>. Лишь в нескольких правовых системах создание такого комитета вообще не допускается<sup>7</sup>, в то время как в некоторых из них даже предусматривается создание более чем одного комитета по тому или иному делу<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Principles of European Insolvency Law (2003), Принцип 2.4; см. Также: INSOL International Workout Principles II (2017), Принцип 4, и Asian Bankers Association's Workout Guidelines (2013) для внесудебного урегулирования.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 129.

<sup>3</sup> Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С 7.1.

<sup>4</sup> EBRD ION Principles (2007), Принцип 7(b).

<sup>5</sup> Например, Австрия, Англия и Уэльс, Германия, Венгрия, Италия, Польша, Швеция.

<sup>6</sup> Например, Австрия, Франция или Германия; см. также гл. 10 для конкретного рассмотрения дел малого бизнеса.

<sup>7</sup> Например, Бельгия, Латвия и Испания. Здесь могут существовать частные формы сотрудничества с кредиторами (Латвия). В Греции недавняя законодательная реформа сняла требование создать комитет, но позволила общему собранию кредиторов назначить его.

<sup>8</sup> В соответствии с французским законодательством в более крупных случаях учреждаются два отдельных комитета кредиторов: один — для финансовых и связанных с ними кредитных учреждений, а другой — для основных поставщиков товаров и услуг с возможностью создания третьего комитета для держателей облигаций. В небольших (простых) делах интересы кредиторов представляются только представителем кредиторов, назначенным судом.

435. В случае создания комитета кредиторов он обычно принимает на себя следующие права и функции<sup>1</sup>:

– предоставление консультаций и помощи управляющему или должнику (во владении);

– оказание помощи в разработке плана реструктуризации или несостоятельности;

– право присутствовать и быть заслушанным в ходе производства, в частности, в отношении решений, принятых вне рамок обычной хозяйственной деятельности;

– запрашивание соответствующей и необходимой информации у должника или управляющего в любое время в ходе производства.

436. В целом основная функция таких комитетов носит надзорный и консультативный характер<sup>2</sup>. Лишь в некоторых правовых системах роль комитета распространяется на решения вопросов по существу: в соответствии с английским правом комитет устанавливает и пересматривает размер вознаграждения администратора в деле о несостоятельности. В соответствии с правовой традицией Германии, в Германии, Австрии, Венгрии и Италии требуется одобрение комитетом решений или сделок, имеющих важное значение для производства, включая решение о продаже или прекращении деятельности предприятия должника.

437. Члены комитета кредиторов представляют всех кредиторов. В целях обеспечения представительных выборов членом назначение членом комитета осуществляется либо судом (Австрия, Германия, Нидерланды, Италия или Швеция), либо выборным процессом на общем собрании кредиторов (Англия и Уэльс, Греция и Венгрия). Оба механизма поддерживаются международными стандартами<sup>3</sup>. Число назначаемых членом должно учитывать не только желание иметь представительную группу кредиторов, но и аспекты эффективности затрат, которые побудили большинство правовых систем ограничить число членом с трех до семи. Некоторые требуют представительства конкретных групп кредиторов, таких как работники (Германия и Швеция), обеспеченные, привилегированные и обыкновенные кредиторы<sup>4</sup>,

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 133; см. также: Принципы Всемирного банка (2016), Принцип С7.2.

<sup>2</sup> В Нидерландах и Швеции роль комитета ограничивается консультативными функциями.

<sup>3</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 132.

<sup>4</sup> В частности, Греция, а также Германия (в отношении участия в обеспеченном кредитовании).

кредитные учреждения или ключевые поставщики (например, Франция). Назначенные члены комитета обязаны добросовестно выполнять свои служебные обязанности. В случае противоправных действий в большинстве правовых систем<sup>1</sup> имеется личная ответственность<sup>2</sup> либо на основе прямых положений соответствующего законодательства о несостоятельности, либо путем применения норм договорного права (Венгрия) или правил для внутренних аудиторов (Италия). Уровень ответственности может также варьироваться<sup>3</sup>. В обмен на свои усилия и риски, связанные с ответственностью, члены комитетов получают (скромное) вознаграждение лишь в нескольких странах<sup>4</sup>. В большинстве юрисдикций платежи ограничиваются возмещением расходов (Австрия или Англия и Уэльс) или предусматривают дополнительное вознаграждение только в сложных случаях (Польша).

#### 4.4.3. Мотивы рекомендаций

438. Кредиторы должны играть решающую роль в производстве по делам о несостоятельности и реструктуризации. В конце концов, речь идет об их деньгах, поскольку их требования могут быть погашены в большей или меньшей мере, в зависимости от того как ведется производство — хорошо или плохо. Широко распространенная практика учета общих интересов кредиторов путем создания комитетов кредиторов или санкционирования общего собрания кредиторов может обеспечить прямое участие кредиторов в производстве.

439. В то же время такие меры не всегда имеются во всех разбирательствах. Общие собрания кредиторов могут привлекать представителей всех категорий кредиторов только в том случае, если все кредиторы считают, что участие отвечает их интересам и стоит усилий. Если не ожидается значительного удовлетворения требований кредиторов, то разумно, чтобы субординированные, необеспеченные или в некоторых случаях даже привилегированные кредиторы вообще

---

<sup>1</sup> Исключения из этого правила содержатся во французском и шведском законодательстве.

<sup>2</sup> Это соответствует международным стандартам. См.: Руководство ЮНИСТРАЛ (2004), Рекомендация 135.

<sup>3</sup> От ответственности за любой вид небрежности (например, Австрия или Германия) до ответственности, ограниченной случаями злого умысла или грубой небрежности (Греция).

<sup>4</sup> В частности, Германия, также Венгрия или Италия, где кредиторы должны договориться о вознаграждении.

не участвовали в нем, поскольку дополнительные расходы на участие не будут давать никаких преимуществ. По тем же причинам создание комитетов кредиторов представляется неэффективным, если общие издержки, связанные с их участием, не оправдываются экономической значимостью их решений. В целом, как представляется, лучше всего было бы применить дифференцированный подход.

440. В рамках предбанкротной процедуры (тип 1) (см. 1.2) (процедура поддержки внесудебной реструктуризации) только затронутые кредиторы участвуют в переговорах и голосовании по предложению о реструктуризации. В рамках такого производства, как представляется, нецелесообразно проводить общее собрание всех кредиторов, включая незатронутых кредиторов. Создание комитета кредиторов также не требуется, если группа заинтересованных кредиторов в любом случае является небольшой (например, ключевые финансовые кредиторы или арендодатели). При большой реструктуризации может быть полезно создание одного или даже большего числа комитетов, что должно быть одной из опций во внесудебном урегулировании. Тем не менее они не будут играть конкретной роли в рамках процедуры кратковременного утверждения в суде.

441. При официальной реструктуризации или производстве по делу о несостоятельности заинтересованными являются все кредиторы. Коллективный характер таких процедур в основном оправдывает получение информации и участие всех кредиторов путем проведения одного или нескольких общих собраний. Вопрос о рациональной пассивности многих кредиторов следует решать путем разработки эффективных с точки зрения затрат способов участия в таких собраниях. В некоторых случаях, когда речь идет об ограниченном числе кредиторов, никакого очного собрания не требуется. Вместо этого может быть проведено собрание в форме селекторных переговоров. Если проводится очное собрание, то кредиторы должны иметь возможность присутствовать на таких собраниях в режиме онлайн, включая дистанционное голосование. В то же время создание комитета кредиторов позволит сформировать постоянный орган, способный непосредственно взаимодействовать с управляющим или должником во владении и осуществлять надзор за ними. Такой комитет мог бы также утверждать принципиально важные решения (например, продажа значительной части имущественной массы (см. гл. 9) или важное судебное разбирательство); если это так, то члены комитета должны нести ответственность не за риск, а только за недобросовестные действия или грубую неосторожность. Члены комитета должны также получать соответствующее вознаграждение от кре-

диторов за свою работу, предпочтительно путем привилегированной выплаты из поступлений от имущественной массы. В менее крупных делах, когда имущественная масса является недостаточной, не следует создавать комитеты кредиторов.

#### 4.5. Рекомендации

##### *Рекомендации в отношении очередности кредиторов*

**Рекомендация 4.01:** Государствам-членам следует относиться к предбанкротным (реестровым) правам в соответствии с их правовыми режимами несостоятельности и реструктуризации до тех пор, пока не возникнут законные основания для предоставления приоритета текущих требований.

**Рекомендация 4.02:** Государствам-членам следует обеспечить четкое определение классов кредиторов, в частности, путем определения тех кредиторов, которые пользуются правом на получение удовлетворения требования в установленном приоритете.

**Рекомендация 4.03:** Государствам-членам следует обеспечить скорейшее начало упорядоченной и эффективной реструктуризации и производства по делу о несостоятельности путем обеспечения выплаты судебных расходов и вознаграждения управляющим в делах о несостоятельности. Поскольку дела без активов не должны финансироваться за счет публичных средств, обеспеченные кредиторы должны участвовать в покрытии расходов путем введения четкого и предсказуемого правила вычета, т.е. общего вычета в размере до 10%.

**Рекомендация 4.04:** Государствам-членам следует воздерживаться от предоставления дополнительных общих привилегий конкретным группам кредиторов в пользу других средств защиты социальных интересов (например, схем страхования или гарантий, законного залога в отношении конкретных активов). Фактическая потребность в защите должна быть тщательно изучена, в частности, защита фискальных интересов, и определяться главным образом их общим воздействием на оздоровительные процедуры.

**Рекомендация 4.05:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы их система несостоятельности и реструктуризации предусматривала достаточные средства для реструктуризации обеспеченного, а также необеспеченного кредита. Это означает, что план реструктуризации должен предусматривать и изменять права обеспеченных кредиторов.

*Рекомендации в отношении организации кредиторов*

**Рекомендация 4.06:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы в рамках процедур поддержки внесудебного урегулирования не требовалось проведения общего собрания кредиторов и чтобы создание комитетов кредиторов было лишь опциональным вариантом организации сложных переговоров по внесудебному урегулированию.

**Рекомендация 4.07:** Государствам-членам следует предусмотреть проведение общего собрания кредиторов в рамках официальной реструктуризации или производства по делу о несостоятельности. Государствам-членам следует предусмотреть возможность виртуальных совещаний или онлайн-участия (включая онлайн-голосование).

**Рекомендация 4.08:** Государствам-членам следует обеспечить участие комитета кредиторов в официальной реструктуризации или производстве по делу о несостоятельности при условии, что в имущественной массе имеются достаточные активы для обоснования дополнительных расходов. Такой комитет кредиторов должен не только выполнять надзорные функции, но и обладать компетенцией утверждать решения по управлению имущественной массой, которые могут оказать существенное влияние на последующее удовлетворение требований кредиторов (за исключением решения о реструктуризации или плана несостоятельности, которые регулируются отдельными правилами).

## ГЛАВА 5

### ВОПРОСЫ ТРУДА, ПОСОБИЙ И ПЕНСИЙ

442. Несостоятельность предприятия представляет собой ситуацию, при которой убытки должны распределяться между кредиторами и заинтересованными сторонами. В то время как возможность и вероятность несостоятельности учитываются и предусматриваются некоторыми кредиторами, другие кредиторы оказываются в еще более тяжелом положении в результате того, что их требования списываются в ходе производства по делу о несостоятельности. Последнее особенно справедливо в отношении работников и пенсионеров в случае неплатежеспособности их (бывшего) работодателя. Нежелательность этой категории кредиторов нести потери обусловила необходимость особого отношения к ним и, следовательно, требует проведения специального анализа.

#### 5.1. Трудовые договоры

443. Наемные работники составляют особую группу заинтересованных сторон в делах о несостоятельности компаний по ряду причин. С одной стороны, они по договору связаны с должником — их работодателем — и занимают правовое положение необеспеченных кредиторов в том случае, когда заработная плата не была выплачена до начала судебного разбирательства. Как кредиторы работники представляют собой особую группу, поскольку в целом их средства к существованию, как правило, зависят от их заработной платы, что не позволяет им списать свои требования в ходе переговоров об оздоровлении. Тем не менее, несмотря на свою крайнюю заинтересованность в защите своей заработной платы и свою тесную, зачастую личную, связь со своим работодателем, работники, как правило, не в состоянии договориться о какой-либо защите своих требований о выплате заработной платы в ходе обычной коммерческой деятельности, поэтому они по-прежнему находятся в уязвимом положении необеспеченных кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности.

444. С другой стороны, работники могут также рассматриваться в качестве «инвесторов» в конкретном бизнесе, поскольку они адапти-

руют свою квалификацию, а также свой карьерный план к конкретным условиям и возможностям «своего» бизнеса и своего индивидуального места работы. Учитывая набор индивидуальных навыков не всегда легко найти нового работодателя или сохранить тот же уровень заработной платы, что побуждает работников по возможности сохранять трудовые отношения.

445. Позиция инвесторов может также побуждать работников к фактическому инвестированию в бизнес с точки зрения выкупа контрольного пакета акций компании или финансовых инвестиций, в частности, когда речь идет о малых предприятиях.

446. Весьма специфическая связь с предприятием приводит к тому, что работники занимают особое положение в деле о несостоятельности своего работодателя, которое, по общему мнению, заслуживает особой законодательной защиты<sup>1</sup>, и именно Европейский союз частично взял на себя эту задачу и обеспечил минимальный стандарт гармонизации защиты по некоторым вопросам во всех государствах – членах ЕС посредством директив. В связи с этим режим трудовых отношений и требований по выплате заработной платы в рамках производства по делу о несостоятельности уже несколько урегулирован.

### **5.1.1. Специальные положения, касающиеся режима трудовых договоров или коллективных договоров**

447. Хотя гармонизированное законодательство действует в некоторых сферах прав работников при несостоятельности, пока еще не существует гармонизированного законодательства в отношении режима трудовых договоров и коллективных соглашений при производстве по делам о несостоятельности или реструктуризации. Тем не менее имеются некоторые общие принципы.

#### **5.1.1.1. Защита и прекращение трудового договора**

448. В качестве основного правила во всех проанализированных юрисдикциях возбуждение, а также последующее открытие производства по делу о несостоятельности не означают автоматического прекращения трудовых договоров неплатежеспособного работодателя, поскольку в этот момент все трудовые договоры продолжают исполняться обеими сторонами. Учитывая, что трудовые договоры являются

---

<sup>1</sup> См.: Принципы Всемирного банка (2016), C10.4 и C12.4.

действующими, применяется правовой режим, регулирующий такие договоры в соответствующей юрисдикции<sup>1</sup>.

449. Однако первоначальная обособленность трудовых договоров от неплатежеспособности не означает, что такие договоры пользуются сильной защитой. Экономические причины, которые привели к бедственному положению предприятия, как правило, влияют на деятельность должника и, таким образом, зачастую требуют сокращения численности рабочей силы в соответствии с планом реструктуризации. В случае ликвидации потребность в персонале, как правило, прекращается. Законодательство о несостоятельности во всех государствах-членах учитывает этот факт, предоставляя специалисту по вопросам несостоятельности или должнику во владении полномочия прекращать трудовые договоры<sup>2</sup>. В то время как в некоторых странах правила о несостоятельности предусматривают ограниченный срок (Бельгия – 15 дней, Соединенное Королевство – 14 дней) для принятия решения специалистом по вопросам несостоятельности/должником во владении (и служащего)<sup>3</sup> о продолжении действия трудовых договоров в тех случаях, когда не может быть решения о продлении (Соединенное Королевство) или расторжении (Бельгия) контракта<sup>4</sup>, в других странах правила предусматривают автоматическое продление контракта (Германия), сопровождаемое неограниченным правом на прекращение договора и сокращенным периодом уведомления продолжительностью не более шести недель (Нидерланды) или одной недели (Австрия, Польша), или максимум три месяца (Германия)<sup>5</sup>. В некоторых правовых системах не предусматривается никакого срока для уведомления, а это означает, что применяются общие нормы применимого трудового или договорного права (Бельгия) или что прекращение контракта вступает в силу

<sup>1</sup> Более подробная информация о делящихся контрактах содержится в гл. 3.

<sup>2</sup> Этот вывод соответствует Принципам Европейского закона о несостоятельности (2003), которые гласят: § 7.1: «Управляющий или работник может расторгнуть трудовой договор согласно специальным правилам».

<sup>3</sup> В некоторых правовых системах установлены конкретные сроки прекращения трудовых отношений для работников, например, Австрия.

<sup>4</sup> Во Франции это 15-дневный срок, начинающийся с приказа о прекращении дела судом; в судебной реорганизации не существует какого-либо периода, кроме консультаций и одобрения судом решений об увольнении.

<sup>5</sup> В Германии это право распространяется также на соглашения о рабочем месте (*Betriebsvereinbarungen*) между работодателем и всеми работниками предприятия (см.: Кодекс о несостоятельности Германии, § 120).

немедленно, но зависит от предварительного согласия суда (Испания, Франция<sup>1</sup>). В соответствии с греческим законодательством о труде и несостоятельности бессрочные трудовые договоры могут быть расторгнуты в любое время путем письменного уведомления работника и выплаты ему установленной законом компенсации, которая будет иметь статус привилегированного требования при ликвидации.

450. Недавнее эмпирическое исследование 26 дел в Нидерландах показало, что ни в одном из рассмотренных дел не указывалось, что банкротство запрашивается лишь с целью восстановления положения (части) сотрудников. Лишь в двух из 26 случаев, охваченных этим исследованием (обе компании активно занимались командированием сотрудников), было установлено, что статус занятости работников имел решающее значение для принятия конкретных мер по данному делу. В других случаях проблемное финансовое положение было вызвано совершенно иными факторами, отличными от затрат на рабочую силу<sup>2</sup>. Вместе с тем возможность расторжения трудовых договоров является важным инструментом при ликвидации неплатежеспособного должника. Однако она может также использоваться для продажи или реструктуризации предприятия и продолжения его деятельности. Многие из проанализированных юрисдикций (см. выше) не проводят различий между ликвидацией с продажей действующего бизнеса и частичной ликвидацией и, как правило, приостанавливают действие своих норм о защите трудового законодательства во всех случаях, когда трудовой договор расторгается специалистом по вопросам несостоятельности в ходе официального производства по делу о несостоятельности. Однако в некоторых юрисдикциях право специалиста по вопросам несостоятельности на упрощенное расторжение ограничивается правом сокращения персонала в бизнесе, прекратившем работу (Австрия), или частичной ликвидацией (Польша) в попытке найти баланс между интересами спасения предприятия и интересами увольняемых работников. В других странах (Германия) законодательная защита

---

<sup>1</sup> В данном случае при рассмотрении дела о реорганизации требуется заблаговременное проведение консультаций и получение разрешения суда на увольнение.

<sup>2</sup> L.G. Verburg, P.M. Veder et al. Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers (Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit Nijmegen, april 2016, Kenmerk WODC: 2599/624436/15) (резюме на английском см. на: [https://www.wodc.nl/binaries/2599-summary\\_tcm28-74090.pdf](https://www.wodc.nl/binaries/2599-summary_tcm28-74090.pdf)).

от несправедливого увольнения остается в принципе применимой, но в большинстве случаев ликвидации, когда все рабочие места теряются, оказывается неэффективной, и поэтому любая защита от несправедливого увольнения утрачивает актуальность.

451. Однако на этапе оказания помощи в связи с ликвидацией или реструктуризацией, а также на этапе осуществления плана реструктуризации регулирование трудовых правоотношений, как правило, остается без изменения<sup>1</sup>. Это может ограничить способность должника сокращать численность рабочей силы в странах, где действуют ограничительные нормы трудового законодательства, касающиеся права на прекращение контрактов (см. жалобы, например, в Германии). В некоторых правовых системах допускается упрощенная процедура увольнения в случае прекращения деятельности предприятия должника до начала производства по делу о несостоятельности (Австрия). Во Франции администрация DIRECCTE согласилась предоставить временные меры по увольнению компаниям, осуществляющим защитные или реорганизационные процедуры, а также коммерческим покупателям в ожидании либо последующей реструктуризации, либо дальнейшей подготовки бизнеса к продаже. В некоторых правовых системах допускается заключение коллективных соглашений вне рамок судебного разбирательства, направленных на спасение бизнеса. В Италии ряд таких инструментов, как коллективные договоры (*contratti di solidarietà difensivi*) или выплаты заработной платы из чрезвычайного фонда доплат к заработной плате (*Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria*), направлены на преодоление кризиса еще до начала производства по делу о несостоятельности. В это же время польское трудовое законодательство допускает приостановление действия коллективных договоров.

452. В некоторых обзорах законодательства<sup>2</sup> указывается, что существует практика обхода жесткости местного трудового законодательства путем использования договорной формулировки с тем, чтобы договор не подпадал под определение трудового контракта. В тех случаях, когда это удастся в рамках местного правового регулирования, такие контракты не получают какой-либо конкретной защиты в случае несостоятельности.

---

<sup>1</sup> См. Бельгия, Германия, Греция, Франция, Англия и Уэльс, в основном также Нидерланды.

<sup>2</sup> Например, Польша. Судя по нашим интервью и обсуждениям на конференциях, эта проблема, как представляется, является общей.

### 5.1.1.2. Право на своевременное получение информации

453. Проблемы работодателя в бизнесе затрагивают работников не только как кредиторов, но и как «инвесторов». Они инвестируют свою рабочую силу и приспосабливают свою квалификацию к потребностям своего работодателя. Если инвестиции становятся сомнительными из-за проблем в бизнесе, работники должны иметь возможность пересмотреть свое инвестиционное решение. Они должны иметь возможность проверить свои возможности на рынке труда и рассмотреть варианты работы в другом месте. Им также должно быть разрешено реинвестировать средства в «свой» бизнес путем согласования новых условий их трудовых договоров (более низкая заработная плата, меньшие дополнительные льготы) или путем проведения переговоров о прямом вкладе в предпринимательскую деятельность их работодателей (выкуп контрольного пакета акций компании, финансовые инвестиции). Все такие решения требуют предоставления информации в полном объеме, безоговорочно и своевременно<sup>1</sup>.

454. В знак признания общей важности своевременного уведомления об изменениях в организации предприятия работодателя ЕС ввел в действие две директивы, предусматривающие минимальную гармонизацию прав работников на получение информации.

455. В соответствии с Директивой 2002/14/ЕС (Directive 2002/14/ЕС)<sup>2</sup> государства-члены должны «установить общие рамки, устанавливающие минимальные требования в отношении права на информацию и консультации работников предприятий или учреждений Сообщества» (ст. 1 (1)). Она также предусматривает обязанность информировать о существенных изменениях в экономическом положении предприятия и «о решениях, которые могут привести к существенным изменениям в организации работы или договорных отношениях» (ст. 4 (2)), и, таким образом, установить обязанность работодателя информировать о предстоящей реструктуризации или несостоятельности. Однако эта Директива применяется только к компаниям, в которых занято более 50 работников в одном государстве-члене или более 20 работников на одном предприятии (ст. 3 (1)). Что касается более мелких предприятий, то право работников быть в индивидуальном порядке инфор-

<sup>1</sup> Это особенно важно в тех правовых системах, которые ограничивают право работников расторгать контракты после открытия производства (например, в Австрии, на один месяц).

<sup>2</sup> Директива 2002/14/ЕС от 11.03.2002, устанавливающая общие рамки информирования и консультирования сотрудников в Европейском сообществе [2002] OJ L80/29.

мированными их работодателем о деловом кризисе или неминуемой несостоятельности не регулируется Директивой, а отведено в разряд обязанности информировать контрагента по договору в соответствии с применимым договорным правом.

456. Директива 98/59/ЕС (Directive 98/59/ЕС) обязывает работодателя советоваться и информировать представителя трудящихся на предприятии во всех случаях, когда возникает необходимость в коллективных увольнениях<sup>1</sup>. Поскольку эти требования не приостанавливаются в рамках производства по делу о несостоятельности<sup>2</sup>, специалисту по вопросам несостоятельности или должнику во владении необходимо информировать о необходимости сокращения штатов и проводить переговоры о его сокращении всякий раз, когда будут соблюдены пороговые значения Директивы и исполняются национальные законы.<sup>3</sup> Имеются данные, свидетельствующие о том, что местные правила, введенные в действие в соответствии с Директивой, на практике не могут гарантировать своевременное информирование сотрудников<sup>4</sup>, или если они это делают, то не могут обязательно стимулировать переговоры с представителями, которые предотвращают или сокращают прогнозируемые сокращения<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Директива Совета ЕС 98/59/ЕС от 20.07.1998 о согласовании законов государств-членов в сфере массовых увольнений [1998] OJ L225/16 (Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies [1998] OJ L225/16).

<sup>2</sup> См.: ECJ Case C-80/14, *USDAW v. WW Realisation 1 Ltd.*, in liquidation & *Ethel Austin Ltd.*; David Reade. *Woolworths and the ECJ*, 13 ICR 69 (2016); Jennifer Gant. *Collective Redundancies*, *eurofenix Summer 2015*. P. 24 и далее.

<sup>3</sup> См., например: немецкое Положение о несостоятельности. S. 121.

<sup>4</sup> Исследования в Нидерландах в 2015 г. показали, что на практике совет рабочих часто не консультируется и не информируется. См.: Pam Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (2015), 285. В начале 2016 г. Dutch Social-Economic Council (SER, главный консультативный орган правительства) опубликовал схему, которая обеспечивает понимание того, какие права на участие применимы до и во время банкротства. Она предназначена для работников, работодателей и специалистов по вопросам несостоятельности. В своем мнении (i) SER предложила более четко уделить внимание этому вопросу при подготовке специалистов-практиков по вопросам несостоятельности; (ii) поручить надзорным судьям следить за соблюдением правил, касающихся участия. См. (на голландском) SER, *Stroomschema over medezeggenschapsrechten bij faillissement*, 22.03.2016 (доступен на: <http://w.w.nl/actueel/nieuws/2010-9/2016/20160322-orfaillissement.aspx>).

<sup>5</sup> См.: Результаты консультаций в Великобритании: The Insolvency Service, *Responses to Call for Evidence on Collective Redundancy Consultation for Employers facing Insolvency*. 2015, нояб. P. 7 (доступно на: <https://www.gov.uk/government/consultations/collective-redundancy-consultation-for-employers-facinginsolvency>).

В целом непрерывный процесс информирования и наставничества всех участников реструктуризации по вопросам подготовки, поддержания связи и сотрудничества при рассмотрении социальных аспектов реструктуризации, по-прежнему представляется необходимым и должен отражать передовую практику, собранную в рамках Европейской комиссии «Система качества для прогнозирования изменений и реструктуризации»<sup>1</sup>.

457. В ст. 4(1) Директивы также предусматривается, что «предполагаемые коллективные увольнения, о которых уведомляется компетентный государственный орган, вступают в силу не ранее чем через 30 дней после уведомления [...], без ущерба для каких-либо положений, регулирующих индивидуальные права в отношении уведомления об увольнении». В соответствии с этим положением во всех случаях, когда применяется Директива, фактически устанавливается период аннулирования, составляющий не менее 30 дней, независимо от более коротких сроков, предусмотренных законодательством о несостоятельности»<sup>2</sup>. Эта Директива применяется во всех исследованных государствах-членах.

### 5.1.1.3. Коллективные соглашения и переговоры

458. Вышеупомянутые директивы касаются представителей работников, которые в соответствии с национальными законодательствами являются обязательными для компаний с большим числом работников. При участии таких представителей работники могут начать переговоры о реструктуризации, а также переговоры о компенсации в случае коллективных увольнений. Участие в переговорах по реструктуризации может быть обязательным в соответствии с национальным законодательством, предусматривающим создание производственных советов в компаниях (Германия); оно может также являться результатом участия представителей трудящихся в работе комитета кредиторов (Германия).

459. Открытие производства по делу о несостоятельности или реструктуризация само по себе не влияет на коллективные договоры.

<sup>1</sup> См.: European Commission, EU Quality Framework for Anticipation of Change and Restructuring (2012).

COM(2013) 882 final. Документ следовал из более ранней Green Paper; see COM(2012) 7 final; также сопроводительный документ Commission staff working document SEC(2012) 59 final.

<sup>2</sup> Для Великобритании: David Reade, Woolworths and the ECJ, 13 ICR 69 (2016).

Специалист по вопросам несостоятельности или должник во владении могут не прекращать такие (зачастую подобные законодательным установлениям) соглашения, а прекращать трудовые договоры, что может привести к аналогичным результатам в случае коллективного увольнения. В ходе реструктуризации часто проводятся переговоры с представителями работников в отношении социальных пособий, заработной платы и рабочего времени, что может привести к отходу от ранее заключенных коллективных договоров. Такие соглашения об условиях труда должны быть частью плана реструктуризации, что также означает, что они могут быть заключены против воли работников. Однако судебное подтверждение такого ограничения возможно только в том случае, если судья убежден в том, что переговоры проводились добросовестно и что отклонение необходимо для предотвращения дальнейших сокращений<sup>1</sup>. В тех случаях, когда такие соглашения отличаются от соглашений о заключении коллективных договоров, которые в целом имеют обязательную силу на национальном уровне (например, в Германии) и не содержат условия о выходе, отступления от плана реорганизации должны де-юре допускаться на тех же ограничительных условиях. Вместе с тем защита альтернативных соглашений потребует весьма ограниченного периода времени для оказания помощи (возможно, ограниченного непосредственным этапом реорганизации бизнеса и максимальным периодом в один год).

460. Если коллективные переговоры между работодателем/специалистом по вопросам банкротства и представителем трудящихся касаются только компенсации за прекращение действия контрактов в обмен на отказ от прав на охрану труда, в некоторых странах законодательство предусматривает ограничение на такие выходные выплаты с тем, чтобы сбалансировать интересы работников с интересами всех кредиторов в рамках ограниченной имущественной массы. Например, в соответствии с законодательством Германии выплата выходного пособия по коллективному соглашению не может превышать более трети имущественной массы, подлежащей распределению среди необеспеченных кредиторов<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Такая процедура позволила бы избежать ошибок, связанных с отдельным режимом коллективных договоров, как это очевидно в практике банкротства США. См.: Доклад ABI Report (2014). С. 156 и далее.

<sup>2</sup> См.: немецкое Положение о несостоятельности. С. 123 (2) 2.

## 5.1.2. Способы реструктуризации трудовых договоров или коллективных соглашений

### 5.1.2.1. Дополнительные способы, как правило, применяемые в процессе реструктуризации

461. Если деятельность несостоятельного должника продолжается и (в оперативном отношении) в ходе (до) производства по делу о несостоятельности была произведена реструктуризация, сокращение численности рабочей силы является способом достижения цели реструктуризации. В таких случаях ограниченная защита трудовых договоров положениями трудового законодательства оказывается эффективной в плане ограничения расходов на коллективные увольнения.

462. В рамках производства по делу о несостоятельности трудовые договоры могут быть расторгнуты в течение гораздо более короткого срока, чем вне производства по делу о несостоятельности, в большинстве рассмотренных нами правовых систем (см. выше). Кроме того, издержки и риски, связанные с судебным разбирательством по факту незаконного прекращения трудовых отношений, могут быть ограничены в некоторых юрисдикциях коллективным договором между специалистом по вопросам несостоятельности и представителем трудящихся по количеству уволенных работников и небольшим выходным пособием (например, Германия<sup>1</sup>). В целом наличие ограничения права на прекращение договоров является мощным стимулом для реструктуризации предприятия путем открытия производства по делу о несостоятельности, влияющее на количество компаний, которые в своей стратегии использовали процедуру банкротства для реструктуризации своей рабочей силы в периоды кризиса<sup>2</sup>.

463. В рамках предбанкротных процедур, как правило, не предусматриваются исключения из трудового законодательства. Любые увольнения должны производиться в соответствии с применимым трудовым правом (см. выше). В результате предбанкротные процедуры обычно используются для реструктуризации долга и структуры капитала предприятия-должника, а не операционной структуры бизнеса. Во многих случаях предбанкротные процедуры специально предназначены только для реструктуризации долга (процедуры поддержки внесудебной реструктуризации)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: немецкое Положение о несостоятельности. С. 125.

<sup>2</sup> См.: Gerrit M. Bulgrin, *Die strategische Insolvenz*, Diss. Hamburg, Mohr Siebeck, 2016.

<sup>3</sup> См. гл. 1 (1.1.2).

### 5.1.2.2. Специальная защита в случае передачи контроля над бизнесом

464. Деятельность неплатежеспособного должника может продолжиться в случае передачи его в качестве действующего бизнеса новому владельцу<sup>1</sup>. В таких случаях трудовые договоры в целом защищены Директивой 2001/23/ЕС о приобретенных правах (Acquired Rights Directive 2001/23/ЕС)<sup>2</sup>. Поскольку Директива применяется в случае любой передачи контроля над бизнесом<sup>3</sup>, ст. 3(1) предусматривает, что передаваемые права и обязательства, вытекающие из трудового договора, действующего на дату передачи, перезаключаются на основании такой передачи новому владельцу. В то же время ст. 4(1) запрещает любое прекращение трудового договора в связи с передачей действующего бизнеса. Таким образом, передача действующего бизнеса всегда ведет к передаче всех трудовых договоров, связанных с этим предприятием. Однако это, очевидно, создает проблему для неплатежеспособных компаний, которые могут найти покупателя лишь после сокращения числа работников.

465. Европейский законодатель отреагировал на особые потребности неплатежеспособных предприятий на рынке слияний и поглощений (M&A), приняв вариант исключения в ст. 5(1) Директивы, которая разрешала государствам-членам выбирать, будет ли применяться защита в соответствии со ст. 3 и 4 при передаче контроля над бизнесом, когда передающее лицо находится в процедуре по делу о несостоятельности, которое было возбуждено с целью ликвидации активов передающего лица и под надзором компетентного государственного органа. Этим органом может быть специалист по вопросам несостоятельности, уполномоченный компетентным государственным органом. Если государства-члены решат защитить работников, они могут ограничить сумму передаваемых обязательств и предусмотреть возможность изменения передаваемых контрактов на основе договоренности (ст. 5(2)).

466. Дословный текст ст. 5(1) исключает только те передачи, которые производятся как часть ликвидационной процедуры в ходе

---

<sup>1</sup> Для получения более подробной информации см. главу о текущих продажах (гл. 7).

<sup>2</sup> Директива Совета ЕС 2001/23/ЕС от 12.03.2001 о согласовании законов государств-членов, касающихся защиты прав работников в случае передачи дочерних компаний или компаний, или частей дочерних компаний или компаний (Council Directive 2001/23/EC of 12 March 2001 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses).

<sup>3</sup> Там же. Ст. 1.

официального производства по делу о несостоятельности. Перевод до производства по делу о несостоятельности или формальной процедуры реорганизации не освобождает от ответственности при строгом толковании положения, это означает, что любая передача контроля над бизнесом в рамках такого производства будет включать передачу всех трудовых контрактов<sup>1</sup>. Такое строгое толкование пользуется поддержкой Суда Европейского союза и позволяет Суду принять решение о том, что исключение, предусмотренное в ст. 5(1), не применяется даже при продаже предприятия должника по соглашению о предварительно подготовленной продаже<sup>2</sup>, хотя в таких случаях возбуждается официальное ликвидационное производство и назначается специалист по вопросам несостоятельности для завершения продажи и осуществления передачи контроля над бизнесом<sup>3</sup>.

467. Государства-члены использовали вариант, предусмотренный в ст. 5, различным образом. В правовых системах некоторых стран, таких как Австрия, Бельгия<sup>4</sup>, Латвия, Нидерланды, Швеция или Со-

<sup>1</sup> Это прямо указано в Belgian: Обзор законодательства, Q5, в разд. 5.1.2.

<sup>2</sup> См.: CJEU, 22.6.2017, C-126/16 (Federatie Nederlandse Vakvereniging, EU:C:2017:489). Лежащие в основе этого факты касаются развития практики «голландской предварительно подготовленной продажи». Такие «предварительно подготовленные продажи» по существу представляют собой продажу коммерческих активов в качестве действующего бизнеса, однако они должны быть подготовлены «назначенным специалистом по вопросам несостоятельности», под надзором «объективного судьи» с возобновлением деятельности, осуществляемой после открытия ликвидационного производства по делу о несостоятельности (см.: District Court Overijssel 28 July 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589). Практика голландских предварительно подготовленных продаж не имеет никакой правовой основы в Законе о банкротстве Нидерландов (Netherlands Bankruptcy Act), который положен в основание решения суда первой инстанции Централных Нидерландов (Court of first instance for the Central Netherlands) (24 February 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954), передавшего ряд правовых вопросов в Суд Европейского союза. В конкретном случае, в отношении Estro Group B.V., когда-то крупнейшей компании по уходу за детьми в Нидерландах с приблизительно 380 филиалами и 3600 сотрудниками, была открыта процедура ликвидации (банкротства) 5 июля 2014 г. После открытия производства компания Small Steps B.V. приобрела около 250 филиалов и 2600 сотрудников. Примерно 1000 работников потеряли работу.

<sup>3</sup> Более подробную информацию о предварительно подготовленных продажах см. ниже в 7.4.

<sup>4</sup> Бельгийское законодательство прямо разрешает покупателю решать, каких работников он готов перевести, если его выбор может быть поддержан техническими, экономическими и организационными причинами без какой-либо дискриминации работников. В случае перевода покупатель также берет на себя ответственность за невыплату заработной платы и пособий.

единенное Королевство, любая передача контроля над бизнесом, осуществляемая специалистом по вопросам несостоятельности или в ходе «производства по делу о несостоятельности», освобождается от защиты в соответствии с нормами ст. 3 и 4, а в таких странах, как Италия, Греция, Германия или Польша, — нет<sup>1</sup>. В соответствии с итальянским законодательством только передача в рамках одной из имеющихся процедур реструктуризации в рамках предбанкротных процедур освобождается от ответственности в той мере, в какой это согласовано с представителем работников<sup>2</sup>. В Греции суд может вынести постановление о передаче трудовых договоров на индивидуальной основе. В Германии исключение делается только в отношении передачи старых требований работников, когда трудовые договоры передаются предприятию в рамках производства по делу о несостоятельности; аналогичная ситуация обсуждается в Польше. В правовых системах, освобождающих от ответственности при передаче, осуществляемой специалистом по вопросам несостоятельности, изъятие иногда применяется также к процедурам реструктуризации, которые направлены на реструктуризацию должника и управляются должником во владении (Бельгия); иногда это освобождение ограничивается передачей в ходе ликвидации, осуществляемой специалистом по вопросам несостоятельности (Англия и Уэльс, Швеция).

468. В Германии, где этот вопрос не урегулирован законодательно, решение Федерального верховного суда (Bundesgerichtshof (BGH)) подтвердило, что трудовые договоры также защищены при передаче контроля над бизнесом в ходе производства по делу о несостоятельности<sup>3</sup> до того, как Федеральный суд по трудовым спорам, Bundesarbeitsgericht (BAG), уточнил, что, хотя трудовые договоры

---

<sup>1</sup> Это отражает стандарт, установленный в Принципах Европейского законодательства о несостоятельности (2003), в п. 7.4 которого говорится: «Если предприятие должника или любая его часть передается, трудовые договоры автоматически передаются покупателю предприятия».

<sup>2</sup> В Испании есть подобное правило. См.: Обзор законодательства, Испания, Q5, 5.1.2.

<sup>3</sup> См.: BGH NJW 1981, 1364, 1365, ссылаясь на немецкое Положение о несостоятельности § 613a, который был принят в соответствии с Директивой Совета ЕС 77/187/ЕЕС от 14.02.1977 о сближении законов государств-членов, касающихся защиты прав работников, в случае передачи дочерних предприятий, предприятий или частей дочерних предприятий или предприятий [1977] OJ L61/26 (Council Directive 77/187/EEC of 14 February 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of undertakings or businesses [1977] OJ L61/26), предшественник нынешней Директивы.

передаются с предприятием, новый владелец не несет ответственности за любые неоплаченные трудовые требования, которые подлежали оплате до передачи<sup>1</sup>. Вытекающая из этого защита трудовых договоров при передаче контроля над бизнесом привела к общей практике, направленной на прекращение трудовых договоров до передачи контроля над бизнесом. Для достижения этой цели администратор в деле о несостоятельности может воспользоваться привилегией ограниченной защиты по трудовому законодательству в соответствии с законодательством о несостоятельности, о чем говорилось выше, либо администратор и сотрудники должны договориться о совместном решении. Последний метод стал общей стратегией в более крупных немецких делах, когда специалист по вопросам несостоятельности может вести переговоры о коллективной и согласованной передаче всех трудовых договоров третьей компании, учрежденной профсоюзами и (частично) финансируемой за счет имущественной массы (и частично за счет государственного финансирования), в частности, для целей приема на работу работников неплатежеспособного предприятия, с тем, чтобы обеспечить возможность передачи контроля над бизнесом без каких-либо трудовых договоров. Работники обычно соглашались с таким решением по двум причинам: во-первых, покупателю разрешается повторно нанимать бывших сотрудников приобретенной компании. Поэтому работники могут надеяться, что их вклад в выживание бизнеса в конечном счете сохранится и они продолжают работу под руководством нового владельца старого бизнеса. Во-вторых, работники не становятся безработными, когда они уходят из компании-должника во временную компанию. Временная компания обычно создается только на один год, она предоставляет работникам по крайней мере ограниченный срок, когда они еще не получают выплаты по страхованию на случай безработицы. В то же время цель такой компании заключается в том, чтобы переориентировать сотрудников на новую работу<sup>2</sup> и тем самым свести к минимуму число работников, которые в конечном счете останутся без работы после окончания переходного периода<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: BAG BAGE 132, 333 para. 17 = NZA 2010, 461; BAGE 112, 214 = NZA 2005 408.

<sup>2</sup> Общая задача создания условий, способствующих перераспределению высвобожденной рабочей силы, была предметом проекта ЕС, в рамках которого был собран набор материалов о передовой практике в масштабах всего ЕС. См.: European Commission, European Restructuring Toolbox (July 2010).

<sup>3</sup> Для получения дополнительной информации см.: Райнер Тум, *Neue Spielregeln für die Zwischenschaltung von Transfergesellschaften?* BB 2013, 1525.

### **5.1.3. Рассмотрение требований о невыплаченной заработной плате**

469. Рассмотрение требований о невыплаченной заработной плате должно проходить с учетом особого социального положения работников. Поскольку их средства к существованию, как правило, зависят от своевременных платежей работодателя, привилегированный режим таких требований в рамках производства по делу о несостоятельности является обоснованным и понятным подходом.

#### **5.1.3.1. Требования, возникшие после открытия производства**

470. Трудовые договоры, как правило, не прекращаются автоматически в момент открытия производства по делу о несостоятельности. Как указано выше, их прекращение зависит от решения, принятого специалистом по вопросам несостоятельности/должником во владении в соответствии с применимым правом в отношении договоров, являющихся действующими. В результате трудовые договоры могут быть продлены (особенно в случае оздоровления предприятия); они также могут быть расторгнуты по истечении установленного срока их действия. Любое требование в отношении заработной платы, которое возникает после открытия производства, обычно имеет привилегированную очередность в качестве административных расходов или долга имущественной массы — это означает, что они обычно оплачиваются в полном объеме по мере наступления срока их погашения. Эта привилегия иногда не включает требования о выплате выходного пособия или о возмещении убытков в связи с досрочным прекращением договора, такие требования будут рассматриваться как необеспеченные<sup>1</sup>.

471. Требования о выплате заработной платы, возникшие после открытия производства по делу о несостоятельности, могут также пользоваться привилегированным статусом при последующем банкротстве, если они остаются непоплаченными (Бельгия).

#### **5.1.3.2. Требования, возникшие до открытия производства**

472. Недостаточность средств в случае дефолта предприятия обычно приводит к невозможности выплаты должником по требованиям о выплате заработной платы, возникшим накануне открытия производства

---

<sup>1</sup> В частности, в Австрии, Великобритании, Германии, Швецию, но не в Бельгии, Италии или Испании.

по делу о несостоятельности. Поскольку наемные работники в значительной степени зависят от своевременного исполнения работодателем обязанности по выплате заработной платы, во всех странах Европы на законодательном уровне была установлена защита обеспечения того, чтобы в ходе производства по делу о несостоятельности требования по заработной плате не подвергались существенному списанию. В целом существует два вида защиты: привилегированный режим в отношении этих требований в рамках производства по делу о несостоятельности и гарантия, предоставленная третьей стороной. Кроме того, в некоторых правовых системах запрещаются любые условия плана реструктуризации, предусматривающие списание невыплаченных требований о выплате заработной платы и пособий (Бельгия), или допускается лишь добровольное участие работников в таких разбирательствах (Польша).

#### 5.1.3.2.1. Привилегированный режим

473. Во многих проанализированных правовых системах неоплаченные требования о выплате заработной платы, возникшие до открытия производства, считаются привилегированными требованиями в рамках производства по делу о несостоятельности (см. Бельгия, Венгрия, Греция, Италия, Нидерланды, Польша, Испания<sup>1</sup>, Швеция<sup>2</sup>; но не Австрия и Германия<sup>3</sup>) на определенный ограниченный срок (срок до открытия производства и (или) максимальный срок<sup>4</sup>)<sup>5</sup>. В результате этого не-

<sup>1</sup> В Испании это включает невыплаченную зарплату за последние 30 дней до начала.

<sup>2</sup> Предпочтение отдается искам о выплате заработной платы после подачи петиции.

<sup>3</sup> В (редких) случаях, когда управляющий с особыми полномочиями назначается после подачи заявления о возбуждении производства по делу о банкротстве, неоплаченные требования по заработной плате, возникшие после подачи заявления, рассматриваются как требования, возникшие после открытия производства, и оплачиваются как административные расходы. См.: Обзор законодательства, Германия, 5.1.3.

<sup>4</sup> Греция: два года, на требования распространяется общий лимит для привилегированных кредиторов; Польша — три месяца, без лимита; Соединенное Королевство — четыре месяца, лимит 800 фунтов стерлингов; Испания: лимит в сумме, полученной путем умножения трехкратного размера минимальной заработной платы на число дней невыплаченной заработной платы. Венгрия и Италия не сообщили ни о каких предельных значениях.

<sup>5</sup> Это соответствует стандарту, установленному в Принципах европейского законодательства о несостоятельности (2003), который содержится в § 7.2: *Работник имеет преференциальный статус в отношении некоторых требований о выплате заработной платы и других сумм, причитающихся в соответствии с трудовым договором или вытекающих из его расторжения.*

оплаченные требования о выплате заработной платы, относящиеся к категории привилегированных, оплачиваются за счет имущественной массы, если имеется достаточное количество необремененных активов для производства платежей или достаточный приток наличности в рамках реструктуризации.

### 5.1.3.2.2. Гарантии

474. В соответствии с Директивой Европейского совета от 20 октября 1980 г. (European Council Directive from 20 October 1980)<sup>1</sup> государства – члены ЕС ввели в действие механизм страхования, гарантирующий выплату по неурегулированным требованиям о выплате заработной платы<sup>2</sup>. С 1980 г. механизм дважды обновлялся<sup>3</sup>. Механизм, который был установлен Директивой, существовал до немецких<sup>4</sup> и голландских схем защиты<sup>5</sup>.

475. Директива требует от всех государств-членов создания органа, гарантирующего выплату по неурегулированным требованиям соответствующим работникам<sup>6</sup>. Статья 5 Директивы обязывает все государства-члены устанавливать подробные правила организации, финансирования и функционирования гарантийных учреждений, соблюдая следующие минимальные стандарты:

---

<sup>1</sup> Директива Совета ЕС 80/987/ЕЕС от 20.10.1980 о сближении законов государств-членов, касающихся защиты работников в случае неплатежеспособности их работодателя [1980] OJ L283/23.

<sup>2</sup> Этот стандарт также отражен в Принципах Европейского законодательства о несостоятельности (2003), которые содержат в § 7.3: *Имеется публичный фонд для удовлетворения некоторых требований работников в связи с несостоятельностью в отношении заработной платы и других сумм, причитающихся в соответствии с трудовым договором или вытекающих из его расторжения. Если государственный фонд выплачивает работнику заработную плату, то он получает суброгационное право по требованию работника.*

<sup>3</sup> Директива 2002/74/ЕС от 23.09.2002 о согласовании законов государств-членов, касающихся защиты работников в случае неплатежеспособности их работодателей [2002] OJ L270/10, недавно обновленная Директивой 2008/94/ЕС от 22.10.2008 о защите работников в случае неплатежеспособности их работодателя [2008] OJ L283/36 (текущая версия).

<sup>4</sup> Gesetz über das Konkursausfallgeld от 17.07.1974, BGBl. I 1974, 1481.

<sup>5</sup> Заработная плата за 13 недель покрывается с 1968 г., в настоящее время в рамках программы гарантированной заработной платы (освобождение от обязательств), которая является частью нидерландского Закона о безработице.

<sup>6</sup> Статья 3; также см.: Декларация 3 Директивы 2008/94 / ЕС.

- обособленность от банкротства: активы учреждений должны быть независимы от операционного капитала работодателей и недоступны для использования в производстве по делу о несостоятельности;
- участие работодателя в финансировании, за исключением случаев, когда оно полностью покрывается государством<sup>1</sup>;
- гарантия независимости от выплаты взносов: при использовании механизма, сходного со страхованием, выплаты работникам не могут зависеть от выполнения прежним работодателем обязанности по уплате взносов.

476. Под работником в соответствии с Директивой понимается любое лицо, с которым заключен трудовой договор, независимо от работы на условиях неполного рабочего дня или временной работы (ст. 2(2)). В ст. 3 Директивы 2008/94/ЕС предусматривается, что государства-члены принимают необходимые меры для обеспечения того, чтобы гарантийные учреждения обеспечивали оплату непогашенных требований работников, связанных с трудовыми договорами или трудовыми отношениями, включая выходное пособие при прекращении трудовых отношений, если это предусмотрено национальным законодательством. На основе этого мандата национальные законодатели приняли положения, которые дают работникам право предъявлять прямые иски к местному гарантийному учреждению (Австрия, Германия). Любой иск к государственному фонду должен быть связан с неоплаченным требованием по трудовому договору или трудовым отношениям и может включать выходное пособие при прекращении трудовых отношений, если это предусмотрено национальным законодательством (ст. 3, т.е. не относится к немецкому закону<sup>2</sup>). Кроме того, работодатель должен находиться в состоянии неплатежеспособности, которое определяется с момента после подачи заявления о возбуждении производства по делу о несостоятельности (ст. 2(1)) или других видов производства, связанных с неспособностью работодателя произвести платеж (ст. 2(4)).

<sup>1</sup> См., например, Германию, где сумма, подлежащая выплате работодателем, относится к сумме индивидуального требования о выплате заработной платы и в настоящее время составляет 0,15% (немецкий Социальный кодекс, часть III, s. 360). Взносы выплачиваются работодателем в рамках взносов на социальное обеспечение работодателя (и наемного работника), которые связаны с требованиями о выплате заработной платы (например, взносы на обязательное медицинское страхование, страхование по безработице и пенсионное страхование) в государственный орган, Социальный кодекс, часть III, s 359(1)). Отсюда все взносы в систему гарантий передаются государственному органу, управляющему фондами, Bundesagentur für Arbeit (немецкий Социальный кодекс, часть III, s 359(2)).

<sup>2</sup> См.: немецкий Социальный кодекс, часть III, s 166(1) No. 1.

477. В тех случаях, когда эти предварительные условия выполняются, оплата требований о выплате заработной платы не является безусловной, без установления предельного срока и предела, поскольку ст. 4 Директивы позволяет государствам-членам ограничивать ответственность гарантийных учреждений:

- указанием срока, в течение которого гарантийное учреждение должно удовлетворить требования (ст. 4(2)), и
- установлением максимального размера платежей, производимых гарантийным учреждением (ст. 4(3)).

478. Учитывая социальную цель Директивы, следует отметить, что верхние пределы, установленные национальными законодателями, не должны быть ниже уровня, который в социальном плане совместим с этой целью (подп. 2 ст. 4(2)), а срок не может быть короче минимум трех месяцев и продолжительностью не менее шести месяцев (там же). Все национальные законодатели в странах, которые мы проанализировали, ограничились ответственностью гарантийного учреждения либо путем установления сроков и (или) ограничений размера выплаты<sup>1</sup>.

479. К гарантийному учреждению, которое произвело выплату работнику, переходит в порядке суброгации требование работника к работодателю. На этом этапе обычно открывается производство по делу о несостоятельности и в это время гарантийное учреждение имеет право предъявить все суброгационные требования о выплате заработной платы. В целом суброгационное требование не будет обладать каким-либо особым (привилегированным) статусом. Если требования работников классифицируются в качестве привилегированного в соответствии с национальным законодательством о несостоятельности, то в качестве привилегированного будет так же, как правило, рассматриваться суброгационное требование (Франция<sup>2</sup>, Соединенное Ко-

---

<sup>1</sup> См. Австрия: за шесть месяцев до начала и максимум 9300 евро в месяц; Германия: три месяца и месячный лимит с максимальным указанием для расчета взносов в систему социального обеспечения (Beitragsbemessungsgrenze, в настоящее время около 6000 евро). Италия: три месяца, ограничение в 1165,58 для 2014 г. Нидерланды: 13 недель, без ограничения. Польша: три месяца, без ограничения. Швеция: за три месяца до подачи заявления (всего не более восьми месяцев), ограничение в четыре раза превышает базовую стоимость в соответствии с Кодексом государственного страхования. Великобритания: четыре месяца, 800 фунтов стерлингов. Испания: верхний предел суммы, получаемой умножением минимальной заработной платы в три раза на количество дней невыплаченной заработной платы.

<sup>2</sup> Французский фонд (AGS) будет даже занимать первое место по претензиям в отношении невыплаченной заработной платы за 60 дней работы, предшествовавших началу реорганизационных или ликвидационных процедур.

ролевство). Однако в соответствии с законодательством Германии, например ст. 55(3) Кодекса о несостоятельности, предусматривается, что суброгационное требование всегда будет рассматриваться в качестве обычного необеспеченного требования. Поскольку выплаты по этим требованиям обычно составляют от 0 до 10%, немецкое гарантийное учреждение (Bundesagentur) не может ожидать значительного возмещения в рамках производства по делу о несостоятельности по ранее полученным суброгационным требованиям работников. В результате гарантийные платежи работникам в основном покрываются за счет постоянных взносов всех работодателей в государственный фонд.

#### **5.1.3.2.3. Общий уровень защиты**

480. При комбинировании обоих защитных инструментов заметные различия возникают в связи с различными принципиальными мнениями о том, как надлежащим образом защищать требования работников, предъявляемые в рамках производства по делу о несостоятельности по всей Европе. В Германии такие требования защищены только схемой гарантий, а это означает, что эти требования не пользуются каким-либо привилегированным статусом при определении очередности необеспеченных требований кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности. Требования, возникшие до открытия производства, являются обыкновенными, не обеспеченными требованиями. В данном случае правовая защита в Германии значительно отличается от режимов во многих других государствах — членах ЕС, в которых требования работников, возникшие до открытия производства, обычно имеют привилегированный статус. В соответствии с такими режимами защита прав работников производится путем выплат при производстве по делу о несостоятельности. Система гарантий функционирует лишь в качестве дополнительного инструмента в установленных законом пределах, вследствие чего на практике она имеет ограниченное значение.

#### **5.1.4. Мотивы рекомендаций**

481. В Обзоре законодательства, касающихся национального законодательства, указывается, что правовой режим работников в рамках производства по делам о несостоятельности и производства в предбанкротный период в Европе соответствует весьма схожим правилам и принципам. Такая схожесть была инициирована не только несколь-

кими директивами ЕС, в которых установлены минимальные стандарты. Даже за рамками этих директив можно выявить следующие общие идеи:

- исполнение трудовых договоров в соответствии с их условиями;
- право и срок на расторжение;
- необходимость своевременного информирования работников;
- целесообразность представителей трудящихся и коллективных договоров;
- необходимость защиты требований о выплате заработной платы;
- статус требований о выплате заработной платы, возникших после открытия производства;
- привилегированный режим в отношении требований о выплате заработной платы, возникших до открытия производства.

Вместе с тем между ними по-прежнему существуют значительные различия в деталях. В соответствии с подходом Суда ЕС (ECJ)<sup>1</sup> защита работников в случае коллективного увольнения должна быть полностью согласована, с тем чтобы обеспечить сопоставимую защиту прав трудящихся в различных государствах-членах и согласовать расходы, которые такие защитные правила влекут за собой для предприятий ЕС.

#### **5.1.4.1. Право на расторжение и защита договоров**

482. Трудоустройство имеет существенное значение для обеспечения людей средствами к существованию, а также для личной жизни. Таким образом, защита трудовых договоров оправдана с социальной точки зрения. Когда в компании случается кризис, социальные интересы работников могут вступать в конфликт с интересами работодателя и инвесторов, стремящихся спасти предприятие не только путем реструктуризации, но и путем сокращения издержек, что обычно означает сокращение численности работников в качестве основного фактора расходов. План реструктуризации обычно предусматривает реструктуризацию финансово-хозяйственной деятельности, что также подразумевает сокращение штата. Для урегулирования конфликта на основе приведенного выше анализа можно определить сбалансированные нормы и передовую практику.

---

<sup>1</sup> См.: ECJ Cases C-80/14 USDAW v. WW Realisation 1 Ltd., in liquidation & Ethel Austin Ltd. EU:C:2015:291, para. 62; C-383/92 Commission v. United Kingdom EU:C:1994:234, para. 16; C-55/02 Commission v. Portugal, EU:C:2004:605, para. 48; C-385/05 Confédération générale du travail and Others EU:C:2007:37, para. 43.

483. Кроме того, следует избегать различий в осуществлении вышеупомянутых директив в государствах-членах в интересах обеспечения равного отношения к работникам, которые обычно находятся в уязвимом и финансово зависимом положении. Несбалансированное урегулирование этого конфликта может негативно сказаться на моральном духе сотрудников, что может негативно повлиять на успешность продолжения деятельности, ведение которой и так уже достаточно затруднено.

484. Основопологающим принципом является то, что трудовые договоры являются действующими, и следует учитывать, что они не прекращаются автоматически при открытии производства по делу о несостоятельности. Вместо этого право прекращать действие будет принадлежать специалисту по вопросам несостоятельности/должнику во владении в соответствии с законодательством о несостоятельности. В случае оздоровления бизнеса, в соответствии с бизнес-планом в рамках плана реструктуризации должно быть возможно увольнение работников. Ограничения, предусмотренные трудовым законодательством, должны быть исключены (в отношении продолжительности увольнения, а также общих законов о защите увольнения в связи с беременностью, болезнью или социальными потребностями работника). В случае передачи контроля над бизнесом законодателю ЕС следовало бы дать подробные разъяснения ст. 5 Директивы 2001/23/ЕС и сделать исключения для всех переводов сотрудников в официальных производствах по делу о несостоятельности (реорганизация или ликвидация)<sup>1</sup>.

485. Для того чтобы не допустить злоупотребления такими процедурами со стороны платежеспособных предприятий с единственной целью — облегчить (снизить стоимость) массовое сокращение штата<sup>2</sup>, суд, открывающий официальное производство по делу о несостоятельности, должен тщательно изучить вопрос о том, доказано ли основание для открытия производства. Сбалансированный подход в отношении интересов работников может потребовать узкого толкования критерия «неизбежной несостоятельности». Кроме того, увольнения в рамках официальной процедуры реструктуризации должны быть возможны только в том случае, если они основаны на соответствующем плане

---

<sup>1</sup> См. также: Pam Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (2015) 283, констатирующий исчезновение социально-трудовых гарантий во всех официальных банкротных процедурах.

<sup>2</sup> См.: O. Kimhi and A. Doebert, *Bankruptcy Law as a balancing system: Lesson from a comparative analysis of the intersection between labour and bankruptcy laws*, 23 *ABI Law Review* 2015, 491.

реструктуризации, который доказывает, что предлагаемое сокращение является необходимым условием успешного результата. В случае подтверждения план должен предусматривать разумную и реальную компенсацию работникам или выходное пособие<sup>1</sup>.

486. И наконец, с прекращением действия трудового договора каждый работник должен иметь право работать на любого нового работодателя на рынке. Ни договорные положения о запрете конкуренции, ни нормативные положения не должны ограничивать свободу выбора нового работодателя, если работник не получает надлежащей защиты или компенсации<sup>2</sup>.

#### **5.1.4.2. Своевременное информирование**

487. Работники являются инвесторами и тесно связаны со своим работодателем. Они должны быть заблаговременно уведомлены о предстоящей реструктуризации или несостоятельности, с тем чтобы они могли решить, оставаться ли им у своего работодателя (реинвестировать средства) или уйти. Хотя существует риск того, что в первую очередь ключевые работники обанкротившегося предприятия могут фактически оставить проблемный бизнес, что может поставить под угрозу любые усилия по спасению, в первую очередь необходимо обеспечить заинтересованность всех работников в принятии осознанного решения.

#### **5.1.4.3. Коллективное представительство работников**

488. Представительство работников в производстве по делам о несостоятельности приветствуется, поскольку оно облегчает проведение переговоров в тех случаях, когда дело о несостоятельности затрагивает большое число работников<sup>3</sup>. Коллективные соглашения могут снизить судебные риски в случае массового увольнения, вызванного передачей контроля над бизнесом, в обмен на выходное пособие пострадавшим работникам.

---

<sup>1</sup> См.: Pam Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (2015) 284, отстаивание основополагающего различия между ликвидацией (включая передачу бизнеса) и сценариями обеспечения непрерывности.

<sup>2</sup> Законодательство Нидерландов, как представляется, предусматривает единственное исключение из этого прямого принципа. См.: Pam Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (2015) 281, с ее критикой в 285.

<sup>3</sup> См.: Pam Huffman. *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (2015) 285.

489. Передача правительственному учреждению требования работника к неплатежеспособному работодателю в рамках системы гарантий также приводит к «представительству» этих требований одним лицом в ходе дальнейшего производства по делу о несостоятельности. Поскольку гарантийное учреждение становится кредитором, оно обладает всеми правами кредитора, такими как право участвовать в собраниях кредиторов и голосовать на них, а также голосовать по вопросу о плане оздоровления. Появление такого профессионального игрока иногда может усилить переговоры об оздоровлении.

#### **5.1.4.4. Преимущества системы гарантий для покрытия невыплаченной заработной платы**

490. Неоплаченные требования работников по заработной плате защищаются либо путем предоставления привилегированного статуса при удовлетворении требований кредиторов, либо с помощью системы гарантий, а зачастую с помощью обеих систем. Однако уровень защиты в соответствии с правилом о привилегированном статусе на практике является сомнительным, поскольку во многих случаях, особенно в случаях, касающихся малого и среднего бизнеса, администратор не может генерировать достаточные средства даже для выплаты привилегированным кредиторам. На практике привилегированный платеж часто является невозможным и несвоевременным<sup>1</sup>. Вместо того, чтобы устранять эти недостатки путем установления суперприоритета по требованиям работников в ущерб обеспеченным кредиторам (Франция), представляется предпочтительным разработать общую гарантийную схему с целью достижения такого уровня защиты (с точки зрения повышения верхнего предела и расширения оснований и охватываемого периода), который в полной мере учитывал бы потребности работников (Германия).

#### **5.1.4.5. Использование гарантийного фонда для финансирования после подачи ходатайства**

491. Структура европейской системы гарантий для невыплаченной заработной платы не предусматривает оказания финансовой поддержки обанкротившемуся предприятию. В то же время в практике Германии в области несостоятельности используется схема, которая

<sup>1</sup> См.: Pam Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (2015) 281.

допускает оказание существенной помощи в области финансирования коммерческой деятельности в период после подачи заявления, но до открытия производства по делу о несостоятельности, именуемая *Insolvenzgeldvorfinanzierung*. В соответствии с законодательством Германии производство по делу о несостоятельности не открывается в день подачи ходатайства. Вместо этого суд возбуждает временное производство для выяснения того, действительно ли должник является несостоятельным и имеются ли достаточные активы для покрытия расходов, связанных с формальным производством по делу о несостоятельности<sup>1</sup>. Временный администратор в деле о несостоятельности обычно назначается для выяснения финансового положения должника и обеспечения того, чтобы активы должника не были уменьшены или выведены<sup>2</sup>.

492. Если после подачи ходатайства предприятие неплатежеспособного должника по-прежнему продолжает деятельность, то работникам должны осуществляться выплаты в ходе временного (промежуточного) производства, с тем чтобы предприятие продолжало функционировать. Для удовлетворения требований работников о выплате заработной платы после подачи ходатайства временный администратор в деле о несостоятельности обычно связывается с банком и договаривается о коллективной покупке банком всех требований работников, возникших после подачи ходатайства, в том объеме, который покрывается системой гарантий. В связи с коллективным суброгированием требований по заработной плате банки выплачивают работникам сумму, равную этому требованию, по мере наступления срока его погашения. Кроме того, должник выплачивает банку премию. После открытия производства по делу о несостоятельности банк обращается к системе гарантий для получения платежа, поскольку все приобретенные требования по заработной плате по-прежнему не погашены должником и покрываются гарантией. Гарантийное учреждение Германии акцептует такую просьбу и производит платеж, если об этом была достигнута договоренность. Законодательство Германии допускает суброгацию только в том случае, если оно считает, что предполагаемая сделка поможет обеспечить «значительное число рабочих мест» в таком предприятии<sup>3</sup>. Обычно это толкуется довольно широко. Например, считается, что требование о сохранении «значительного числа

<sup>1</sup> См.: немецкое Положение о несостоятельности. С. 21–26.

<sup>2</sup> Там же. С. 22.

<sup>3</sup> Немецкий Социальный кодекс, часть III, s 170 (4).

рабочих мест» выполняется в тех случаях, когда ожидается, что около 10% работников продолжат работу в компании.

493. С учетом весьма ограниченного размера возмещений из имущественной массы, который обычно получает гарантийное учреждение, эта практика представляет собой одну из форм поддерживающих мер по спасению предприятий в случае несостоятельности с помощью государственных средств поддержки. Однако меры могут вызвать правовые проблемы, поскольку государственная помощь запрещена по европейскому праву<sup>1</sup>. В 2009 г. немецкий законодатель и немецкие специалисты по вопросам несостоятельности с облегчением узнали, что Европейская комиссия не обнаружила какой-либо формы запрещения государственной помощи при оценке практики Германии<sup>2</sup>. Сегодня этот инструмент необходим для сохранения возможности спасения неплатежеспособного немецкого бизнеса по мнению большинства экспертов. Представляется целесообразным рассмотреть вопрос о широком использовании этого инструмента, что, разумеется, потребует от других юрисдикций установления жестких ограничений в отношении требований, охватываемых гарантиями, и обеспечения того, чтобы гарантийные учреждения не пользовались привилегированным статусом в отношении своих суброгационных требований.

#### **5.1.4.6. Защита работников и практика самозанятости**

494. Право на защиту трудовых отношений зависит от определения того, что договор квалифицируется как трудовой. Такое определение не всегда является простым, поскольку работодатели расширили использование независимой, самозанятой рабочей силы. В конечном счете определение сферы применения трудового договора является прерогативой государств-членов. С европейской точки зрения предпочтительным представляется согласованный подход, в рамках которого учитывается реальность рабочих отношений, а не просто говорится о том, что работодатель предпочитает называть кого-либо, кто работает на него, своим работником<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Статья 107 TFEU.

<sup>2</sup> Европейская комиссия, Решение от 19.11.2009, К (2009) 8707.

<sup>3</sup> Этот подход также отражен в Рекомендации 6 – Ответ Правительства Великобритании на доклад объединенного комитета Палаты общин о влиянии закрытия City Link на занятость (UK Government response to the joint House of Commons committees' report on the impact of the closure of City Link on employment) (2015).

## 5.2. Пенсии

495. Пенсионные выплаты так же важны, как и требования по заработной плате, поскольку они также обеспечивают средства к существованию пенсионера. Они могут иметь еще более важное значение, поскольку пенсионеры, как правило, уже не в состоянии заменить пенсионные выплаты получением дохода на рынке труда в силу своего возраста и состояния здоровья. Таким образом, вопрос о пенсионной защите имеет огромное значение для системы социального обеспечения<sup>1</sup>.

### 5.2.1. Особый режим пенсионного обеспечения работников

496. Во всех юрисдикциях, которые мы проанализировали, создана система социального обеспечения, предоставляющая пенсионерам средства к существованию через государственную пенсионную систему. Поскольку льготы в рамках такой схемы направлены против публичного учреждения, не имеющего риска неплатежеспособности (до тех пор, пока не возникнет кризис суверенного долга), законодательство о несостоятельности не содержит конкретных положений о защите в случае несостоятельности. Иногда предоставляется привилегированный статус в отношении требований агентства социального обеспечения о выплате взносов неплатежеспособным работодателем либо до, либо после открытия производства (например, Греция, Венгрия, Польша) или только после — особенно в связи с увязкой требований о взносах с требованиями о заработной плате (например, Германия).

497. В некоторых юрисдикциях государственная пенсионная система была дополнена системой, поощряющей работодателей и работников к согласованию дополнительных индивидуальных или про-

---

<sup>1</sup> С 2008 г., когда экономические потрясения усилились, проблема обеспечения финансовой безопасности при выходе на пенсию стала серьезной социальной проблемой во всем мире. Тем не менее тема дефицита пенсий (фондов) в результате неплатежеспособных компаний еще не была тщательно изучена академическими кругами. Комиссия ЕС спонсировала только одно исследование. См.: ESOFAC Belgium, Защита дополнительных пенсий в случае несостоятельности работодателя для схем с установленными выплатами и балансовыми запасами, исследование для Европейской комиссии (The protection of supplementary pensions in case of insolvency of the employer for defined benefit and book reserve schemes, Study for the European Commission) VC/2009/0336 (2009). Для довольно общего обзора 21 юрисдикции, включая страны, не входящие в ЕС. См.: INSOL International, Pensions and Insolvency — An International Survey (London 2015).

фессиональных пенсионных планов<sup>1</sup>. Наличие таких договоренностей обычно вынуждало законодателя к более детальному рассмотрению вопроса о защите в делах о несостоятельности<sup>2</sup>. Такая защита обычно охватывает три темы: а) гарантия пенсионных прав путем введения схемы страхования или обеспечения защиты активов работодателя, зарезервированных для покрытия пенсионных выплат (в случае прямого пенсионного плана); б) (преференциальный) режим в отношении требований о выплате страховых взносов или взносов при несостоятельности; с) возможность уменьшения бремени пенсионных платежей для проблемных предприятий (см. 5.2.2).

### 5.2.1.1. Защита пенсионных прав

498. Наиболее важной частью любой системы пенсионного обеспечения является защита пенсионных выплат пенсионерам (также тем, которые впоследствии станут таковыми). Общий подход заключается в том, чтобы отделить средства для этих платежей от имущества работодателей в фонды и тем самым вывести их из-под риска банкротства. В рамках государственной системы социального обеспечения эти фонды управляются государственными учреждениями, которые являются платежеспособными независимо от будущего экономического развития или неплатежеспособности большего числа работодателей. В рамках индивидуального или профессионального пенсионного плана такая же защита может быть обеспечена путем использования контролируемой страховой компании или регулируемых пенсионных фондов для сбора и управления средствами для выплаты частных пенсий<sup>3</sup>.

499. В результате этого потребность в рассмотрении частных пенсионных требований существует только в тех случаях, когда индивидуальные или профессиональные пенсионные программы являются

---

<sup>1</sup> См. Австрия, Бельгия, Германия, Швеция, Великобритания. Общий обзор распространения таких схем в государствах – членах ЕС. См.: ESOFAC Belgium, Защита дополнительных пенсий в случае несостоятельности работодателя для схем с установленными выплатами и балансовыми запасами, исследование для Европейской комиссии VC/2009/0336 (2009), 9 и далее.

<sup>2</sup> См. Австрия, Бельгия, Германия, Великобритания. См. также: ESOFAC Belgium, там же, 28 и далее.

<sup>3</sup> См. Австрия, Бельгия, Франция, Германия, Нидерланды, Великобритания. Деятельность таких агентств регулируется Директивой 2003/41 / ЕС от 03.06.2003 о деятельности и надзоре за учреждениями по обеспечению профессионального пенсионного обеспечения [2003] OJ L235 / 10 (Directive 2003/41/EC of 3 June 2003 on the activities and supervision of institutions for occupational retirement provision [2003] OJ L235/10).

действующими без участия третьих сторон (системы резерва или прямых пенсионных планов (см. Австрия или Германия). В соответствии с такими соглашениями пенсионное право представляет собой требование к имущественной массе и защищается либо путем создания специального фонда за счет активов, зарезервированных для покрытия пенсионных выплат (Австрия; в Бельгии также для косвенных схем), либо путем гарантирования пенсионных прав третьей стороной (Агентство пенсионных гарантий (см. Австрия, Германия, Швеция или Великобритания)<sup>1</sup>).

### 5.2.1.2. Рассмотрение требований по взносам

500. Взносы в систему социального обеспечения, а также в индивидуальный пенсионный план, как правило, покрываются работодателем либо в законодательном порядке в рамках соглашений о заработной плате и выплат (не связанных с заработной платой расходов на рабочую силу или вспомогательные расходы на заработную плату<sup>2</sup>), либо на основе индивидуального дополнительного соглашения (часто коллективный договор о дополнительных пособиях, таких как частные пенсионные пособия). В случае несостоятельности работодателя соответствующие требования могут быть погашены до, а также после открытия производства по делу о несостоятельности. Соответственно, их привилегированный статус может различаться (см. выше 5.2.1). Невыплата взносов в фонд социального обеспечения по причине неплатежеспособности обычно не ущемляет пенсионных прав работника (см. Франция или Италия, а также Польша — наоборот). Вместе с тем неуплата взносов в частные схемы может привести к снижению уровня пенсионных пособий, и сохранение взносов, несмотря на несостоятельность работодателя, обеспечивается либо третьей стороной, вступающей в дело (агентство по гарантированию пенсий<sup>3</sup>), либо «сверхприоритетной» группой (Соединенное Королевство) или по крайней мере установлением привилегированного статуса таких требований (Венгрия, Нидерланды, Швеция).

501. Если страховые взносы или выплаты в счет взносов покрываются учреждением, занимающимся пенсионными гарантиями, соответствующие требования, как правило, передаются в порядке суброгации,

---

<sup>1</sup> ESOFAC Бельгия, там же, 36.

<sup>2</sup> См. Бельгия, Франция, Германия, Венгрия, Швеция, Великобритания.

<sup>3</sup> Австрия, Германия, Швеция, а также Великобритания.

и учреждение вступает в производство в качестве (привилегированного) кредитора. Если предприятие оздоравливается и должник продолжает деятельность, то учреждение может иметь право вернуть все пенсионные обязательства должнику или покупателю предприятия должника и работников (Германия)<sup>1</sup>. В таких случаях следует рассмотреть вопрос о предварительной реструктуризации пенсионных прав.

### **5.2.2. Реструктуризация пенсионных прав в рамках мер по спасению бизнеса**

502. Пенсионеры в значительной степени зависят от своих (будущих) пенсионных прав, которые не только нуждаются в широкой защите, но и весьма ограничивают возможности для изменения структуры пенсионных прав и взносов в сторону уменьшения.

503. Пенсионные выплаты государственным учреждениям, а также требования этих учреждений в отношении взносов работодателей не подлежат реструктуризации во всех проанализированных юрисдикциях. В этом нет необходимости, поскольку пенсионные пособия выплачиваются государственным учреждением и поскольку обязательства работодателя, находящегося в реструктуризации, по выплате взносов зависят исключительно от числа работников, реструктуризация этих будущих обязательств осуществляется путем увольнения работников. Вместе с тем невыплаченные государству взносы до и во время производства являются требованиями к имущественной массе, которые иногда передаются государственному страховому учреждению в рамках применимой системы гарантий, а иногда выплачиваются из-за их привилегированного статуса (см. выше). Такие неоплаченные требования могут быть реструктурированы в рамках производства по планам (Германия, однако иначе в Польше до 2016 г., оспаривается в Бельгии).

504. Индивидуальные или профессиональные пенсионные программы напоминают государственные программы, когда они осуществляются через третьи стороны (страховые компании, пенсионные фонды). В данном случае работодатель не является должником по пенсионным выплатам и может прекратить будущие выплаты взносов в соответствии с применимым договорным правом (см., например, Австрия).

505. Однако в тех случаях, когда пенсионные пособия выплачиваются самими работодателями (прямые пенсионные планы), склады-

---

<sup>1</sup> См.: немецкий Закон о корпоративных пенсиях (German Company Pensions Act), 7 (4) and 9, и Германское гражданское уложение (German Civil Code), s 613a.

вается иная ситуация. В этом случае бремя задолженности, вызванное будущими пенсионными выплатами и взносами, может значительно возрасти и привести к тому, что жизнеспособный бизнес окажется в состоянии чрезмерной долговой нагрузки и в конечном счете окажется неплатежеспособным. Хотя будущие выплаты взносов могут рассматриваться на основе договорного права, будущие, а также текущие обязательства по выплатам пенсий могут быть реструктурированы в рамках плана реструктуризации в Германии<sup>1</sup>, в то время как все другие проанализированные юрисдикции не сообщают о конкретном правовом регулировании. Нет также рекомендаций от международных организаций, занимающихся установлением стандартов. Этот вопрос, очевидно, оставлен на урегулирование в рамках общего договорного права и законодательства о несостоятельности. Вместе с тем в Германии такие права защищены гарантийной схемой, в результате которой гарантийное учреждение замещает работников или пенсионеров и участвует в переговорах по реструктуризации. Этот весьма специфичный тип кредитора, как правило, должен быть отнесен к отдельному классу кредиторов в рамках плана реструктуризации<sup>2</sup>, а это означает, что для любого плана, который наносит ущерб пенсионным правам или взносам, потребуется фактическое согласие этого класса кредиторов или правило о его понижении. В соответствии с этими ограничениями любая реструктуризация с согласия гарантийного учреждения сопряжена с большими трудностями, что дает этому учреждению сильные позиции на переговорах по реструктуризации. В целом реорганизация индивидуальных пенсионных прав или будущих пенсионных взносов возможна в соответствии с законодательством Германии, но требует взаимодействия.

### 5.2.3. Мотивы рекомендаций

506. Что касается программ социального обеспечения, то защита пенсионных прав четко установлена. При таком режиме пенсионные права не ставятся под угрозу в результате неплатежеспособности работодателя, а неуплаченные взносы либо покрываются гарантийными учреждениями, либо выплачиваются в силу их привилегированного статуса. Риски для сотрудников, как представляется, максимально устранены.

---

<sup>1</sup> См.: немецкий Закон о корпоративных пенсиях, s 7 (4) и 9 (4).

<sup>2</sup> См. там же, s 9 (4).

507. Что касается индивидуальных или профессиональных пенсионных планов, картина не столь ясна. В тех случаях, когда такие схемы организуются через третьи стороны (страховая компания или пенсионный фонд), пенсионные права являются защищенными от банкротства работодателя<sup>1</sup>. В тех странах, которые сделали это, схемы гарантий являются распространенным явлением, зачастую сопровождающимся преференциальным режимом таких требований. Существует тенденция к защите таких пенсионных планов, аналогичных государственным, в целях поощрения их использования.

508. Пенсионные соглашения, которые предусматривают прямую пенсионную систему между работодателем и работником, отсутствуют или защищены повсеместно. Они также должны быть защищены от неплатежеспособности в рамках системы обязательного страхования<sup>2</sup>. Вместе с тем задолженность, обусловленная такими схемами, может стать причиной реструктуризации. Хотя конкретное правовое положение в отношении таких процедур реструктуризации было представлено только в отношении Германии, другие страны, как представляется, рассматривают такие дела на основе применения своего общего договорного права или законодательства о реструктуризации. С учетом (растущего) значения индивидуальных пенсионных планов такие попытки реструктуризации должны защищаться посредством их однозначного одобрения. В то же время особое значение пенсионных прав должно быть признано путем защиты прав пенсионеров в рамках таких реструктуризаций, предпочтительно путем расширения охвата гарантийных схем (следуя примеру Германии).

#### 5.2.4. Рекомендации

**Рекомендация 5.01:** Государства-члены обеспечивают своевременное уведомление работников и коллективов трудящихся о предстоящей реструктуризации или несостоятельности.

**Рекомендация 5.02:** Трудовые договоры не должны автоматически прекращаться с началом (пред)банкротных процедур. Государствам-

---

<sup>1</sup> Единственной проблемой здесь будет неплатежеспособность или недостаточная производительность пенсионного фонда, что возможно во времена экономической депрессии или небольших процентных ставок, см.: ESOFAC Belgium, Защита дополнительных пенсий в случае несостоятельности работодателя для схем с установленными выплатами и балансовыми запасами, исследование для Европейской комиссии VC/2009/0336 (2009) 67-68.

<sup>2</sup> Там же, 8-69.

членам следует обеспечить, чтобы такие договоры пользовались полной защитой трудового законодательства за пределами официального производства по делу о несостоятельности, притом что они рассматриваются в соответствии с применимыми нормами в отношении дящихся контрактов в рамках производства по делу о несостоятельности.

**Рекомендация 5.03:** Государства-члены предусматривают правило сохранения по умолчанию в сочетании с правом управляющего или должника во владении расторгнуть трудовые договоры в течение короткого периода времени.

**Рекомендация 5.04:** Защита в соответствии с трудовым законодательством, включая особую защиту беременных или больных работников, должна применяться только вне рамок официального производства по делу о несостоятельности. В рамках официальных процедур реструктуризации любые избыточные требования должны вытекать из потребностей стратегии спасения, осуществляемой в рамках плана реструктуризации. План должен предусматривать выплату выходных пособий.

**Рекомендация 5.05:** Работники, чей трудовой договор был расторгнут в ходе официального производства по делу о несостоятельности, должны иметь право заключать новый договор с любым работодателем. За исключением случаев, когда работник получает надлежащую защиту или компенсацию, не должны применяться ни договорные положения об отсутствии конкуренции, ни нормативные положения о запрещении конкуренции.

**Рекомендация 5.06:** Государствам-членам следует предусмотреть, что в тех случаях, когда большое число сотрудников предприятия может быть затронуто планом реструктуризации или ликвидации (включая передачу контроля над бизнесом), представитель работников должен иметь право представлять и защищать их интересы путем участия в официальном производстве по реструктуризации и ликвидации (например, в комитете кредиторов).

**Рекомендация 5.07:** Защита невыплаченных требований по заработной плате может быть обеспечена путем их рассмотрения в качестве предпочтительных требований или даже административных расходов в рамках официальной процедуры. В тех случаях, когда имеется эффективное с точки зрения затрат гарантийное учреждение, государствам-членам следует обеспечить его использование и обеспечить, чтобы оно покрывало как можно большую часть невыплаченной заработной платы и позволяло своевременно выплачивать заработную плату работникам.

**Рекомендация 5.08:** Европейской комиссии предлагается провести общее сравнительное исследование законов, касающихся режима и защиты пенсионных взносов и требований в случае (неизбежной) неплатежеспособности работодателя-вкладчика, которая включает все соответствующие аспекты правил ЕС, а также материально-правовые положения национального законодательства о пенсиях, труде и несостоятельности.

**Рекомендация 5.09:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы индивидуальные или профессиональные пенсионные планы ограничивались непрямыми пенсионными планами, которые либо используют (далекие от несостоятельности) третьи стороны, либо защищены системой гарантий. Реструктуризация пенсионных пособий по линии прямого пенсионного плана должна быть возможна только в том случае, если действует система гарантированной защиты.

## ГЛАВА 6

### ОСПАРИВАНИЕ СДЕЛОК В РАМКАХ ВНЕСУДЕБНОГО УРЕГУЛИРОВАНИЯ И ПРОЦЕДУР, ПРЕДШЕСТВУЮЩИХ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ, И ВОЗМОЖНЫЕ ЗАЩИТНЫЕ ВОЗРАЖЕНИЯ

#### 6.1. Вступление

509. Ключевыми вопросами, которые анализируются в настоящей главе, являются: (i) вопрос о том, существует ли право на оспаривание сделок в предбанкротных процедурах или в рамках процедур внесудебного регулирования, и (ii) обеспечивает ли национальное законодательство исследуемых стран какую-либо особую защиту от оспаривания сделок, заключенных в ходе таких процедур или процедуры внесудебного урегулирования. В качестве наглядного примера: если новое финансирование согласовано на основе индивидуальных договоренностей либо в рамках плана реструктуризации, исключается ли такое соглашение в конкретных обстоятельствах от действий по его оспариванию?

510. Все правовые системы государств – членов ЕС, о которых идет речь в настоящем исследовании, имеют список правил, касающихся оспаривания сделок. Это наблюдение довольно очевидно. В 2004 г. ЕБРР в своих Основных принципах режима законодательства о несостоятельности (*Core Principles for an Insolvency Law Regime*) изначально отметил, что «современные системы несостоятельности и режимы «должник – кредитор» являются ключевым вопросом устойчивого экономического развития и обеспечивают предохранительный клапан для финансовых сбоев». В сфере несостоятельности на основе сопоставления с международными стандартами (такими, как Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов и Принципы Всемирного банка) ЕБРР определил набор принципов для современного Режима законодательства о несостоятельности (*Insolvency Law Regime*), которые призваны стать основой Режима законодательства о несостоятельности и которые называются «Проект заявления об основных принципах режима законодательства о несостоятельности» («Основные принципы») (*Draft Statement of Core Principles for an Insolvency Law Regime (Core*

*Principles*)). В общей сложности существует десять основных принципов, седьмой из которых гласит:

«7. Режим законодательства о несостоятельности должен предусматривать независимый анализ сделок и действий должника и наложение санкций в случае ненадлежащего поведения. Важным компонентом ликвидации и реструктуризации является способность налагать санкции на стороны, которые пытаются сорвать производство по делу о несостоятельности. Это, как правило, должно включать возможность отмены мошеннических, нерыночных или преференциальных сделок, которые имели место накануне неплатежеспособности должника, и возможность наказывать топ-менеджеров и директоров неплатежеспособной компании за мошенничество или отказ от сотрудничества»<sup>1</sup>.

## 6.2. Правило возврата и защитные возражения

511. Положения об оспаривании сделок можно описать по-разному. Общеввропейское описание в контексте несостоятельности является следующим: «(i) Положения законодательства о несостоятельности, которые разрешают совершать сделки по передаче активов или принятию обязательств, включая предоставление обеспечения, до начала производства по делу о несостоятельности должны быть отменены или иным образом утратить силу, а любые переданные активы или их стоимость подлежат возврату должнику в интересах всех кредиторов»<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Bob Wessels and Gert-Jan Boon, *Cross-Border Insolvency Law, International Instruments and Commentary* (2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015). P. 41. *The Principles of European Insolvency Law* (2003) п. 8.1: юридическое действие, неоправданно вредное для кредиторов, совершенное должником в течение определенного периода времени до открытия производства, подлежит отмене. Администратор может восстановить или потребовать аннулирования любой выгоды, полученной от должника. Кроме того, п. 8.2 добавляет к этому следующее: «Юридические действия, подлежащие отмене, включают:

- а) сделку с целью обмана кредиторов;
- б) сделку при неравноценном встречном исполнении;
- в) сделку с кредитором, в отношении которой не существует обязательного для исполнения обязательства;
- д) сделку с кредитором после подачи заявления о несостоятельности или в случае неизбежности несостоятельности;
- е) создание обеспечительного права для обеспечения ранее существовавшего обязательства.

<sup>2</sup> См.: Common Frame of Reference (DCFR), the Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), *Principles Definitions and Model Rules of European Private Law, European Law Publishers* (2009), Annex (Definitions). P. 546.

В Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004) четко указывается на сложность подхода к сделкам, которые могут быть оспорены, и на интересы, которые поставлены на кон:

«154. Нормы, регулирующие оспаривание сделок, активно обсуждаются, особенно с точки зрения их практической эффективности и в некоторой степени условных правил, необходимых для определения, например, соответствующих сроков и характера сделок, которые могут оспариваться. Как и в случае с рядом других ключевых положений законодательства о несостоятельности, при разработке положений об оспаривании сделок необходимо в равной степени учесть несопадающие общественные выгоды, такие как, с одной стороны, потребность в широких полномочиях для максимального увеличения стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов, а с другой — предсказуемость и определенность договоров, которая может быть поставлена под вопрос. Может также понадобится сбалансировать легко доказываемые критерии оспаривания, применение которых приведет к оспариванию большого количества сделок, и более узкие критерии оспаривания, которые сложнее доказать и которые ограничивают количество успешно расторгаемых сделок. В целях сведения к минимуму возможности отрицательного воздействия полномочий по оспариванию сделок на предсказуемость и определенность договора желательно разработать как можно более четкие критерии определения категорий сделок, которые могут быть оспорены (независимо от того, будет ли это определение «широким» или «узким»), и степень делового и коммерческого риска».

Более широкая сфера охвата понятия «оспаривание» может распространяться на положения общего права соответствующей национальной правовой системы<sup>1</sup>. Это означает, что «оспаривание» юридического акта или правоотношения, являющееся процессом, посредством которого сторона или в зависимости от обстоятельств суд ссылаются на основание недействительности, с целью сделать действие или отношения, которые были действительными до этого момента, ретроспективно недействительными с самого начала<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Этот более широкий способ используется в качестве «действия, наносящего ущерб всем кредиторам» в ст. 13 EIR (2000) (то же самое в ст. 16 EIR (2015)).

<sup>2</sup> См.: Study Group on a European Civil Code and Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles Definitions and Model Rules of European Private Law, European Law Publishers (2009), Annex (Definitions). P. 546.

### 6.2.1. Существенные моменты национальных докладов

512. Как уже отмечалось, во всех исследованных государствах-членах в их законодательстве о несостоятельности содержатся нормы, касающиеся оспаривания сделок (*actio Pauliana*, *Insolvenzanfechtung* и т.д.). Эти нормы сформулированы довольно различно, содержат различные критерии, а нормы, касающиеся доказательств, приведения в исполнение и лиц, имеющих право ссылаться на эти нормы, существенно отличаются друг от друга<sup>1</sup>.

513. В связи с вопросом о том, предусмотрены ли полномочия по оспариванию сделок в рамках производства до несостоятельности или в рамках процедур внесудебного урегулирования, почти все консультанты государств-членов ссылаются на правила, касающиеся «оспаривания» в более широком смысле этого термина: такие нормы содержатся в общем (гражданском) праве (эти нормы также довольно разные). Это касается Австрии, Бельгии, Англии и Уэльса, Франции, Германии, Венгрии, Италии, Латвии, Нидерландов, Польши, Испании и Швеции.

514. Что касается второго вопроса о защите от оспаривания соглашений, достигнутых в рамках предбанкротного производства или внесудебного урегулирования в соответствии с национальным законодательством, то наиболее достойные внимания ответы были получены от Бельгии, Англии и Уэльса, Франции, Италии и Испании.

515. Бельгийский закон о непрерывности деятельности компаний (*The Belgian Business Continuity Act (BCA)*) предусматривает защиту от оспаривания для платежей или исполнений, произведенных должником по мировому, внесудебному соглашению, которое представляется в канцелярию служащего и предусматривает, что такое соглашение было заключено с целью реструктуризации предприятия или его финансового состояния (ст. 15). Если такие платежи или ис-

---

<sup>1</sup> См. сравнение десяти стран: Christoph G. Paulus, *Das Recht der Insolvenzanfechtung und Gläubigerschutz*, in Marcus Lutter (Hrsg.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa* (Berlin: De Gruyter, 2006). S. 434–450; R.J. de Weijs, E.J.R. Verweij, C. Bärenz and R.M.A. Connell, *Financing in distress against security from an English, German and Dutch perspective: a walk in the part or in a mine field?*, *International Insolvency Law Review* 1/2012, 21 и далее, and the comparative PhD research of R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanfechtung & Transaction Avoidance in Insolvencies* (PhD University of Amsterdam; Serie Recht en Praktijk Insolventierecht, InsR1, Deventer: Kluwer 2010). Этот автор также представляет элементы для «гармонизированного» европейского подхода. См.: Rolof de Weijs, *Towards an Objective European Rule on Transaction Avoidance in Insolvencies*, 20 *International Insolvency Review* 2011. S. 219 и далее. См. Также Tuula Linna, *Actio Pauliana – Actio Europensis? Some Cross-Border Insolvency Issues*, 10 *Journal of Private International Law* 2014. P. 69.

полнение были произведены в течение периода подозрительности (как это определено судом в ходе последующего банкротства), они не могут быть оспорены на основании ст. 17.2 Закона о банкротстве (в отношении погашения несозревших долгов и погашения просроченных долгов, кроме как в денежной или коммерческой форме) или ст. 18 Закона о банкротстве (в отношении всех других сделок, заключенных в течение периода подозрительности, которые наносят ущерб имущественной массе должника, и при условии, что контрагент знал о признаке неплатежеспособности)<sup>1</sup>.

516. В Англии и Уэльсе законодательство не содержит положений о защитных возражениях для внесудебного урегулирования или предбанкротного производства<sup>2</sup>. Вместе с тем национальные консультанты отмечают, что суд не может вынести постановление в отношении сделки по заниженной стоимости, если он убежден в том, что компания осуществила эту сделку добросовестно и для целей своей коммерческой деятельности и есть основания полагать, что в разумные сроки сделка будет иметь положительный эффект<sup>3</sup>. Они делают вывод о том, что по этой причине ликвидатору или администратору может быть трудно оспаривать сделки, которые были заключены в ходе законной попытки оздоровления. Кроме того, они также приходят к выводу о том, что не будет предпочтения «в той мере, в какой бенефициар предоставляет компании новое финансирование, как если бы кредитору было предоставлено обеспечение за соответствующий или последующий аванс на основе индивидуальной договоренности или в рамках всеобъемлющего плана спасения». Критерий «желание поставить кредитора в лучшее положение»<sup>4</sup>, как правило, не позволяет сделкам, заключенным в ходе реализации оздоровительных мер, быть уязвимыми в первую очередь<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Однако нет защиты от мошеннических операций (*actio pauliana*, ст. 20 Закона о банкротстве) и неравноценных или безвозмездных сделок (ст. 17 Закона о банкротстве 1). «Новые» обеспечительные права, предоставленные для «старых» долгов, также не защищены (ст. 17 Закона о банкротстве 3). Аналогичный набор правил применяется к мировому соглашению об урегулировании, заключенному в ходе судебного разбирательства о реорганизации, под надзором суда (ст. 43 ВСА).

<sup>2</sup> Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, Oxford 2012), § 16-07.

<sup>3</sup> Парламент Великобритании: Секция 238 (5) Акта о несостоятельности 1986 г.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Положения Закона, касающиеся преференций, позволяют должностному лицу оспаривать совершение компанией или физическим лицом действия (или ущерб компа-

517. Консультанты от Франции разъясняют правовые нормы, в силу которых в случае неудачи согласительной процедуры подозрительный период может начинаться только до утверждения соглашения (*homologué*) судом, и гарантии, предусмотренные в соглашении, не могут быть оспорены. Эта защита доступна только в случае соглашений о примирении, официально утвержденных судом (*homologué*), и не применяется к соглашениям о примирении, которые просто регистрируются (*constaté*) председателем суда, а также в отношении каких-либо соглашений, которые могут быть заключены в рамках специальной процедуры, предусмотренной мандатом.

518. Кроме того, в Германии существует особая специфическая защита, в силу которой не будет предпочтения в отношении исполнения, полученного за последние три месяца до подачи заявления о несостоятельности, когда соблюдены правовые условия<sup>1</sup>, при которых такое исполнение не преследует цель поставить кредиторов в невыгодное положение<sup>2</sup>, если оно было осуществлено в результате серьезной попытки реструктуризации<sup>3</sup>. В Германии эта правовая норма называется «привилегия реструктуризации»<sup>4</sup>.

519. В итальянском Законе 80/2005 (*The Italian Law 80/2005*) содержится перечень сделок, на которые не распространяются требования о возврате:

а) платежи за товары или услуги, произведенные при осуществлении обычной коммерческой деятельности компании в соответствии с коммерческим обычаем;

б) банковские выплаты, за исключением тех, которые существенно и стабильно сокращали задолженность компании перед банком;

---

нии или физического лица), в результате которого кредитор (или гарант) ставится в положение, которое в случае банкротной ликвидации компании или банкротства физического лица будет лучше, чем позиция, в которой он был бы, если бы этот акт не был выполнен. Способность ликвидатора или управляющего оспаривать такие сделки зависит от сроков, финансового положения компании/должника на момент совершения операции, отношений между компанией/физическим лицом и бенефициаром сделки и цели сделки. Далее по этому вопросу: Reinhard Bork, *Rescuing Companies in England and Germany* (Oxford University Press, Oxford 2012), § 16-07 и далее.

<sup>1</sup> Параграфы 130 и 131 InsO.

<sup>2</sup> Параграф 133 InsO.

<sup>3</sup> См.: Федеральный гражданский суд Германии (BGH), 12.5.2016, IX ZR 65/14, NZI 2016, 636, где объясняется, что серьезная попытка реструктуризации потребует надежного плана реструктуризации.

<sup>4</sup> См. главу о Германии: Bob Wessels & Stephan Madaus (ред.), *Business Rescue in Europe*, Vol. I. *National Reports and International Recommendations* (публикация ожидается).

с) продажи по рыночной стоимости недвижимости, которая используется в качестве дома покупателя или его родственников до третьей степени родства;

д) действия, платежи и обеспечение в отношении активов должника при условии, что они были произведены в соответствии с планом, который, как представлялось, мог бы вывести компанию из-под ответственности и обеспечить восстановление сбалансированности ее финансового положения и в отношении которых «разумность» была оценена экспертом;

е) акты, платежи и обеспечение, заключенные или предоставленные в соответствии с соглашением с кредиторами (включая состав, существовавший до наступления несостоятельности);

ф) выплаты заработной платы работникам и вознаграждения консультантам;

г) выплаты причитающихся и подлежащих взысканию долгов, произведенных с целью получения услуг, необходимых для присоединения к соглашению с кредиторами и контролируемой административной процедуры.

520. Изъятия, предусмотренные в подп. (d), (e) и (g), несомненно, являются стимулом к проведению реструктуризации предприятий, испытывающих финансовые трудности. В частности, исключение, предусмотренное в подп. (d), имеет первостепенное значение, поскольку оно вводит концепцию плана финансового оздоровления в отношении задолженности, которая была новой для итальянского законодательства. Только должник может инициировать план финансового оздоровления. Никаких конкретных требований в отношении финансового состояния должника не предусмотрено. План финансового оздоровления может быть конфиденциальным, поскольку не требуется никакого раскрытия (например, в суде или реестре компаний), за исключением компаний, зарегистрированных на бирже. В том же состоянии находится исключение (e), которое не делает упомянутые сделки и т.д. возвратными.

521. Совершение в соответствии с итальянским законодательством платежей или гарантий, произведенных в рамках осуществления утвержденного плана спасения (*piano attestato*), соглашения о спасении (*accordo di ristrutturazione dei debiti*), соглашения о предварительном согласии с кредиторами (*concordato preventivo*) или после подачи заявления о его осуществлении, освобождаются от риска возврата при любой последующей несостоятельности. Эта защита применяется к займам, предоставленным кредиторами, предлагающими новые

финансовые средства в поддержку плана спасения, утвержденного или согласованного судом (либо через *concordato preventivo*, либо через *accordo di ristrutturazione*)<sup>1</sup>.

522. Из национальных докладов следует, что законодательство Испании предусматривает наиболее благоприятные правила безопасного использования возражений при оспаривании сделок. В данном случае некоторые соглашения о рефинансировании защищены от возврата. В соответствии со ст. 71 Ley Concursal (LC) после открытия производства по делу о несостоятельности сделки, наносящие ущерб активам должника, совершенные в течение двух лет до объявления о несостоятельности должника, могут быть оспорены даже при отсутствии мошенничества в целях возврата. Однако сделки рефинансирования и, в частности, обеспечение, взятое в результате такой реструктуризации, могут не подпадать под возврат, если должник был защищен от банкротства, в течение двухгодичного периода после исполнения. Консультанты суммируют условия, на которых в соответствии со ст. 71-бис LC освобождаются соглашения о рефинансировании, заключенные должником, от правил об оспаривании сделок. Меры по оспариванию сделок не распространяются:

1) на договорности, которые оставляют возможность значительно расширения кредита или предусматривают изменение или прекращение его обязательств; либо путем продления срока его погашения, либо путем установления других договорных обязательств для замены обязательств, если они соответствуют плану жизнеспособности, обеспечивающему непрерывность деятельности в краткосрочной и среднесрочной перспективе. Другое условие заключается в том, что соглашение должно быть подписано кредиторами, чьи требования составляют не менее трех пятых общей суммы долга на дату принятия соглашения о рефинансировании. В случае групповых соглашений предписанная процентная доля рассчитывается как на индивидуальной основе в отношении каждой соответствующей компании, так и на консолидированной основе в отношении требований каждой группы или подгруппы в отношении как затронутых, так и исключая случаи исчисления обязательств по займам и кредитам, предоставленным компаниями группы;

2) любое другое соглашение, обеспечивающее выполнение всех следующих условий:

---

<sup>1</sup> См. ст. 67 Закона о несостоятельности Италии (Italian Insolvency Law); более подробно: Alessandro P. Scarso, Avoidance claims and turnaround of distressed business from an Italian perspective, in *International Insolvency Law Review* 4/2013. P. 398 и далее.

- а) увеличить долю активов в сумме пассивов;
- б) получаемый текущий актив превышает текущие обязательства или равен им;
- в) итоговая стоимость ценных бумаг в пользу соответствующих кредиторов не превышает девяти десятых стоимости условного коэффициента для одного и того же долга или доли непогашенных долговых гарантий, которые они имели до заключения соглашения;
- д) процентная ставка, применимая к получившемуся долгу или вытекающему из него соглашению о рефинансировании долга в пользу вовлеченных или нет кредиторов, превышает более чем на треть ставку, применимую к предыдущему долгу; и
- е) соглашение было официально оформлено публичным документом, исполненным всеми сторонами этого соглашения, и прямо указывает с экономической точки зрения причины различных действий и сделок, совершенных между должником и участвующими кредиторами, с уделением особого внимания описанным условиям<sup>1</sup>.

### 6.2.2. Существенные вопросы в международных тенденциях

523. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов (2004) содержит более 10 рекомендаций в отношении действий по оспариванию сделок. «87. В законодательство о несостоятельности следует включать положения, действующие ретроспективно и предназначенные для оспаривания сделок с должником или активами имущественной массы или нарушения принципа равного режима в отношении кредиторов». Затем в нем суммируются три вида сделок, которые могут быть оспорены, с дополнительными предложениями, спецификациями и договоренностями в отношении периодов подозрительности. Руководство, как представляется, оставляет место для включения положений о защитных возражениях, как это предусмотрено в его Рекомендации 92: «92. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить те сделки, которые исключаются из сферы действия положений об оспаривании, в том числе финансовые контракты», о чем подробнее говорится в Рекомендации 97: «97. В законодательстве о несостоятельности следует оговорить элементы, подлежащие доказыванию для оспаривания той или иной конкретной сделки, стороны, которым надлежит доказать наличие этих элементов, а также

---

<sup>1</sup> См. также: Agustín Bou, *New refinancing proceedings under Spanish Law*, 8 *Insolvency and Restructuring International*, September 2014. P. 39 и далее.

конкретные возражения против оспаривания. Эти возражения могут включать указание на то, что сделка была заключена в рамках обычных коммерческих операций до открытия производства по делу о несостоятельности. В законодательстве в целях облегчения применения процедур оспаривания сделок могут быть также установлены презумпции и может быть разрешен перенос бремя доказывания».

### 6.3. Мотивы рекомендаций

524. В соответствии с выводами, содержащимися в национальных докладах, мы считаем, что процедуры, применяемые до наступления несостоятельности, действующие в качестве механизма внесудебного урегулирования (тип 1 – процедура; см. 1.2), следует сосредоточить на их основной функции и не предусматривать дополнительных инструментов законодательства о несостоятельности, таких как конкретные полномочия по оспариванию сделок. С учетом договорного характера внесудебного урегулирования и чисто вспомогательной функции суда контракты и сделки должника могут считаться ничтожными согласно договорному праву, но не нормам законодательства о несостоятельности.

525. Что касается защиты от оспаривания для соглашений об урегулировании и (финансовых) сделок в рамках этих соглашений, то мы находим общий принцип, в соответствии с которым нормы об оспаривании сделок согласно законодательству о несостоятельности не должны применяться в рамках последующего официального производства, если сделка (i) является объективно справедливой *ex post*; или (ii) оправдана *ex ante* (в данных обстоятельствах), обеспечивая цель реструктуризации предприятия, которое способно продолжить деятельность.

526. Любая сделка, которая совершена при равноценном исполнении, не наносит ущерба имущественной массе и, таким образом, правам кредиторов, если она совершена добросовестно и заблаговременно. Таким образом, продажа части бизнеса или товарно-материальных запасов по рыночной стоимости не должна влечь за собой принятие последующих мер по оспариванию сделок.

527. Операции в рамках попытки реструктуризации, которая в конечном счете не увенчалась успехом, которые в рамках последующей формальной процедуры (*ex post*) оказываются бесполезными или дорогостоящими (например, отчуждения по сомнительной цене; кредит по более высоким процентным ставкам; дополнительные обеспечительные права), могут быть защищены от действий по оспариванию,

если они были предприняты добросовестно и заблаговременно и в рамках плана реструктуризации, отвечающего конкретным пороговым показателям для гарантирования минимальных стандартов управления процессом преобразований, были соблюдены в тех случаях, когда заинтересованные стороны доверяли реструктуризации. Такие пороговые уровни могут включать значительную поддержку со стороны кредиторов и подтверждение судом добросовестности плана; они могут также просто включать профессиональный стандарт для планирования реструктуризации (см. Германия). В конечном счете эти нормы должны обеспечивать, чтобы соглашение или план урегулирования не только отражали интересы затрагиваемых кредиторов или должника, но и интерес всех заинтересованных сторон к возможному сбою в последующем плане путем тестирования основной способности процедуры обеспечить выживание бизнеса.

528. Критерий достаточного обоснования платежа, произведенного должником третьей стороне или кредитору, или заключения должником соглашения, должен определяться обстоятельствами, в которых произведен платеж, соответственно, в рамках которых было совершено юридическое действие (взгляд *ex ante*). Эти обстоятельства следует оценивать с учетом причин, обуславливающих отношения другой стороны с должником. На практическом уровне это приводит к установлению правила доказывания. При более позднем официальном производстве по делу о несостоятельности должностное лицо в деле о банкротстве обязано доказать, что другая сторона в момент осуществления платежа или заключения соглашения (*ex ante*) знала или могла разумно полагать, что платеж (соглашение) либо не включен в план реструктуризации, либо план не будет отвечать профессиональным стандартам, и что сделка будет иметь неблагоприятные последствия для имущественной массы и будущих кредиторов.

529. В целях стимулирования заинтересованных сторон к участию в процедурах урегулирования или продолжению торговых операций с проблемным бизнесом важное значение имеют предсказуемость и правовая определенность. Любой риск оспаривания сделок удерживает деловых партнеров от инвестирования в их отношения с должником (см. 1.1). Таким образом, правила оспаривания сделок (а также правила, касающиеся ответственности кредиторов или директоров) должны быть ясными и предсказуемыми для всех лиц, которым предлагается продолжать вести дела с должником в рамках процедуры урегулирования или вспомогательного судебного разбирательства. Таким

образом, ни одна из сторон не должна испытывать неуверенности в отношении действительности платежей и действий в рамках обычных коммерческих операций при потенциальной несостоятельности в будущем. Добросовестность заканчивается только в том случае, если доказано, что реструктуризация явно провалилась или что в момент совершения сделки было открыто официальное производство по делу о несостоятельности. Если окажется, что должник (или стороны) согласовал план реструктуризации, который, оглядываясь назад, иногда оказывается слишком оптимистичным, то любые опасения в отношении успешной деятельности должностного лица в деле о банкротстве должны быть абсолютно излишними.

530. Следует также подчеркнуть, что четко определенные защитные возражения для внесудебной реструктуризации не могут защитить акционеров-мошенников. Если постфактум может быть установлено, что другая сторона знала или должна была знать, что в момент совершения сделки несостоятельность неизбежна и что кредиторы будут затронуты ею, законодатели должны обеспечить применение правил оспаривания сделок. В соответствии с такими правилами третьей стороне, как правило, разрешается доказать, что в данных обстоятельствах действительно имелось (достаточное) оправдание конкретного деяния. Это происходит, например, в сделках (i) в рамках обычной коммерческой деятельности или (ii) в других случаях. В качестве примера можно привести обычные поставки или услуги при (наличных) платежах со стороны поставщиков и поставщиков услуг, которые осведомлены о сложной ситуации и знают, что с технической точки зрения платеж ставит кредиторов в невыгодное положение. Еще одним примером является выплата гонораров адвокату, представляющему должника, для оказания ему помощи в защите в связи с заявлением о признании несостоятельности.

#### 6.4. Рекомендации

**Рекомендация 6.01:** В рамках процедур внесудебного урегулирования не должно быть места для использования полномочий на оспаривание сделок.

**Рекомендация 6.02:** Государствам-членам следует разрешить предоставлять защиту от оспаривания для сделок, совершенных в ходе обычной коммерческой деятельности должника, когда они были заключены с должником в ходе официальной реструктуризации или производства по делу о несостоятельности, включая временное производство.

**Рекомендация 6.03:** Государствам-членам следует предоставлять защиту от оспаривания для сделок, совершаемых вне рамок обычных процедур, таких как новые финансовые средства или новые обеспечительные права для новых финансовых кредиторов, только при условии, что эти сделки являются частью плана реструктуризации, который был одобрен кредиторами и подтвержден судом.

**Рекомендация 6.04:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы в отношении сделок, совершаемых недобросовестно и ставящих кредиторов в невыгодное положение при последующей несостоятельности, не применялось правило о предоставлении защиты от оспаривания. Государства-члены должны всегда допускать взыскание мошеннических переводов (недобросовестные сделки), даже если они основаны на (ныне не срабатывающем) плане.

**Рекомендация 6.05:** При рассмотрении вопроса о том, может ли быть установлена недобросовестность в отношении сделок в рамках обычных коммерческих операций, следует учитывать все обстоятельства дела, включая (i) тот факт, что должник заблаговременно уведомил кредиторов, работников, акционеров и других заинтересованных сторон в достижении решения своих финансовых проблем; (ii) предпринял все разумные шаги для того, чтобы надлежащим образом и усердно попытаться избежать уменьшения стоимости; и (iii) обратился за консультацией к лицу, которое, как можно объективно считать, обладает надлежащим деловым или промышленным опытом и экспертными знаниями; и (iv) о том, что должник сознательно действовал на основе полученных рекомендаций.

**Рекомендация 6.06:** Следует четко определить любые правила, касающиеся защиты от оспаривания, с тем чтобы стороны могли оценивать их на предсказуемой основе при ведении дел с должником, а также в ходе переговоров и при завершении плана реструктуризации.

**Рекомендация 6.07:** При предъявлении иска об оспаривании сделок бремя доказывания всегда должно возлагаться на сторону, утверждающую, что имело место правонарушение. Такой стороной является либо назначенный специалист по вопросам несостоятельности (или контролер), либо публичное учреждение, например, бюро по борьбе с мошенничеством или государственный прокурор.

## ГЛАВА 7

### ПРОДАЖА РАБОТАЮЩЕГО (ДЕЙСТВУЮЩЕГО) БИЗНЕСА<sup>1</sup>

#### 7.1. Введение

531. Для многих предпринимателей продажа своего бизнеса – уникальное, единственное в жизни событие такого рода. Продажа или передача бизнеса третьему лицу во многих отношениях – радикальный шаг. Во-первых, в бытовом понимании продажа бизнеса означает прощание с тем, что было построено или создано в течение многих лет, а порой и десятилетий. Во-вторых, если посмотреть на это более рационально, вступление в процесс продажи приносит своеобразную динамику: неформальный поиск кандидатов на покупку или публичное привлечение таких претендентов, обмен деловой информацией, этап переговоров, письма о намерениях, включающие положения о конфиденциальности, проведение комплексной проверки (*due diligence*), оценка и формирование предложения о цене, учитывая роль условий о наступлении определенных обстоятельств (*condition precedent*) и гарантий на протяжении всего процесса, и, наконец, закрытие сделки и передача бизнеса. В дополнение к специфическим договорным положениям, актуальным для каждой сделки, возникают другие юридические вопросы, связанные с продажей и переходом бизнеса. На покупателя ложится, например, определение способа финансирования покупки, преодоление антимонопольных преград, соблюдение требований при размещении акций на бирже или передаче публично-правовых разрешений, сертификатов и лицензий<sup>2</sup> или косвенно связанные вопросы, включающие возможную утрату налоговых переносов, что может потребовать согласия третьих лиц, если в принципе такая пере-

---

<sup>1</sup> Также – бизнес на ходу. – *Примеч. пер.*

<sup>2</sup> Член Консультативного комитета ИЕП д-р В. Реторнац (Dr V. Rétornaz) привел в качестве примеров лицензии на добычу полезных ископаемых, получение должником разрешений на работу в условиях повышенного экологического риска или ведения деятельности с ограниченными в обороте товарами, которые могут быть отозваны, если владелец более не находится в удовлетворительном финансовом состоянии, или если их нелегко перевести на приобретающую/спасающую компанию. В этой главе мы оставляем в стороне то, что эти требования могут привести к предпочтению передачи акций проблемной компании, что по своей сути ведет к передаче всех активов компании, но включает передачу и обязательств.

дача может состояться. На стороне продавца может возникнуть ряд сложностей<sup>1</sup>. Во многих странах могут применяться иные ограничения, если переход бизнеса носит внутригрупповой характер, а также распространены правила, предписывающие избегать ситуаций, при которых сделка совершается таким образом, что потенциальный покупатель бизнеса, близкого к состоянию неплатежеспособности, иногда предпочитает покупку в условиях формальной процедуры банкротства, поскольку в таком случае ряд ограничений или правил не применяется или имеет узкую сферу действия.

532. Очевидно, что в государствах-членах с рыночной экономикой продажа бизнеса предоставляет дополнительные возможности, если стороны самостоятельно принимают решение. В случаях, когда на горизонте не маячит неплатежеспособность, принцип свободы ведения переговоров (обычно трактуемый как принцип свободы договора) превалирует в подобных ситуациях. В принципе, стороны могут свободно вести переговоры и прийти к соглашению в любой момент, на любых возможных условиях, в любой форме и договариваться об этом настолько долго, насколько позволяет действующее законодательство. Обычно передача бизнеса происходит в двух формах: (i) продажа долей в компании, управляющей бизнесом, или (ii) продажа всего бизнеса либо его большей части (группы активов, включая контрактные позиции и обязательства, с сопутствующим *гудвиллом*). Покупателем может выступить другая компания, которой бизнес компании-продавца поможет расширить географию рынка или позволит улучшить ее товары и услуги, руководство компании (обычно подобные сделки именуются «выкуп менеджментом», *management buy-out*) или сторонний инвестор.

533. Продажа бизнеса или его отдельной части также может стать средством реструктуризации или реорганизации. На практике подобная продажа и передача бизнеса именуется «внесудебным урегулированием» (*work-out*) или «внесудебным частным урегулированием» (*private work-out*), частная продажа в преддверие надвигающейся несостоятельности (или в преддверие начала действия правил закона о несостоятельности). В общих терминах ЮНСИТРАЛ используется термин «реорганизация», «реструктуризация» (*reorganisation*). Предусмотрено следующее определение: реструктуризация — это процесс, посредством которого финансовое благополучие и жизнеспособность бизнеса должника могут быть восстановлены и бизнес может продолжать работу, используя различные средства, возможно, включая прощение долга, изменение

---

<sup>1</sup> См. выше 5.1.2.2.

графика погашения долга, конвертацию долга в капитал и — основной вопрос настоящей главы — продажу работающего бизнеса (или его частей)<sup>1</sup>. Такая продажа способствует спасению бизнеса путем отделения жизнеспособного бизнеса (активов) от должника (предприятия), что приводит к тому, что старый долг остается у должника.

534. В настоящей главе основное внимание уделяется работающему бизнесу в смысле продажи или передачи бизнеса в целом или существенной его части путем продажи активов. Это явление противоположно сделке с долями (акциями), предусматривающей передачу юридического лица должника с бизнесом, и отличается от продажи всех активов бизнеса по частям, что присуще процедуре ликвидации в банкротстве. На практике данный метод именуется *«ликвидация по частям»*. В практике несостоятельности в Европе уже в 2003 г. продажа работающего бизнеса была доступна в нескольких государствах-членах. В п. 12.1 Принципов европейского законодательства о несостоятельности (2003) изложено следующее: «В случае отсутствия процедуры реструктуризации управляющий конвертирует активы должника в деньги и распределяет их среди кредиторов. Активы могут быть реализованы по отдельности или вместе, независимо от того, являются ли они работающим бизнесом»<sup>2</sup>. Недавно были разработаны правила «мягкого права» (не носящие обязательный характер) для трансграничных продаж<sup>3</sup>.

## 7.2. Процедуры для продажи работающего бизнеса в национальных отчетах

535. В государствах-членах действующие законы о реструктуризации и несостоятельности имеют разные сферы применения. В не-

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), п. 12, разд. В. Глоссарий (термины и определения). Практическое руководство ЮНСИТРАЛ (2009). Раздел. Глоссарий: «2. Термины и объяснения».

<sup>2</sup> Здесь не обсуждается, что Руководство ЮНСИТРАЛ рассматривает продажи как средство реструктуризации, в то время как Принципы разделяют два подхода.

<sup>3</sup> Принципы JudgeCo (2015). Принцип 21 Трансграничных продаж гласит:

«21.1. В случае параллельного производства по делам о несостоятельности и распоряжению активами (будь то путем продажи, передачи или иным способом) суды, управляющие в деле о банкротстве, должник и другие стороны должны сотрудничать с целью получения максимальной совокупной стоимости активов должника в целом, невзирая на национальные границы.

21.2. В ситуациях, требующих действий, каждый из участвующих судов должен давать распоряжения об одобрении отчуждения активов должника, с тем чтобы была выручена наибольшая общая стоимость для кредиторов».

которых ситуациях влияние законодательства о несостоятельности ограничено, в других случаях продажа бизнеса может осуществляться в рамках формализованного производства по делу о банкротстве. Опишем несколько примеров.

536. Бельгийский Закон о непрерывности деятельности компаний (*The Business Continuity Act of Belgium – BCA*) 2009 г. предоставляет должнику, испытывающему финансовые затруднения, в принципе, три неформальных и формализованных инструмента для реструктуризации своего бизнеса. К ним относятся: (i) мировое соглашение; (ii) совместный план реструктуризации; или (iii) передача предприятия или перевод его деятельности, полностью или частично, третьим лицам под надзором суда. Последние два инструмента предполагают передачу бизнеса (его существенной части). Бельгийские комментаторы разъясняют, в частности, передачу бизнеса под надзором суда (ст. 59–70/1 ВСА). Используя данный инструмент, суд может предписать передачу всего или части бизнеса должника как с согласия самого должника, так и без такового. Судебный представитель будет управлять продажей и передачей. После того как разумное предложение для продолжения деятельности бизнеса будет выбрано, суд заслушивает различные заинтересованные стороны, включая кредиторов, и при необходимости утвердит на определенных условиях или отклонит отчуждение. После завершения продажи бизнеса кредиторы будут иметь возможность реализовать свои права в отношении выручки от продажи, а мораторий завершится.

537. Стоит отметить, что бельгийская судебная реструктуризация открыта не только для должника, которому грозит немедленная или неминуемая угроза прекращения деятельности его бизнеса, но и для должника, который фактически соответствует формальным признакам несостоятельности. Бельгийский законодатель сделал прямой выбор в пользу того, что даже в случае, если должник соответствует признакам, необходимым для открытия процедуры банкротства (т.е. должник прекратил платежи на постоянной основе и больше не может получить кредит), он имеет право подать заявление об открытии судебного производства в целях реструктуризации и сохранения действующего бизнеса при условии, что судом еще не открыто дело о банкротстве<sup>1</sup>.

538. В Англии и Уэльсе администратор имеет широкие полномочия делать, как говорят английские комментаторы, «все необходимое или целесообразное для управления делами, бизнесом и имуществом

---

<sup>1</sup> Статья 23, § 3 ВСА.

компании»<sup>1</sup>. В частности, администратор уполномочен на действия, изложенные в Приложении 1 к Закону о несостоятельности 1986 г., включающие право продавать или иным образом распоряжаться имуществом компании посредством публичных торгов или заключения договора вне конкурса<sup>2</sup>. Отмечается, что управляющие обычно продают практически все активы компании в качестве действующего бизнеса, и чаще всего на практике это достигается с помощью так называемой *предварительно подготовленной продажи*. Текущая оценка правил, касающихся «*предварительно подготовленной продажи*», будет предметом рассмотрения в следующем ниже п. 556.

539. Во Франции и Германии также возможна в той или иной форме продажа бизнеса или его большей части. Во Франции отчуждение практически всех активов должника в качестве работающего бизнеса возможно только по заранее согласованному плану примирения (*conciliation*). В рамках официального производства по делу о несостоятельности также возможен такой итог, как продажа практически всех активов должника как действующего бизнеса. Такая продажа должна достигать трех целей: (i) продолжение работы переданного бизнеса; (ii) сохранение рабочих мест и (iii) погашение требований кредиторов<sup>3</sup>. В случае с реабилитационными процедурами план продажи может касаться только части деятельности компании и реализовываться только с согласия должника<sup>4</sup>.

В Германии сделка с активами упоминается в разд. 160 (2) № 1 Положения о несостоятельности. Такая продажа полностью соответствует общей цели Положения<sup>5</sup>, поскольку предназначена для процедуры ликвидации активов должников. Немецкие исследователи отмечают, что на практике многие управляющие используют свои полномочия для проведения такой реструктуризационной сделки с активами, означаящей, что они отделяют бизнес от должника, передают его покупателю

---

<sup>1</sup> Парламент Великобритании, п. 59 (1), Приложение В1, Закон о несостоятельности 1986 г.

<sup>2</sup> Парламент Великобритании, п. 2, Приложение 1, Закон о несостоятельности 1986 г.

<sup>3</sup> Статья L. 642-1 Торгового кодекса.

<sup>4</sup> Там же.

<sup>5</sup> Параграф 1 InsO устанавливает, что «производство по делу о несостоятельности должно служить цели совместного удовлетворения требований кредиторов должника путем ликвидации активов должника и распределения доходов или путем достижения договоренности в рамках плана несостоятельности, в частности, для целей сохранения предприятия».

(компания, спасающая бизнес, или третья сторона) и распределяют выручку от продажи среди кредиторов в процедуре несостоятельности. Отмечается следующее: «На практике сделки с активами пользуются большой популярностью, поскольку они предполагаются быстрыми, позволяют администратору эффективно отделять активы от обязательств компании и в конечном счете спасают бизнес и предоставляемые им рабочие места. Часто сделка с активом рассматривается предварительно управляющим, а затем сразу же вступает в силу после начала процедуры несостоятельности».

540. В Италии ст. 186-bis итальянского Закона о банкротстве предусматривает *concordato preventivo* (*предварительное соглашение*), направленное на продолжение деятельности бизнеса. В этом случае планом предусматривается продолжение соответствующей предпринимательской деятельности проблемной компании, передача самого бизнеса или его вклад в одну или несколько компаний (даже если это новые зарегистрированные компании), без ограничения возможности отчуждения активов, ненужных для ведения бизнеса, в ликвидационной процедуре. В 2015 г. исключительное право должника предложить *concordato* было ограничено правом кредиторов подавать конкурирующие предложения, а также так называемыми конкурентными предложениями. Причина этого заключается в максимизации стоимости активов должника, подлежащих выбытию в соответствии с *concordato preventivo*. Вариант конкурентных предложений будет дополнительно рассмотрен ниже.

541. В Греции в особом административном режиме покупатель, предлагающий самую высокую цену, приобретает все активы, свободные от каких-либо требований. Вырученные от продажи средства идут на удовлетворение требований кредиторов.

542. Конечно, продажа всего или части работающего бизнеса также используется в других государствах-членах (например, в Венгрии, Нидерландах, Латвии, Польше, Испании, Швеции). При определенных обстоятельствах продажа может также предусматривать переход части обязанностей должника, чтобы списать их по налоговым соображениям или конвертировать их в капитал (*debt-equity swaps*).

### **7.3. Заметная международная тенденция: глава 11 Кодекса о банкротстве США**

543. По своему происхождению и теоретическому обоснованию гл. 11 Кодекса о банкротстве США представляет собой процедуру ре-

абилитации или реструктуризации. Как указывалось ранее<sup>1</sup>, в течение последних двух десятилетий в условиях применения гл. 11 получил развитие подход продажи всего или практически всего бизнеса. Глава 11 допускает продажу как в ходе обычной коммерческой деятельности, так и за ее пределами в соответствии со ст. 363 Кодекса о банкротстве США<sup>2</sup>. В этих случаях, как правило, часть или вся собственность должника обременена или подпадает под залог, начисляются проценты и сохраняются требования различных заинтересованных лиц. Владельцы этих залоговых прав, требований по процентам и иных притязаний, очевидно, будут обладать правами в соответствии с законодательством о несостоятельности или соглашениями о досрочном погашении, которые делают передачу активов должника трудной или менее привлекательной для потенциальных арендаторов и покупателей. Более того, эти залоговые требования и притязания могут оказаться довольно обширными. Они могут включать в себя ипотечные кредиты, обеспечительные права, сервитуты или требования об ответственности правопреемников<sup>3</sup>. Согласно действующей ст. 363(f) Кодекса о банкротстве США *должник во владении (a debtor in possession – DIP)* может продать свои активы «свободно и без каких-либо требований к такому имуществу юридического лица, кроме недвижимости, при определенных условиях»<sup>4</sup>.

544. Статья 363(f) ограничивает «любые требования к такому имуществу». В своем толковании суды США обычно придерживаются двух способов интерпретации: (i) «узкий» подход, ограничивающий применение разд. 363(f) к залоговым требованиям, обеспечительным сделкам, ипотеке и денежным присуждениям; и (ii) «широкий» подход, охватывающий требования к должнику или его имуществу, включая требования о правопреемстве ответственности (*successor liability claims*), претензии о дискриминации и иски о возмещении личного ущерба.

<sup>1</sup> См.: Введение к гл. 11.

<sup>2</sup> Части текста, основанные на: Rolef J. de Weijs и Bob Wessels, *The Reform of Chapter 11: Its Process and the Recommendations Made*, in Bob Wessels and Rolef J. de Weijs (eds.), *International Contribution to the Reform of Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code (European and International Insolvency Law Studies 2*, The Hague: Eleven International Publishing 2015). С. 3–40.

<sup>3</sup> Требования об ответственности правопреемников отражают законные интересы. См.: *In re Chrysler LLC* 576 F.3d 108 (2<sup>nd</sup> Cir. 2009); Апелляционный суд США второго округа (*In re Motors Liquidation Co.*, 2016 г. США. App. LEXIS 12848 (2<sup>nd</sup> Cir. 13 July 2016).

<sup>4</sup> Для общего понимания см.: Kelly E. Porcelli, *Finality of Section 363 Sales in the Face of an Upset Bid*, 24 *ABI Law Review*, Summer 2016. P. 497 и далее.

Существует мнение, что «широкий» подход необходим для облегчения продаж в соответствии со ст. 363(f) и для достижения основной задачи Кодекса о банкротстве.

545. Как объясняется в Отчете АИБ за 2014 г., суды США по делам о банкротстве все чаще стремятся одобрить ускоренную продажу всех или практически всех активов должника (с. 84), что может рассматриваться как фактическая ликвидация компании. Несколько рекомендаций в отчете АИБ направлены на усиление защиты кредиторов от возможных неэффективных продаж в соответствии со ст. 363. Нововведения привели к предложению проекта ст. 363(x) в отчете АИБ. Основной довод состоит в том, что не имеет смысла обеспечивать достаточную защиту кредиторов при переходе к плану реструктуризации в соответствии с традиционным подходом гл. 11, исключая такую защиту при продаже всех или практически всех активов. Такая продажа будет в равной степени решающей для окончательного результата для кредиторов, как и любой план (с. 84). Как правило, Комиссия АИБ указывает в своих рекомендациях, что такой проект ст. 363(x) (продажи) должен (i) отвечать наилучшим интересам имущества; (ii) соблюдать другие применимые положения Кодекса о банкротстве; (iii) быть предложенным добросовестно и никоим образом не запрещенным законом; (iv) полностью обеспечивать удовлетворение разрешенных административных расходов и требований (если правообладатель по такому требованию не согласен с иным); и (v) предусмотреть оплату всех судебных сборов и вознаграждение управляющего<sup>1</sup>.

546. Концепция продажи бизнеса, «свободного и необремененно-го какими-либо притязаниями», заслуживает внимания, поскольку, как продемонстрировано выше, на практике в некоторых государствах — членах ЕС предпочтительнее покупать любой бизнес вне рамок формального производства по делу о несостоятельности вместо приобретения бизнеса непосредственно от самого проблемного должника, так как, например, любые риски для требований, возникающих в связи с признанием сделки недействительной, исключаются, если бизнес куплен вне официальной процедуры. В США гл. 11 может служить аналогичной цели, но, помимо устранения каких-либо опасений относительно возможности признания недействительной сделки по продаже, она также служит цели обеспечения продажи, «свободной и очищенной» от всех возможных притязаний.

---

<sup>1</sup> Любые возмещения или выплаты расходов и издержек, понесенных в связи с продажей (например, консультантам покупателя), должны быть одобрены судом по делу о банкротстве как «разумные».

Члены Комиссия АИБ рекомендуют придерживаться «широкого» подхода к ст. 363(f), как описано выше. Они приводят две причины: это способствует усилению конкуренции за активы должников и, вероятно, повысит стоимость активов, проданных в процессе продажи по ст. 363(f). Членами Комиссии АИБ также рассмотрен вопрос о том, следует ли исключать какие-либо залоговые права, притязания или требования из ст. 363(f) в рамках этого широкого подхода. Они решили, что *должник во владении (DIP)* должен иметь возможность передавать имущество, свободное от каких-либо ограничений, притязаний и требований, в том числе без следующих: обязательств по гражданским правам, деликтных обязанностей и договорных обязанностей. В контексте продажи в соответствии с предложенным проектом ст. 363(x) управляющий должен иметь возможность продавать активы свободные и без каких-либо притязаний в части ответственности (включая требования, вытекающие из деликта), кроме тех, которые специально исключены для целей свободной и чистой продажи в соответствии с этими принципами. Комиссия, однако, также пришла к выводу, что должник во владении (DIP) не обязан быть в состоянии передавать имущество свободным и очищенным от следующих обязательств: «...сервитуты, завещания, ограничения на использование, узурфрукты или имущественные сервитуты, связанные с землей; экологические обязательства и следующие с ними социальные обязательства, связанные с землей; ответственность в соответствии с федеральными законами о труде; и долевые, спорные или оспариваемые вещные права»<sup>1</sup>.

547. Что касается сроков продажи согласно ст. 363, Комиссия АИБ согласилась, что во многих случаях такие продажи происходят слишком рано и что такая продажа может иметь три негативных последствия. Такая продажа: (i) может не способствовать принятию решительных мер; (ii) может не предоставить должнику достаточно времени для изучения альтернативных способов реструктуризации и (iii) может использовать преимущества плохих рыночных условий. Поскольку потенциальные покупатели (или арендаторы, или другие заинтересованные стороны) могут иным образом навязать должнику требование получить одобрение на предлагаемую продажу в течение

---

<sup>1</sup> Более того, члены Комиссии признали, что должник во владении не должен иметь возможность продавать или передавать активы в соответствии со ст. 363(f) способом, нарушающим или создающим препятствие политике или регулятивным полномочиям федерального правительства или правительства штата в той степени, в которой такое правительство может обеспечить соблюдение этих прав в отношении должника во владении или недвижимого имущества в период рассмотрения дела.

нескольких недель (или даже в некоторых случаях в течение нескольких дней), Комиссия предлагает запретить эти быстрые торги и аукционы, за исключением случаев, когда должник или заинтересованная сторона «демонстрируют наглядными и убедительными доказательствами высокую вероятность того, что стоимость активов должника значительно уменьшится» в течение 60 дней. Таким образом, комиссия рекомендует ввести 60-дневный мораторий на продажу всех или практически всех активов, за исключением случаев, когда существует явный риск быстрого снижения стоимости, также называемый *тающим льдом* (*the melting ice-cube*). Только на основании ясных и убедительных доказательств, описывающих чрезвычайные обстоятельства, суд может допустить досрочную продажу<sup>1</sup>.

548. Из всех других рекомендаций, которые Комиссия АИБ дает в этом отчете, мы сосредоточиваем внимание на двух из них: (i) одобрение продажи согласно правилам ст. 363 и (ii) выплата стоимости выкупного опциона тем кредиторам, которые иначе остались бы «без денег».

#### *Участие кредиторов в продажах согласно ст. 363(x)*

549. Озабоченность в отношении продаж по ст. 363 в современной практике США связана с тем, что подобные продажи обходят замечания и должную защиту, предусмотренные планом в соответствии с гл. 11, а также то, что подобные продажи согласно ст. 363 часто используются заинтересованными сторонами, располагающими достаточной информацией для оценки продажи, и, как правило, будут проинформированы об альтернативах реструктуризации должников или об их отсутствии<sup>2</sup>. Комиссия АИБ отмечает, что такая практика невыгодна для кредиторов, поскольку подобные продажи могут определять распределение среди кредиторов без кредиторов, имеющих право голоса, и не учитывать стандарт защиты справедливого и равноправного подхода, который применяется в соответствии с обычной процедурой реализации плана<sup>3</sup>. В дополнение к упомянутым выше 60 дням, в течение которых устанавливается мораторий, рекомендуется ввести требования к судам о предоставлении разрешения на такие продажи.

---

<sup>1</sup> Отчет. С. 86–87. Голландский подход к «тающему льду» см.: V.J.M. Hummelen, *Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie*, Tijdschrift voor Insolventierecht 2015/2.

<sup>2</sup> Отчет. С. 202.

<sup>3</sup> Там же.

Кратко Комиссия рекомендует, чтобы в случае продажи согласно ст. 363 кредиторы имели такую же защиту, как и при одобрении плана реструктуризации в соответствии со ст. 1129<sup>1</sup>. Например, чтобы продать все или практически все свои активы, должник должен будет продемонстрировать определенные доказательства, обеспечить широкую осведомленность кредиторов и оплатить определенные административные расходы, все аналогично обязательствам инициатора плана в соответствии со ст. 1129 (а)<sup>2</sup>.

### *Выплата стоимости выкупного опциона*

550. В практике США после реструктуризации для необеспеченных кредиторов почти не остается денег, если вообще хоть что-то остается. Комиссия АИБ рекомендует выделить некоторую часть необеспеченным кредиторам. Класс кредиторов, которому ничего не достается, именуется «самым младшим классом». Основная идея рекомендации здесь заключается в том, чтобы кредиторы «самого младшего класса» имели право на выплату стоимости выкупного опциона. Такой подход стремится к признанию того, что кредиторы «самого младшего класса» могли бы получить деньги или по крайней мере получили бы больше, если бы бизнес был оценен позднее<sup>3</sup>. Самые младшие кредиторы будут иметь право на стоимость опциона независимо от того, будет ли принят фактический план или будет проведена продажа согласно ст. 363(х)<sup>4</sup>. Таким образом, Комиссия АИБ вводит право кредиторов «самого младшего класса» на сумму, которая отражает стоимость выкупного опциона. Подход применения стоимости выкупного опциона направлен на устранение расхождения интересов между кредиторами или по крайней мере на примирение с группой кредиторов, остающейся без выплат, и тем самым предотвращает длительные и дорогостоящие судебные разбирательства. Стоимость опциона должна быть рассчитана как (а) то, что заплатит сторона, если она сможет выкупить все активы через три года вместо полной оплаты старшему классу кредиторов<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Отчет. С. 206.

<sup>2</sup> См.: М. Harner, *The Melting Ice Cube Fallacy*<sup>2</sup>, Credit Slips, January 25, 2015 (доступно на: <http://www.creditslips.org/creditslips/2015/01/the-melting-ice-cube-fallacy.html>).

<sup>3</sup> Отчет АВИ (2014). С. 214 и 218.

<sup>4</sup> Там же. С. 224. Имеются и исключения.

<sup>5</sup> Таким образом, цена выкупного опциона будет равна полной сумме требований старшего класса; см. там же. С. 221.

и (б) оплата должна быть предоставлена не покупателем, а кредиторами более высокого класса или по крайней мере выплачена за счет имущества<sup>1</sup>. «Стоимость» в любом конкретном случае может быть незначительной или отсутствовать; не предусматривается выплата процентов или фиксированного платежа младшим кредиторам<sup>2</sup>.

551. Вероятным аргументом против выкупного опциона может быть то, что если оценка действительно прошла конкурентное рыночное тестирование, все будущие рыночные изменения фактически должны быть действительно уже учтены в ней<sup>3</sup>. Комиссия стремится заранее противостоять этому аргументу, утверждая, что в экономике проявляются циклы от трех до пяти лет, и поэтому фиксированный трехлетний период погашения должен адекватно учитывать потенциальную несправедливость<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Отчет ABI (2014). С. 223. Комиссия ожидает, что любая стоимость опциона на выкуп будет представлена не в форме фактического опциона, а в форме наличных денег, долга, акций или warrants (причем форма определяется по решению старшего класса кредиторов, обязанного отказаться от этой суммы) и что стоимость выкупного опциона в любом конкретном случае может быть незначительной или отсутствовать, поскольку она не является процентом или фиксированным платежом младшим кредиторам.

<sup>2</sup> Отчет ABI (2014). С. 208. В одном примере Комиссия объясняет, где стоимость погашения вступает в игру, когда обеспеченные кредиторы получают 90%. В зависимости от фактического уровня погашения старшему классу значение параметра будет выше или ниже. Чем выше выплата обеспеченным старшим кредиторам, тем выше стоимость выкупного опциона. Принимая во внимание определенную волатильность рынка в 15% и конкретную свободную ставку, основанную на ставке казначейства США, равной 2,2%, Комиссия рассчитывает стоимость опциона на погашение при возмещении 80% по старшему долгу в размере 2% от стоимости реструктуризации, увеличивая до 5,3% от стоимости реструктуризации в случае степени восстановления в 90%. Размер вовлеченных денежных средств может быть значительным. В случае реструктуризации с активами стоимостью 200 млн евро 10 млн евро пойдут на необеспеченных кредиторов, если старшие кредиторы получают 90%. В более общем плане вариант погашения, однако, не обеспечивает реального сдвига в относительных позициях обеспеченных и необеспеченных кредиторов, особенно в тот момент, когда этот вариант вступает в действие только в случае высоких выплат обеспеченным кредиторам.

<sup>3</sup> См. также текст самой Комиссии с немедленным опровержением (Отчет ABI (2014). С. 214): «Хотя цена, предлагаемая для активов должника в статье 363 для продажи, вряд ли отражает текущую рыночную стоимость этих активов в той степени, в которой рынок не функционирует во время продажи, или экономические или отраслевые факторы негативно влияют на оценки, имущество должника может быть монетизировано по стоимости, намного меньшей, чем имущество может стоить позднее, в ущерб заинтересованным сторонам, которые находятся ниже применительно к приоритетам классов кредиторов.

<sup>4</sup> Отчет ABI (2014). С. 220.

552. В европейской литературе утверждается, что рекомендация в отношении выкупных опционов дает решение проблемы, отличной от проблемы, выявленной Комиссией<sup>1</sup>. Следующая цитата наилучшим образом отражает основную причину, по которой Комиссия предлагает вариант выкупного опциона: «Вне банкротства у обеспеченного кредитора могут возникнуть значительные трудности с получением чего-либо, превышающего ликвидационную стоимость. Если сам процесс банкротства позволяет получить большую ценность, то почему все эти избыточные выгоды должны идти в пользу обеспеченных кредиторов»<sup>2</sup>. Упомянутые авторы утверждают, что реальная проблема заключается не столько в реализации стоимости и ее сроках, а скорее общее распространение обеспеченного кредита все чаще оставляет необеспеченных кредиторов ни с чем. Если эта точка зрения верна, гораздо более простой способ исправить это — вернуться к дискуссии о полном применении правила абсолютного приоритета (*APR*) — продолжающейся дискуссии, которая ведется в США уже около 20 лет<sup>3</sup>. Возникает вопрос о полном приоритете, получают ли обеспеченные кредиторы при любых обстоятельствах 100% обремененных активов в пределах стоимости их требований. Концептуально и практически намного проще было бы ограничить требования обеспеченных кредиторов определенным потолком, скажем, в 90% и всегда предоставлять часть для распределения имущества. Фиксированный процент в соответствии с предписанной частью адекватно и при любых обстоятельствах предусматривает распределение выгод от процесса банкротства.

553. В американской литературе также были сделаны другие предложения о выделении определенной части стоимости для группы заинте-

---

<sup>1</sup> Rolof J. de Weijts and Bob Wessels, *The Reform of Chapter 11: Its Process and the Recommendations Made*, in Bob Wessels and Rolof J. de Weijts (eds.), *International Contribution to the Reform of Chapter 11 U.S. Bankruptcy Code (European and International Insolvency Law Studies 2, The Hague: Eleven International Publishing 2015)*. С. 3–40.

<sup>2</sup> См.: Commission (ABI Report (2014), at 223) quoting C.J. Tabb, *The Bankruptcy Clause, the Fifth Amendment, and the limited rights of secured creditors in Bankruptcy*, *Illinois Law Review* 2015. С. 5.

В период завершения работы над Отчетом данная статья ожидала выхода.

<sup>3</sup> См. наиболее значимые работы: L.A. Bebchuk and J.M. Fried, *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 *Yale Law Journal* 1996. P. 857 и *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics*, 82 *Cornell L. Rev.* 1997. P. 1279. Для текущего обсуждения см.: Douglas G Baird, *Priority Matters*, 165 *U. Penn L. Rev.* (ожидает выхода) (также доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2767055>).

ресованных лиц. Мы сосредоточимся на двух из них<sup>1</sup>. Там, где Комиссия АИБ пытается уравновесить выбранное время оценки, Джейкоби и Джангер<sup>2</sup> предлагают решать проблемы с удивительной скоростью, с которой эти распродажи осуществляются согласно ст. 363 в ущерб определенным интересам. Эти авторы утверждают, что суд должен регулярно удерживать «часть выручки от продажи заявителей, которые иначе получили бы распределение, как правило, обеспеченного кредитора (но не всегда)». Эти авторы, безусловно, хотели бы сохранить быстрые продажи по правилам ст. 363 в качестве полезного инструмента для сохранения стоимости в моменты настоящего кризиса, но они предлагают *Ice Cube Bond* (облигации «тающего льда») для решения упомянутых проблем, чтобы сохранить возможность для рассмотрения вопроса в суде и с заинтересованными сторонами и гарантировать, что стоимость максимизирована и должным образом распределена<sup>3</sup>. В целях обоснования авторы рассматривают быструю распродажу всех активов в соответствии со ст. 363 в качестве нерегулярной формы распоряжения имуществом с точки зрения процедуры. Предварительно подготовленный план с утвержденным решением, уже запрошенным на ранней стадии процесса без раскрытия или фактического голосования, служит «опровержимой презумпцией нерегулярных продаж»<sup>4</sup>. Покупатель может затем опровергнуть предполагаемую нерегулярность, если докажет, что нерегулярность не снижала цену продажи. *Ice Cube Bond* (облигации «тающего льда») по существу отражают этот подход для

<sup>1</sup> Критика также привела к альтернативе — «автоматической процедуре банкротства», которая дает старшим кредиторам возможность реструктурировать долг фирмы или продавать ее активы в любое время после невыполнения обязательств по договору. Согласно этой процедуре реструктуризация происходит при банкротстве, а продажи — нет. Продажа возможна либо по особому предписанию (предоставляющее младшим заинтересованным сторонам требования в отношении будущей оценки), либо подлежит судебной оценке (что вынуждает старших кредиторов предоставлять компенсацию младшим заинтересованным сторонам, если цена продажи была слишком низкой). См.: Anthony J., Casey and Edward R. Morrison, *Beyond Options* (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2855954>), проект главы будет опубликован: Barry Adler (ed.), *Corporate Bankruptcy Handbook*, Edward Elgar Publishing (ожидается в 2017).

<sup>2</sup> Melissa B., Jacoby and Edward J. Janger, *Bankruptcy Sales* (доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2809764>), проект главы будет опубликован: Barry Adler (ed.), *Corporate Bankruptcy Handbook* (Edward Elgar Publishing, ожидается в 2017).

<sup>3</sup> Авторы объясняют, что эта концепция является стандартной практикой в небанкротных делах в США, когда суды требуют обязательного судебного запрета, чтобы помочь сохранить предмет спора для последующего судебного разбирательства.

<sup>4</sup> Джейкоби и Джангер сравнивают это понятие с нерегулярной продажей личного имущества в соответствии со ст. 9 Единого коммерческого кодекса (UCC).

быстрой продажи всего актива в соответствии со ст. 363. Часть цены быстрой продажи может быть зарезервирована как предположительно необремененные средства, чтобы сохранить разрешение вопросов оценки и распределения для последующего определения. Авторы утверждают, что предлагаемый метод разделяет переговоры в отношении плана, который является окончательным, и приводит к покупке определенных прав на активы и, метод распределения, и, следовательно, отражает разделение между управлением и максимизацией стоимости. Авторы признают, что облигация *Ice Cube Bond* (облигации «тающего льда») требует определения процента для сдерживания. Имея после судебного решения понимание, в том числе относительно момента и способа освобождения фондов, обеспеченных облигациями, авторы предсказывают, что переговоры после продажи пройдут без большей части этих вопросов. Кроме того, следует отметить, что оценки *Ice Cube Bond* (облигации «тающего льда») можно полностью избежать: должник (и его кредиторы) просто должны провести продажу в соответствии с предварительно утвержденным планом или иным образом.

554. Другой взгляд был разработан Харнер (*Harner*). Он не связан со временем оценки активов или скоростью процесса продажи, но касается самой стоимости, отражающей цену, уплаченную покупателем. Она задала себе вопрос: когда компания стоит больше в качестве действующего бизнеса, чем по остаточной ликвидационной стоимости, что создает эту добавленную стоимость? Ее ответ предполагает определение нескольких источников такой стоимости: «Это люди, управленческие решения, простая синергия действующего бизнеса или некоторая комбинация этих типов плавающих переменных? И, возможно, более важно, кто владеет или заинтересован в подобных плавающих переменных?»<sup>1</sup>. Харнер объясняет, что в корпоративных реструктуризациях, когда обязательства компании часто превышают стоимость ее активов, объем средств, доступных для удовлетворения требований кредиторов, ограничен. По ее мнению, эти «плавающие переменные» вносят значимый вклад в деятельность компании как работающего бизнеса, но часто упускаются из виду или недооцениваются в корпоративных реструктуризациях. По ее мнению, игнорирование «плавающих переменных» не только оказывает плохую услугу тем, кто усерднее работает, чтобы спасти компанию, но и, возможно, снижает стоимость компании и выгоду связанных с ней лиц. Если плавающие

<sup>1</sup> См.: Michelle Harner, *The Value of Soft Variables in Corporate Reorganizations*, 2015 Ill. L. Rev. 2015 U. Ill. L. Rev. 509.

переменные компании не обладают такой стоимостью, это может указывать на то, что ликвидация по правилам гл. 7 является более подходящим решением для компании, утверждает Харнер, замечая, что если компания запускает процесс на основании гл. 11 и такое решение приводит к увеличению стоимости выше ликвидационной или остаточной бухгалтерской стоимости, суд и стороны должны определить соответствующие «плавающие переменные» и соответствующим образом распределить стоимость.

По ее мнению, в контексте продажи или реструктуризации работающего бизнеса некоторая часть стоимости возникает от переменных, стоимость которых не включена в лот, предназначенный для продажи до подачи заявления о банкротстве: «Сотрудники компании, их идеи, решения и отношения — «плавающие переменные» — не являются имуществом должника и на них не распространяются требования и притязания обеспеченных кредиторов до тех пор, пока значения этих переменных не приведут к получению дополнительной стоимости. Если получение такой стоимости вызвано событием вне банкротства, такая ценность станет имуществом компании и может быть предметом оговорки об имуществе, приобретенном впоследствии. Однако в той степени, в которой это значение возникает после подачи заявления о банкротстве, эта стоимость должна сохраниться с учетом оговорок, рассмотренных выше. Кроме того, схема распределения, согласно которой средства распределяются среди сторон, вносящих вклад в создание стоимости, — схема приоритета вкладов, вероятно, будет согласовывать премиальные выплаты компании, обеспеченных кредиторов и лиц, ответственных за создание стоимости из «плавающих переменных», для максимизации стоимости компании. В тех случаях, когда «плавающие переменные» компании увеличивают стоимость работающего бизнеса, люди и связанный с этим процесс выполнили свою работу и должны быть соответственно вознаграждены».

555. Наконец, предложение, сделанное Комиссией АИБ в контексте материалов гл. 11, но имеющее важное значение для процесса продаж: доступность основных сведений. Комиссия АИБ подчеркивает, что своевременное и полное раскрытие информации о должнике является необходимой составляющей процесса на основании гл. 11. Без этой основной информации суд, *доверительный управляющий США (the U.S. Trustee)* и заинтересованные стороны не могут дать оценку усилиям по реструктуризации должника и принимать значимые решения по делу. Мы утверждаем, что то же самое относится и к процессу

продажи. Согласно действующему законодательству США должник обязан представить некоторые, но не обязательно самые важные финансовые данные в начале процедуры, основанной на гл. 11. Однако суд может принять иное решение. В отношении компаний, которые не относятся к категории малых или средних предприятий, Комиссия АИБ предлагает должнику составить «информационный пакет для оценки» (*valuation information package – VIP*), содержащий следующую информацию: (i) налоговые декларации за предыдущие три года (включая все графики); (ii) годовую финансовую отчетность (подтвержденную, если таковая имеется) за предыдущие три года (включая все отсылки); (iii) последние независимые оценки любых материальных активов должника (включая любые оценки бизнеса или капитала); и (iv) в той степени, в которой они были предоставлены кредиторам до подачи заявления и существующим или потенциальным покупателям, инвесторам или кредиторам, все бизнес-планы или прогнозы, подготовленные в течение последних двух лет. Как правило, в течение 60 дней после даты подачи заявления (или даты вынесения решения о предоставлении отсрочки, в зависимости от того, что наступит позднее) должник обязан представить в суд список сведений, включенных в его VIP, если только суд не примет иного решения<sup>1</sup>.

## **7.4. Предварительно подготовленная продажа (*Pre-packaged sales*)**

### **7.4.1. Введение**

556. Второй вопрос, поставленный перед национальными комментаторами проекта, был следующим: возможно ли добиться результата с помощью «предварительно подготовленной продажи»? В вопроснике обычно описывается «предварительно подготовленная продажа» как метод, при котором договор купли-продажи обсуждается конфиден-

---

<sup>1</sup> Отчет АВИ (2014). С. 42 и след. Заинтересованная сторона может запросить копию VIP для надлежащей цели, которая включает оценку заявления или предложенного плана. Комиссия АВИ предполагает, что если суд не примет иного решения, должник должен незамедлительно предоставить копию VIP любой такой запрашивающей стороне, при условии, что сторона заключает соглашение о конфиденциальности и, если VIP содержит существенную непубличную информацию, соглашается ограничить свою торговую деятельность в отношении требований, интересов и ценных бумаг должника. Должник обязан иметь возможность редактировать или не раскрывать информацию, иным образом включенную в его VIP, в той степени, в которой должник добросовестно определяет, что такое редактирование необходимо для предотвращения причинения вреда имуществу, если только суд не примет иного решения.

циально до начала процедуры несостоятельности, без консультаций со всеми кредиторами, и который вступает в силу немедленно после начала официального разбирательства.

557. Если описывать более подробно, «предварительная подготовка» (или «предварительно подготовленная продажа») — это наименование подхода, при котором объявляется о намерении продать бизнес (или значительную его часть), включая все активы (или активы, относящиеся к существенной части). Все это излагается в договоре, полностью согласованном должником и третьей стороной. Соглашение заключается до даты открытия официального производства по делу о несостоятельности. При открытии этих процедур будет назначен управляющий (IP), который обычно является лицом, помогавшим в переговорах до заключения соглашения. Поскольку все подготовлено надлежащим образом, правильно «упаковано», возможно, что в течение 24 или 48 часов после официального начала производства назначенный управляющий (IP) продаст бизнес в соответствии с применимыми правилами законодательства о несостоятельности и условиями соглашения о том, что третья сторона может продолжать управлять компанией с работающим бизнесом в «обычном режиме». В результате, как правило, это тот же бизнес (за вычетом некоторых обязательств), но теперь им управляет другой предприниматель.

558. Преимущества очевидны: «предварительно подготовленная продажа» крайне эффективна и основана на относительно быстрой реализации, чтобы получить наилучшую сделку для кредиторов, что во многих законодательных актах является главной задачей назначенного управляющего. Помимо быстрой и плавной работы, спасение в форме передачи бизнеса третьей стороне выгодно для преемственности компании без прерывания ее длящихся и текущих контактов с поставщиками<sup>1</sup>, а также его клиентов. Занятость сохраняется, и, что не менее важно, постоянная уплата налогов компании (таких, как корпоративный налог и НДС) сохраняется. Кроме того, «предварительно подготовленная продажа» приведет к сокращению расходов на официальное разбирательство и обеспечит определенность сделки. Это сведет к минимуму подрыв доверия со стороны поставщиков, клиентов и сотрудников, что неизбежно возникает при формальном производстве по делу о несостоятельности, поскольку предприятие передается новому владельцу до того, как информация о несостоятельности должника будет обнародована.

---

<sup>1</sup> Конечно, требуется, чтобы контрагенты согласились с такой передачей.

559. Следует отметить, что «предварительно подготовленная продажа» имеет характеристики, аналогичные договорным (частным) соглашениям о внесудебном урегулировании (*a negotiated (private) workout*). Ключевое отличие заключается в том, что в процессе «предварительно подготовленной продажи» участвует третья сторона. В качестве примера можно привести привлечение суда, так как в «предварительно подготовленной продаже» процесс может потребовать проверки на соблюдение таких требований, как (i) своевременное информирование большинства кредиторов с предоставлением достаточной информации; (ii) опубликование информации о продаже бизнеса перед третьими лицами; а также (iii) может ли суд после официального начала производства по делу о несостоятельности оценить и (или) принять решение о привилегиях, доступных для продажи активов, таких как предотвращение возможности предъявлять заявления о недействительности. «Предварительно подготовленная продажа» выполняет функцию, аналогичную процедуре предварительной несостоятельности или смешанной процедуре. Она заслуживает поддержки для достижения положительного эффекта, но также требует внимательного анализа цены, уплачиваемой покупателем.

#### 7.4.2. Значимые выдержки из национальных отчетов

560. В Австрии при рассмотрении дела о реструктуризации и в процессе реструктуризации с самостоятельным управлением допускается возможность того, что должник вместе с потенциальным инвестором/приобретателем заранее связывается с (ограниченным числом) кредиторов до открытия производства по делу о несостоятельности и ведет переговоры по сделке, связанной с продажей и утверждением плана реструктуризации. Формальным требованием является наличие необходимого большинства для утверждения такого плана реструктуризации. Однако по-прежнему существует риск того, что суд по делам о несостоятельности не утвердит план реструктуризации, утвержденный кредиторами, в случае, если план реструктуризации противоречит взаимной заинтересованности кредиторов или если другие обязательные предварительные условия не выполняются. В Бельгии похожая ситуация. Законодательство Бельгии не предусматривает конкретных правил, касающихся «предварительно подготовленных» сделок, за исключением правила о том, что предложение потенциальных покупателей, пользующихся конкретными правами, имеющих решающее значение для предпринимательской деятельности (например, права

управляющего), может быть принято во внимание только тогда, когда такие права предоставляются должником на тех же условиях другим потенциальным покупателям. «Предварительно подготовленная продажа» возможна, однако будет трудно ее требовать, потому что назначенный судом представитель должен искать и иных претендентов – предпочтительно с помощью тендерного механизма – для поиска лучшего предложения, доступного для продажи бизнеса. Кроме того, бельгийские комментаторы сообщают, что нет никаких гарантий того, что этот представитель будет убежден, что это даст ему требуемое удовлетворение.

561. В Англии и Уэльсе «предварительно подготовленная продажа» невозможна при договорном согласовании условий реструктуризации, схеме с договоренностями или добровольном соглашении компании, поскольку все эти процедуры являются предбанкротными. Однако в сочетании с процессом администрирования доступна предварительная подготовка продажи, и ее использование в практике расширяется. Английские суды признали, что «предварительно подготовленная продажа» является законным инструментом реструктуризации при соответствующих обстоятельствах<sup>1</sup>. Сообщается, что управляющие обычно продают практически все активы компании с действующим бизнесом, и чаще всего на практике это достигается путем «предварительно подготовленной продажи»<sup>2</sup>.

В английской практике особую роль в достижении надежных и успешных «предварительно подготовленных продаж» играют управляющие (IP). Английские управляющие подчиняются профессиональным рекомендациям, касающимся «предварительно подготовленных продаж». Хорошо известное Заявление о неплатежеспособности 16 (*Statement of Insolvency Practice 16 – SIP 16*) устанавливает необходимую практику для управляющих, которые действуют с применением «предварительно подготовленных продаж». SIP 16 был введен в 2009 г. в ответ на опасения, высказанные кредиторами в отношении этих типов операций. Указанные опасения включали следующие: (i) отсутствие прозрачности процесса продажи и отсутствие подотчетности со стороны администратора; (ii) неспособность максимизировать доходность для необеспеченных кредиторов; и (iii) внутренний конфликт интересов предлагаемого управляющего. SIP 16 излагает подробный список информации, подлежащей раскрытию управляющим кредиторам

<sup>1</sup> *DKLL Solicitors v. Revenue and Customs* [2007] EWHC 2067 (Ch).

<sup>2</sup> См. также: John Wood, *The Sun is Setting: Is it Time to Legislate Pre-Packs?*, 10.08.2016 (доступно на: <https://ssrn.com/abstracts=2852318>).

при «предварительно подготовленной продаже». Хотя SIP 16 не имеет юридической силы, его несоблюдение может привести к принятию административных или дисциплинарных мер. Служба неплатежеспособности следит за тем, чтобы управляющие в делах о несостоятельности сообщали кредиторам о «предварительно подготовленных продажах» с целью обеспечения соблюдения SIP 16. Некоторые из предложений Службы неплатежеспособности по улучшению процесса администрирования перед «предварительно подготовленной продажей» будут обсуждаться ниже.

562. В 2014 г. во Франции «предварительно подготовленная продажа» стала возможным вариантом в ходе согласительной процедуры для посредника по просьбе должника и после консультаций с кредиторами. Затем он может организовать частичную или полную продажу бизнеса, которая впоследствии может быть реализована в контексте дальнейших гарантийных, реструктуризационных или ликвидационных процедур<sup>1</sup>. Таким образом, договор о плане продажи оговаривается в ходе согласительной процедуры, и, когда будет готов, открывается *redressement judiciaire* с тем, чтобы план продажи мог быть принят судом. Посреднику (*the conciliator*) по требованию должника и после заслушивания мнения участвующих кредиторов может быть поручено организовать частичную или полную продажу бизнеса компании. Любые предложения, полученные в этом контексте *mandataire ad hoc* или посредником, могут быть непосредственно переданы в суд в процессе реструктуризации или ликвидации при условии контроля со стороны государственного советника, чье мнение должно быть запрошено. Это позволяет посреднику, как только начинается *redressement* или ликвидация, напрямую подать в суд предложение, сделанное объявившимся покупателем. Оно подлежит контролю со стороны государственного прокурора, чье мнение необходимо запрашивать.

563. После двухлетней практики были отмечены следующие преимущества: (i) сокращение продолжительности судебного разбирательства; (ii) исключение риска обесценения стоимости активов; (iii) участие кредиторов в процессе; и (iv) возможность получить лучшие предложения. Однако были отмечены и недостатки: (i) метод не подходит там, где требуется увольнение работников; и (ii) риски, связанные с отсутствием прозрачности при выборе претендентов<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Статья L. 611-7 Торгового кодекса.

<sup>2</sup> Выступающие А и В во время обсуждения этой темы в Лейдене, 16–17.11.2016.

564. Подобная «предварительно подготовленная продажа» доступна в Испании<sup>1</sup> и в Швеции, хотя в последней существует исключение в отношении движимого имущества, которое, как правило, должно продаваться на аукционе без какого-либо специального разрешения кредиторов, за исключением тех случаев, когда существует вероятность того, что более высокая цена будет получена путем прямой или «предварительно подготовленной продажи», одобренной лицами, уполномоченными принимать такие решения в банкротстве.

565. В Германии временные процедуры обычно используются временным управляющим для проведения тендера и согласования коммерческой (имущественной) сделки в течение трех месяцев подобных процедур. Таким образом, в тот же день, когда начинается очередное производство по делу о несостоятельности, только что созданный комитет кредиторов должен утвердить сделку, после чего «предварительно подготовленная продажа» считается закрытой.

566. Для Италии весьма маловероятно, что договор купли-продажи будет заключен конфиденциально до начала процедуры несостоятельности, без консультаций со всеми кредиторами, и что такой договор вступит в силу немедленно после начала официальной процедуры. Как правило, должник заключает договор аренды предприятия либо до его принятия в рамках процедуры предварительного согласования (*concordato preventivo proceeding*), без консультаций с кредиторами; или после допуска к судебной процедуре по соглашению, с разрешения компетентного суда или заместителя судьи. Договор аренды бизнеса обычно содержит пут-опцион в пользу должника при условии проверки *concordato preventivo*, предложенного кредиторам<sup>2</sup>.

567. Также доступен другой инструмент (названный «конкурсная заявка»)<sup>3</sup>, и им регулируется «предварительно подготовленная продажа», в которой предложение по соглашению уже признает существование предыдущей заявки (согласованной до начала процедуры), представленной специально определенной третьей стороной для покупки или аренды (*affitto di azienda*) бизнеса или части бизнеса, или предложение приобрести один или несколько активов. Суд должен обеспечить проведение конкурсных торгов (*procdumento competitivo*)

---

<sup>1</sup> Статья 191 разд. 2 LC.

<sup>2</sup> Статья 186-бис Закона о несостоятельности Италии довольно подробно описывает, что должен повлечь за собой предлагаемый план.

<sup>3</sup> Регулируется ст. 163-бис Закона о несостоятельности и вводится ст. 2 Указа-закона 83/2015.

и принять решение по ним<sup>1</sup>. Аукцион должен быть прекращен до того, как кредиторы проголосуют за план. Также кредиторы, представляющие не менее 10% общей задолженности, могут подать предложение и план по спасению бизнеса, если в соответствии с планом проблемного предприятия необеспеченные кредиторы (*creditori chirografari*) получают менее 40% общих требований. Для представления плана кредиторы должны получить всю соответствующую информацию от банкротного управляющего (*commissario giudiziale*) (ст. 165). Все предложения и планы голосуются кредиторами. Реформа 2015 г. в Италии также ввела минимальный предел в случае предварительных расчетов с кредиторами, направленных на ликвидацию бизнеса (*concordati preventivi liquidatori*): план ликвидации должен предоставлять необеспеченным кредиторам (*creditori chirografari*) не менее 20% от прав требований необеспеченных кредиторов (ст. 160).

568. В некоторых странах «предварительно подготовленная продажа» недоступна. Предварительные соглашения могут быть предметом оспаривания по основаниям недействительности (Германия, Венгрия) или признаваться неэффективными (Польша). В Греции «предварительно подготовленная продажа» доступна только в качестве возможной меры восстановления, на нее распространяются все требования процедуры восстановления платежеспособности, и она вступает в силу только после одобрения. В Латвии продать бизнес можно только через два месяца после начала производства по делу о несостоятельности и после того, как план продажи был представлен всем кредиторам.

### 7.4.3. Значимые международные тенденции

569. «Предварительно подготовленная продажа» как таковая не была включена в международные доклады, в которых основное внимание уделяется разработке рекомендаций для национальных законодателей. Что может показаться примечательным, так это то, что практикующие участники соответствующих дел, занимающиеся подготовкой и заключением «предварительно подготовленных продаж», обмениваются мнениями, как мы заметили, например, относительно участников процедур в Нидерландах, Англии и Уэльсе.

---

<sup>1</sup> См., как суд устанавливает правила для конкурирующих предложений: Bob Wes-sels & Stephan Madaus (eds.). *Business Rescue in Europe*, Vol. I. National Reports and International Recommendations (публикация ожидается в ближайшее время).

570. В качестве примера разъясняется ситуация, имеющая место в Нидерландах. Практика использования «предварительно подготовленных продаж» началась в 2013 г., без четкой основы в Законе о банкротстве Нидерландов, но при поддержке восьми (из одиннадцати) окружных судов. Этот примечательный дуализм был признаком противоречивого характера «голландской предварительной подготовки»<sup>1</sup>. В литературе и на практике сообщалось, что (i) процесс переговоров до открытия официальной процедуры не является прозрачным; неясно, проинформированы или вовлечены ли более мелкие кредиторы. Также неясно, (ii) как делается выбор в отношении людей, которые продолжают свою работу, и тех, кто уволен; (iii) существуют опасения относительно «феникс-продаж». «Феникс-компания», выступающая в роли стороннего покупателя, может иметь тесные связи с владельцами (акционерами) компании-продавца, фактически являющимися собственниками прежней компании — *OldCo*, представленными в лице покупателя (*NewCo*). По этой причине (iv) возможно нарушение правил конкуренции. Существует множество нормальных рыночных инструментов для определения стоимости и цены, которую платит преемник, который не является «фениксом» (должником, выступающим в лице покупателя)<sup>2</sup>.

571. Освещение дискуссии в Великобритании: общепризнанным фактом является то, что для других государств-членов английская практика «предварительно подготовленных продаж» послужила практическим и полезным примером для продажи бизнеса в преддверии несостоятельности с соответствующей защитой интересов заинтересованных сторон, в частности кредиторов. При описании практики в Англии и Уэльсе было упомянуто о практическом и важном значении (необязательных) правил в английском Положении о практике несостоятельности 16 (*Statement of Insolvency Practice 16* или *SIP 16*). С 1 ноября 2013 г. вступили в силу новые (необязательные) правила

<sup>1</sup> Оставляем в стороне тот факт, что предпосылки создания стоимости компании при предварительной подготовке или ее сохранения и продолжения работы, насколько мы знаем, никогда не исследовались эмпирически.

<sup>2</sup> Другие вопросы: назначен ли судом представитель для оказания помощи должнику во время его переговоров о предварительно подготовленной продаже, когда определяют его в качестве управляющего по делу о несостоятельности, достаточно независимого (в обоих случаях)? Может ли назначающий судья выступать в качестве судьи в последующем официальном производстве по делу о несостоятельности. Достаточно ли он независим? Относительно синдрома «феникса» см.: Bo Xie, *Comparative Insolvency Law: The Pre-pack Approach in Corporate Rescue* (Edward Elgar Publishing 2016), 122 et seq.

SIP 16. Ведущий принцип заключается в том, что управляющий в делах о несостоятельности должен быть понятен в каждом аспекте администрирования «предварительно подготовленных продаж». Он должен дать четкое, полное и своевременное (семидневное ограничение для уведомления) заявление. SIP 16 также содержит обязанности, возникающие до и после назначения.

527. В июне 2014 г. британское правительство опубликовало результаты и рекомендации независимого обзора практики администрирования «предварительно подготовленных продаж»<sup>1</sup>. Согласно Отчету положительными моментами стали следующие аспекты «предварительно подготовленных продаж»: (i) может сохранить рабочие места; (ii) может быть дешевле, чем формальное производство по делу о несостоятельности (например, при возможности мирового соглашения); (iii) вполне может быть успешным, если покупатель платит за бизнес в течение определенного периода времени, а не на дату покупки<sup>2</sup>. В Отчете также отмечаются недостатки «предварительно подготовленных продаж», такие как: (i) отсутствие прозрачности «предварительно подготовленных продаж» перед продажей, так как стороны работают, чтобы обеспечить будущее бизнеса, не рискуя доверием кредиторов, клиентов и сотрудников; (ii) маркетинг готовых компаний к продаже недостаточен; (iii) необходимо сделать больше, чтобы проработать методологию оценки; и (iv) недостаточно внимания уделяется жизнеспособности покупателя<sup>3</sup>.

573. В Отчете представлено шесть Рекомендаций, четыре из которых носят существенный характер. Вкратце следующие:

<sup>1</sup> Обзор подготовлен Teresa Graham CBE (доступно на: <https://www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration>).

<sup>2</sup> В Отчете Грэма также упоминается, что экономика Великобритании может получать прибыль от «предварительно подготовленных продаж». Иностранные компании могут стремиться перенести свой «центр основных интересов» (ЦОИ) в Великобританию, чтобы воспользоваться гибкой реструктуризацией, несостоятельностью и законодательством о компаниях в Соединенном Королевстве.

<sup>3</sup> «У управляющего в деле о несостоятельности нет юридического требования рассматривать будущую жизнеспособность нового бизнеса, возникающего после продажи с предварительной подготовкой. Его единственная юридическая обязанность лежит перед кредиторами старого бизнеса. Однако и общественное восприятие, и наши исследования показывают, что будущая жизнеспособность, особенно в случае предварительно подготовленных продаж связанным сторонам, является проблемой как для передающей стороны, так и для получателей передаваемого бизнеса. Опять же... можно сделать еще больше, чтобы продемонстрировать потенциальную жизнеспособность нового бизнеса/компания, возникающих из предварительно подготовленной продажи».

### 1. Предварительно собранный круг специалистов (*Pre-pack pool*)

Предлагается собрать круг опытных деловых людей, в рамках которого на добровольной основе независимому лицу до начала продажи были бы раскрыты детали предполагаемой продажи связанной стороне, с целью повысить прозрачность и предоставить кредиторам больше уверенности в том, что сделка обеспечена независимым контролем.

### 2. Отчет о жизнеспособности (*Viability review*)

Запросить у связанных сторон – на добровольной основе – «отчет о жизнеспособности» для новой компании, указав, как компания выживет как минимум в течение следующих 12 месяцев. Также предоставляется краткое описание того, что новая компания будет делать иначе по сравнению с прежней компанией, чтобы бизнес снова не потерпел неудачу<sup>1</sup>.

### 3. Хороший маркетинг (*Good marketing*)

Весь маркетинг предварительно подготовленного для продажи бизнеса должен соответствовать шести принципам «хорошего» маркетинга, чтобы максимизировать выручку от продажи и чтобы любые отклонения от этих принципов были доведены до сведения кредиторов<sup>2</sup>.

### 4. Поправка SIP 16 (*SIP 16 amendment*)

В SIP 16 следует внести поправки, требующие проведения анализа оценщиком, имеющим профессиональное страховое возмещение (ПИ), чтобы повысить уверенность в том, что продажа осуществляется по справедливой цене<sup>3</sup>.

574. На данном этапе мы просто коснемся Закона о малом предпринимательстве и занятости (*Small Business Enterprise and Employment Act*) 2015 г., который вступил в законную силу в Соединенном Королевстве в мае 2015 г.<sup>4</sup> Из многих тем, которые он охватывает, для текущих целей достаточно упомянуть, что часть 10 Закона создает условия

---

<sup>1</sup> Согласно Отчету Грэма совсем новая компания в исследуемой «предварительно подготовленной продаже», скорее всего, потерпит неудачу по сравнению с новой компанией, не связанной с теми, кто контролирует старую компанию. Эмпирические данные показывают, что существует явная связь с будущим провалом в случаях продажи между связанными сторонами.

<sup>2</sup> Отчет содержит (С. 12) «Шесть хороших принципов маркетинга».

<sup>3</sup> В Отчете предлагается процедура адаптации для переработанного положения SIP и предлагается, чтобы мониторинг этих положений был передан от Службы по несостоятельности в пользу признанных профессиональных организаций (*RPB*).

<sup>4</sup> См. текст на: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/26/contents/enacted>. См.: Sacha Stiegler, *Der britische Small Business, Enterprise and Employment Act 2015*, in ZIP 38/2016. С. 181 и далее.

для сохранения за собой права принимать нормативные акты, запрещающие управляющим осуществлять продажи связанным сторонам, или устанавливать правила, чтобы навязывать условия или требования, позволяющие продолжить продажу связанной стороне. Если нерегулярные решения в отношении продаж связанным сторонам, рекомендованные независимым тестом Грэма, не изменят поведение/не повысят уверенность в таких продажах, возможно, потребуется воспользоваться соответствующими полномочиями<sup>1</sup>.

#### 7.4.4. Мотивы рекомендаций

575. Любое спасение деятельности за счет продажи работающего бизнеса требует (1) конкурентных торгов, (2) инструмента для того, чтобы освободиться от долга (сделка с активами свободная и прозрачная, или разделение сделок в плане реструктуризации (по этому вопросу см. гл. 8)), и (3) инструмент для проверки согласованной цены (судебный контроль процесса торгов или кредиторское утверждение цены). «Предварительно подготовленные продажи» интенсивно отражают все требования, но с пониженной прозрачностью, что вызывает больше сомнений в адекватности цены, особенно в случаях инсайдерских сделок.

576. Принимая во внимание описанные выше обстоятельства, мы убеждены, что любой формат реструктуризации и несостоятельности должен включать надежный вариант продажи действующего бизнеса. Такая продажа могла бы составить ядро плана спасения (сделки с долями), но она также может (и часто даже более эффективно) совершаться на торгах. Хотя последний вариант получил поддержку недавно<sup>2</sup>, мы

---

<sup>1</sup> Информационный документ Палаты общин (House of Commons briefing paper) (номер CBP5035) от 20.01.2016, посвященный администрированию предварительно подготовленных продаж, и изменения, внесенные Законом о предпринимательстве для малого бизнеса и занятости 2015 г. (приведен по адресу: [www.parliament.uk/commons-library](http://www.parliament.uk/commons-library) или следующему: <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/SN05035/SN05035.pdf>).

По дискуссии относительно шести рекомендаций в Отчете Грэма см.: John Wood, *The Sun is Setting: Is it Time to Legislate Pre-Packs?*, August 1, 2016 (доступно на <https://ssrn.com/abstract=2852318>). См. обзор: Paul J. Omar and Jennifer Gant, *Corporate rescue in the United Kingdom: Past, present and future reforms*, 24 *Insolvency Law Journal* 2016. P. 40 и далее.

<sup>2</sup> См.: G. Ray Warner, *Reimagining Rescue: The View from the United States*, in Rebecca Parry and Paul Omar (eds.), *Reimagining Rescue*, INSOL Europe, Nottingham Paris 2016. P. 175–186; Horst Eidenmüller and Kristin van Zwieten, *The Future of Restructuring Law in*

считаем, что любой формат реструктуризации и несостоятельности должен обеспечивать доступность обоих вариантов.

577. Сделка с активами в таком формате должна сохранить «старый долг», оставив его у должника (продажа свободная и чистая). Это, однако, также означает, что контракты должника будут переданы покупателю только в том случае, если контрагенты по этим контрактам действительно согласны на это<sup>1</sup>.

578. Продажа действующего бизнеса в таких формах по своей природе нарушит права кредиторов, поскольку лишает их активов должника, оставляя им только вырученное от продажи. В качестве минимального требования мы предлагаем, чтобы независимый эксперт отвечал за контроль процесса торгов и обеспечения рыночной цены. Это может быть независимый банкротный управляющий, деятельность которого надлежащим образом урегулирована<sup>2</sup>, а сам он назначен судом, или третье лицо, получившее предписание от суда. Кроме того, представляется целесообразным требовать, чтобы кредиторы одобрили такую продажу через своего представителя, обычно это комитет кредиторов (как это делается в Германии)<sup>3</sup>.

579. Главное обоснование «предварительно подготовленной продажи» может быть полностью поддержано. «Предварительно подготовленная продажа» ускоряет процесс реструктуризации, снижает затраты и в целом на макроуровне способствует общему благосостоянию, поскольку поддерживает постоянные налоговые платежи государству и сохраняет занятость, поскольку бизнес продолжается практически без перерывов. Проявили себя и недостатки. Эти негативные стороны должны преодолеваются путем представления отчета (о прозрачности процесса торгов и доступности конкурирующего покупателя) заинтересованным сторонам, которые принимают решение о продаже: суду или предпочтительно самим кредиторам (комитету или собранию).

---

Europe: Greater Harmonisation, but at What Cost? Oxford Business Law Blog, 2016 (доступно на: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2016/12/futurerestructuring-law-europe-greater-harmonisation-what-cost>), критикуется проект Директивы о реструктуризации (2016) за невнимание к этому последнему варианту.

<sup>1</sup> См. применительно к трудовым договорам гл. 5.

<sup>2</sup> См. выше 1.1.4.

<sup>3</sup> Если представители кредиторов принимают решение о продаже, их решение оправдывает любую продажу, включая продажу инсайдерам или связанным сторонам, несмотря на независимую оценку бизнеса или цену покупки.

### 7.4.5. Рекомендации

**Рекомендация 7.01:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы каждая форма реструктуризации и несостоятельности основывалась на эффективном процессе ликвидации, который включает в себя как варианты продажи действующего бизнеса должника (или его части), так и продажу отдельных активов (частичная ликвидация) — в зависимости от того, что обеспечит большую степень удовлетворения требований кредиторов.

**Рекомендация 7.02:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы их регулирование реструктуризации и несостоятельности включало возможность ускоренной ликвидации, в частности, когда должник или заинтересованная сторона демонстрирует ясные и убедительные доказательства того, что существует высокая вероятность того, что стоимость активов должника значительно уменьшится в течение 30 дней (пример с *«тающим льдом»*).

**Рекомендация 7.03:** Государствам-членам следует обеспечить «предварительно подготовленную продажу» в рамках своего формата реструктуризации и несостоятельности. Правила должны включать привлечение независимого управляющего, деятельность которого надлежащим образом регламентирована, для надзора за процессом продаж и обеспечения минимальной прозрачности. Кроме того, одобрение кредиторов на такую продажу должно быть обязательным и должно даваться через их представителя, обычно это — комитет кредиторов.

**Рекомендация 7.04:** Государствам-членам следует, желательно в сотрудничестве с ассоциациями практикующих специалистов, установить стандарты и практические правила в отношении прозрачности переговорного процесса до начала официальной процедуры, информацию и степень участия всех кредиторов, личности и истории покупателя, профессиональных стандартов участвующих сторон и, если это будет сочтено необходимым, оценку активов, подлежащих продаже.

**Рекомендация 7.05:** Государствам-членам следует регулярно оценивать правила, регулирующие «предварительно подготовленную продажу», включая стандарты и правила практики, для обеспечения целостности процесса.

## ГЛАВА 8

### ВОПРОСЫ ПЛАНА СПАСЕНИЯ: ПОРЯДОК И СТРУКТУРА; ВОПРОСЫ РАСПРЕДЕЛЕНИЯ

580. Спасение бизнеса при несостоятельности может быть достигнуто двумя способами: либо путем продажи бизнеса (как правило, продажи активов, работающего бизнеса), либо путем реструктуризации бизнеса. Оба варианта требуют сотрудничества — часто в рамках разбирательства (кредиторы, должник, менеджмент), но также и с третьими лицами (инвесторами, клиентами). Необходимость сотрудничества в случае продажи довольно ограничена в большинстве юрисдикций, потому что продажа бизнеса — это просто способ ликвидировать активы должника, для чего может потребоваться только квалифицированный покупатель и подтверждение от суда или даже от администратора (как правило, банкротного управляющего; более подробную информацию см. в гл. 7)<sup>1</sup>. Обычно требуется гораздо более глубокое сотрудничество в случае реструктуризации бизнеса. Если план предусматривает не только корректировку старых долговых и обеспечительных прав (финансовую реструктуризацию), но также корректировку жизненно важных кредитных линий, контрактов на поставку или занятость (операционная реструктуризация), необходимо объединить большое количество заинтересованных сторон. Как результат, такое усложнение дополнительно усиливается в случаях с корпоративными должниками, если реструктуризация также повлияет на их структуру капитала (например, в ходе перенастройки сложной структуры с несколькими уровнями долга, капитала и обеспечения), что обычно требует участия акционеров. Добавьте к этому неплатежеспособную корпоративную группу с дочерними предприятиями и учреждениями в нескольких юрисдикциях, и потребность в эффективном сотрудничестве будет находиться на пиковом уровне. Это не значит, что передача бизнеса всегда проста. Если основные контракты, лицензии или концессии должны быть переданы покупателю, заинтересованным сторонам может потребоваться более сложное решение, чем простые торги при

---

<sup>1</sup> В Германии потребуется согласие комитета кредиторов или (особенно в случае инсайдерской сделки) всех кредиторов большинством голосов на общем собрании. См.: Кодекс о несостоятельности. С. 160–164. Поэтому уровень сотрудничества немого выше.

формальной ликвидации. Возможное решение по сделке с долями, выделению или слиянию в большей степени потребует уровня координации между заинтересованными сторонами аналогичного уровня, требуемому при реструктуризации.

581. Распространенным способом стимулирования координации между заинтересованными сторонами в деле о несостоятельности, а также структурирования их переговоров и содействия успеху таких переговоров является обеспечение процедуры или содержание процедуры<sup>1</sup>. Подобный план предусматривает все эти меры, необходимые для достижения ожидаемого результата (например, реструктуризации или передачи). Обычно такой план обязывает все стороны процесса, что позволяет квалифицировать его как коллективный договор между сторонами в деле о несостоятельности. Современные процедуры поддержки реструктуризационных соглашений также позволяют планировать воздействие только на определенную группу кредиторов или заинтересованных сторон (см. выше гл. 1 (1.2)), что еще более раскрывает природу плана, являющегося многосторонним соглашением. Единственная причина, по которой довольно очевидный договорный характер таких планов может быть оспорен, обусловлена тем фактом, что для их заключения обычно не требуется фактического согласия всех вовлеченных сторон. Даже со времен римского права<sup>2</sup> правовые системы способствовали решению плана при несостоятельности, позволяя плану быть обязательным для всех сторон, если за него фактически проголосовало оговоренное большинство кредиторов и суд подтвердил, что план не является дискриминационным по отношению к меньшинству. Позднее введение судебного производства по делу о несостоятельности привело к распространенной в настоящее время практике процедуры реализации такого плана, которое инициируется предложением по плану, предусматривает проведение судебных слушаний, включая подачу голосов, и заканчивается решением о подтверждении принятого плана. Таким образом, для несогласного мень-

<sup>1</sup> Терминология менялась в части composition (см.: US Bankruptcy Act 1898. S. 12) или Zwangsvergleich (см.: German Bankruptcy Code 1877. S. 160) в законах XIX в. к reorganization plan (US Bankruptcy Code 1978) или Insolvenzplan (German Insolvency Code 1999) в более поздних законах. В более ранних законах также именовалось concordat (см. в том числе the French Code de Commerce 1807 и следующим за ним Code des Faillites et Banqueroutes 1838). Цель подобных типов соглашений (или accords) тем не менее не претерпела изменений.

<sup>2</sup> См. С.7.71.8 для cessio bonorum, соглашение между несостоятельным должником и всеми его кредиторами, передающими все активы, которое было обязательным после того, как большинство кредиторов приняли предложение должника.

шинства план — это навязанное соглашение, но тем не менее договор в его юридической форме<sup>1</sup>.

582. Хотя базовая римская правовая структура процедуры планирования является общей для всех современных законов о несостоятельности, включая все юрисдикции, рассмотренные в настоящем отчете, доступные инструменты для облегчения планового решения в таких процедурах значительно отличаются в деталях.

### **8.1. Средства для достижения соглашения о плане**

583. В соответствии с Рекомендациями международных организаций по стандартизации<sup>2</sup> во всех юрисдикциях, охватываемых нашим Докладом, предусмотрен вариант плана в их процедурах несостоятельности. В юрисдикциях с установленным законом предбанкротным форматом (см. гл. 1) план реструктуризации также доступен в этих видах процедур. Тем не менее принудительные элементы процедуры плана недоступны без участия суда, а это означает, что чистая внесудебная договоренность всегда требует согласия всех заинтересованных сторон.

584. Ряд правопорядков ограничивает процедуру, связанную с планом, единственной целью реструктуризации должника, исключая, таким образом, возможность ликвидационного плана (например, в Латвии, Польше и Великобритании). Однако план по реструктуризации может также предусматривать передачу долей, если допускается такое ущемление прав участников компании (см. далее 8.2.2.).

585. Список доступных инструментов для достижения успеха с планом в соответствующих процедурах обычно включает в себя:

- подчинение мнения несогласных большинству голосов;
- немедленное рассмотрение в суде (вынесение вопроса о санкционировании или подтверждении и соответствующее решение);
- определенные возможности при обжаловании и
- защита от всех последующих возражений<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Для ознакомления с деталями дискуссии см.: Stephan Madaus, *Der Insolvenzplan* (Mohr Siebeck 2011). P. 142–159 (по дискуссии в США) и 173–432 (по дискуссии в Германии).

<sup>2</sup> См.: Принципы Всемирного банка (2016), Принципы C14.1; см. также: Принципы ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендации 139 и 140; Принципы Европейского права несостоятельности (2003), § 11.1.

<sup>3</sup> Это означает, что окончательный и эффективный план не может быть оспорен на основаниях, которые были услышаны или могли быть услышаны на слушаниях по подтверждению и апелляции (например, ошибки в процедуре или распределение по классам кредиторов и т.д.).

586. Кроме того, общие последствия начавшегося (пред)банкротного судебного разбирательства обеспечивают приостановление, судебный надзор и зачастую назначение управляющего, выступающего в качестве надзорного органа или администратора. В предбанкротных процедурах в некоторых юрисдикциях допускается вариант с назначением медиатора (см., например, Франция, Испания или Бельгия).

## 8.2. Содержание плана

587. Из цели плана (реструктуризация долга) следует, что он в первую очередь затрагивает требования кредиторов. План может также содержать обязательные (платежные) обязательства для должника, поэтому должник также связан планом. В отношении корпоративного должника план может дополнительно затрагивать права акционеров в некоторых юрисдикциях (например, в Германии, Англии и Уэльсе или США).

588. Если план направлен на вовлечение кредиторов, выходящих за рамки их старых требований, или на вовлечение третьих лиц, например, если план возлагает на них новые обязательства, их фактическое согласие является обязательным. При отсутствии такого согласия план может содержать только необязательные меры, такие как, например, предложение, опцион, освобождение или разрешение при условии, что такие меры либо не влияют на права кредиторов и должника, либо нашли их поддержку. Таким образом, любое освобождение третьего лица (например, от ответственности директора или акционера или требований поручителя против всех кредиторов), которое представляет собой ущемление прав кредиторов, требует их фактического индивидуального согласия (если это вообще допускается общим гражданским законодательством)<sup>1</sup>.

### 8.2.1. Кредиторы

589. Реструктуризация несостоятельного должника или должника в случае финансовых затруднений означает реструктуризацию задолженности. Как следствие, все юрисдикции допускают обязательный план для кредиторов должника.

---

<sup>1</sup> Для изучения спорных вопросов реализации имущества без должника в рамках плана согласно гл. 11 в США, не требующего согласований, см. в том числе: Ralph Brubaker, *Bankruptcy Injunctions and Complex Litigation: A Critical Reappraisal of Non-debtor Releases in Chapter 11 Reorganizations*, University of Illinois Law Review (1997). P. 959.

### *Определение и виды кредиторов*

590. Кто-то, как правило, считается кредитором, если у него есть требование к должнику, а это означает, что требование должно существовать на момент начала разбирательства. Обычно достаточно длящегося или несозревшего требования. Кроме того, будущее требование может приниматься для этих целей во многих юрисдикциях, если правовое основание требования существует на момент начала разбирательства<sup>1</sup>. Таким образом, будущие требования (например, требования в отношении ущерба в связи с ненадлежащим качеством товара, такие как претензии в связи с вредом от асбеста) могут быть покрыты планом.

591. Традиционно влияние последовательных шагов в производстве по делу о несостоятельности ограничивалось необеспеченными кредиторами. Поскольку они должны рассматриваться как равные в производстве по делу о несостоятельности, они могут согласиться на обращение или распределение в соответствии с планом.

592. В настоящее время во многих юрисдикциях (Германия, Греция, Франция, Венгрия, Италия, Испания), но не во всех (Австрия, Бельгия<sup>2</sup>, Латвия, Польша, Швеция, Англия и Уэльс<sup>3</sup>) также допускаются положения плана в делах о несостоятельности, которые затрагивают права обеспеченных кредиторов. Расширенная сфера охвата плана вытекает из опыта, согласно которому обеспеченный кредит занимает доминирующее положение, оставляя мало необремененных активов необеспеченным кредиторам в ходе производства по делу о несостоятельности. Как следствие, серьезная реструктуризация часто требует участия кредиторов со своими обеспечительными правами<sup>4</sup>.

593. Что касается привилегированных кредиторов, все юрисдикции предусматривают преференциальный подход к требованиям в отношении имущества, возникшим после вступления в силу договоренности,

---

<sup>1</sup> См. в том числе: UK Insolvency Rules 1986 г 12.3(1); по конкретным делам в Германии см.: BGH NZI 2012, 24 Rn. 7.

<sup>2</sup> В Бельгии план может предусматривать только приостановление исполнения до 24 месяцев. Любое другое нарушение обеспечительных прав требует явного согласия обеспеченного кредитора.

<sup>3</sup> Закон Англии и Уэльса дает разнообразную картину. Хотя подход с соглашением об урегулировании может также связывать обеспеченных и привилегированных кредиторов, *СИА* не может.

<sup>4</sup> См. также рекомендацию Комиссии (2014), п. 16, выступающую за включение обеспеченных кредиторов в сферу плана.

и в то же время отказывают любому плану реструктуризации в возможности нарушения этих требований<sup>1</sup>. При рассмотрении требований, возникших ранее договоренности, многие юрисдикции в нашем Отчете содержат положения Закона о несостоятельности, устанавливающие привилегированный режим для особых требований, зачастую требований в отношении налогов или социального обеспечения (Франция и Испания), требований в отношении заработной платы или компенсации (см. гл. 5), требований в отношении финансирования планов по спасению до наступления несостоятельности (Франция) или требований конкретных типов кредиторов (для полного обсуждения привилегированных режимов, см. гл. 4). В некоторых (Франция, Латвия, Нидерланды), но не во всех (см., например, Испания<sup>2</sup>) из этих юрисдикций такое предпочтение распространяется на защиту от принудительных нарушений<sup>3</sup> в плане реструктуризации.

594. В конце концов, план (реструктуризации) в рамках формально-го производства по делу о несостоятельности может часто затрагивать все классы кредиторов до начала производства. Однако сфера охвата планов до производства по делу о несостоятельности может быть более ограниченной, особенно в случае процедур поддержки внесудебного урегулирования (или процедур типа 1; см. 1.1).

### *Классификация требований*

595. Традиционно в подготовку плана были вовлечены только требования необеспеченных кредиторов. Поскольку к этим кредиторам следует относиться в равной степени как к группе в соответствии с общими принципами законодательства о несостоятельности (*par conditio creditorum*), в законодательных актах требовалось, чтобы все необеспеченные кредиторы голосовали по плану как один класс. Мы все еще находим такие правила в процедурах, связанных с планом, состав которых ограничен необеспеченными требованиями.

---

<sup>1</sup> Узкое исключение из этого правила можно найти в Германском положении о несостоятельности (ст. 210а), где план может связывать привилегированных кредиторов после начала работы только в результате определения того, что оставшихся активов недостаточно для покрытия требований таких кредиторов.

<sup>2</sup> Начиная с Указа № 9/2015 от 25.05.2015, план может затронуть льготных кредиторов, которые теперь подразделяются на четыре класса (служащие, государственные кредиторы, финансовые кредиторы и другие кредиторы).

<sup>3</sup> Любой кредитор, обладающий преимущественным правом, может, конечно, согласиться на подчинение плану или отказаться от привилегированного статуса.

596. В соответствии с современными законами о реструктуризации и расширением их применения план может затронуть кредиторов с существенно различными интересами и ожиданиями в отношении восстановления бизнеса (обеспеченный, необеспеченный, привилегированный, младший). Поэтому конкретное предложение плана может быть желанным решением для одной группы кредиторов (например, обеспеченных кредиторов), тогда как другая группа отклонит его (например, необеспеченные или привилегированные кредиторы). Традиционное правило голосования, собирающее голоса всех кредиторов, игнорирует эти различия и позволяет основным кредиторам (обычно обеспеченным) определять содержание плана, поскольку они могут иметь наибольшее влияние в голосовании. Чтобы предотвратить такое доминирование, форматы регулирования банкротства, распространяющиеся на все типы кредиторов, вводят систему классов требований (не кредиторов<sup>1</sup>), отражающую различия<sup>2</sup>.

597. Требования с различным правовым статусом должны быть отнесены к разным классам, и, кроме того, требования, представляющие разные экономические интересы, могут быть отнесены к разным классам. Что касается различий, допускающих классификацию, принцип равного отношения к кредиторам применяется только к требованиям в пределах каждого класса. Помимо этого, большинство кредиторов со схожим правовым статусом, принимающих план, предоставляют достаточные законные основания для предположения, что со всеми кредиторами этого класса справедливо обращаются в соответствии с планом, что опять же оправдывает связывание несогласного меньшинства. Введение классов кредиторов поддерживается разумной идеей равного обращения и справедливости, которая применима не только к правопорядку Соединенных Штатов, где возникла практика классификации требований<sup>3</sup>.

598. В ряде национальных докладов показано, что их законодательство о несостоятельности допускает классификацию требований,

---

<sup>1</sup> Важно подчеркнуть, что классификация относится к требованиям кредиторов, а не к отдельным лицам. Вот почему один и тот же кредитор может появиться в одном классе с одним из своих требований, а в другом классе — с другим.

<sup>2</sup> Этот подход соответствует международному стандарту, уже сформулированному в Европе в 2003 г. См.: Принципы Европейского закона о несостоятельности (2003), § 11.3.

<sup>3</sup> См.: Кодекс о банкротстве США. С. 1122. Для краткого обзора большего числа юрисдикций по всему миру см.: INSOL International, Claim Priorities in Restructuring Proceedings Worldwide, 9 Dec 2016 NAV (FINAL).

как правило, без указания минимального или максимального числа классов. Только во Франции и Испании количество и типы классов определяются законом (см., например, французское законодательство, отличающее финансовых и торговых кредиторов от держателей облигаций и других кредиторов). Иные правовые порядки допускают любую классификацию, которая учитывает различия и общие интересы кредиторов. В данном случае (конкретное дело) право может потребовать отдельный класс:

– для (каждого<sup>1</sup>) обеспечительного права обеспеченного кредитора, если план намеревается затронуть его права (например, Германия, Латвия, Польша, а также План урегулирования в Великобритании);

– привилегированных требований, таких как налоговые требования или невыплаченные требования по зарплате работников (например, также Германия для работников); и

– субординированных требований, если закон не предусматривает, что эти требования списываются (Германия).

599. Дополнительные специфические классы допускаются:

– для требований работников (Германия, Польша);

– требований фермеров (Польша) и

– мелких требований.

600. На практике подобное создание необязательных классов позволяет разработать план, который обеспечивает большинство в спорных классах или разобщение между классами против несогласных классов. Кроме того, поскольку равное отношение к кредиторам требуется только в каждом классе, стратегическая классификация может также обеспечить распределение плановых платежей, учитывающее важность кредиторов для продолжения бизнеса.

601. Классификация является ключом к современной процедуре плана, и контролирующему это суду предлагается тщательно изучить план на предмет надлежащей классификации всех требований. Обычно это происходит в два этапа: во-первых, суд должен проверить, все ли классы в плане определены правильно и юридически безупречно. На втором этапе суд рассматривает отдельные требования и их надлежащую классификацию в соответствии с планом (если в плане они указаны индивидуально).

---

<sup>1</sup> В принципе, каждое обеспеченное право предусматривает уникальную правовую позицию и поэтому должно быть отнесено к отдельному классу. Это, однако, позволило бы каждому обеспеченному кредитору наложить вето на план, если против него не будет предъявлено межклассовое решение.

602. При таком режиме защита особых типов кредиторов, таких как обеспеченные или привилегированные кредиторы, вытекает из требования разбивать свои требования на отдельные классы в связи с правилами голосования и утверждения плана. Поскольку в основном требуется большинство в каждом классе, чтобы принять план, такие кредиторы не могут быть отвергнуты кредиторами в других классах. И даже если они оказываются в положении меньшинства в своем собственном классе,<sup>1</sup> принцип «неухудшения положения кредиторов» (или «тест наилучших интересов») позволяет им наложить вето на утверждение плана, если они получают меньше в личном удовлетворении, чем в альтернативной процедуре ликвидации активов должника (подробнее см. 8.5).

603. В результате широкое право вето обеспеченных и привилегированных кредиторов вынуждает сторонников плана либо оставлять обеспеченные или привилегированные требования без ущерба для плана, либо вовлекать таких кредиторов на ранних стадиях плотно в любые переговоры по плану. Однако в праве вето этих кредиторов есть одна слабость: возможное преодоление разногласий, если это предусмотрено законом. В соответствии с такими положениями суд, санкционирующий план, может игнорировать право вето и подтверждать план, если право вето представляет собой злоупотребление правом (более подробную информацию о требованиях местного законодательства о несостоятельности см. 8.5).

### **8.2.2. Акционеры (участники)**

604. В случае с компанией-должником можно утверждать, что план реструктуризации должен затрагивать не только требования кредиторов, но и права акционеров компании. В конце концов, обе группы заинтересованных сторон могут считаться инвесторами компании. Кроме того, денежный поток бизнеса может быть сэкономлен, если плановые платежи кредиторам производятся акциями компании, а не денежными средствами. Такое решение при реализации плана было бы облегчено, если бы план мог предусматривать все аспекты обяза-

---

<sup>1</sup> Этого не происходит, если каждый обеспеченный кредитор относится к другому классу. Если обеспеченные или привилегированные кредиторы присоединяются к одному классу, могут быть более высокие пороговые значения, чтобы превзойти несогласующее меньшинство, чем в классах необеспеченных кредиторов в соответствии с местным законодательством, например, в Испании. Для получения более подробной информации см. 8.4.

тельного обмена долга на акции (доли), включая принятие решений акционерами.

605. Помимо этого, в последнее время интенсивно обсуждается вопрос о расширении действия плана в отношении акционеров, и все же мы обнаружили довольно однородную картину в нашем опросе. Только английское право допускает предбанкротную процедуру, схему урегулирования, позволяющую напрямую связать класс акционеров. Однако, как правило, план как до, так и после начала процедуры несостоятельности может привести к решению, которое будет содержать изменения в структуре капитала компании-должника (например, обмен долга на акции, передачу акций или выпуск новых акций). Тем не менее даже такой план может не включать положение о принятии решения акционерами, необходимого для осуществления указанных мер в соответствии с законодательством о компаниях, а также не обязывать акционеров принимать решения в установленном порядке<sup>1</sup>. Вместо этого акционерам предлагается выполнить план, приняв эти меры согласно применимому закону о компаниях. Единственное, но заметное исключение из этого довольно распространенного стандарта исходит из немецкого, греческого, английского и французского законодательства<sup>2</sup>.

606. Широко распространенное нежелание включать способы принудительного вмешательства в права акционеров в рамках стадии, предшествующей несостоятельности, основывается на предположении, что компания еще не является неплатежеспособной, это означает, что даже в чисто экономическом отношении акции по-прежнему имеют ценность и компания по-прежнему «находится в собственности» ее акционеров, а не кредиторов<sup>3</sup>. Директора компании должны

---

<sup>1</sup> См.: Торговый кодекс Франции, ст. L. 626-15 и 626-16, введенные 12.03.2014, согласно которым план сохранения (*sauvegarde*) может включать только необходимые изменения в структуре капитала компании. См. также: Кодекс о несостоятельности Испании. С. 100 (2), при условии, что акционеры должны осуществить обмен долга на акции в соответствии с применимым испанским законодательством о компаниях.

<sup>2</sup> Ср.: Anja Droege Gagnier and Julian Dust, 'Der Debt-to-Equity Swap in französischen Insolvenzverfahren – ein Rechtsvergleich', NZI 22/2014, 942 et seq. Valeria Confortini, *Privatautonomie and Corporate Reorganisations: Legal Treatment of Shareholders under Insolvenzordnung and Italian Insolvency Law*, ILLR 2016, 6, 8, различающие «исключающую» и «включающую» модели.

<sup>3</sup> Соответствующие вопросы стали предметом ряда исследовательских работ. См. в том числе: Michael Burkert, *Der Debt-to-Equity Swap im Spannungsverhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht* (Baden-Baden: Nomos 2014); P.H.N. Quist, *Conversie van aandelen. Enige opmerkingen bij een ongeregeld verschijnsel*, Tijdschrift Ondernemingspraktijk

по-прежнему действовать в интересах компании и ее акционеров. Следовательно, любые нарушения прав акционеров должны соответствовать свободе акционеров вести бизнес, свободе создавать и управлять компанией и праву собственности, гарантированному в различной степени в национальных конституциях, а также в Хартии об основных правах Европейского союза.

607. Как только компания становится неплатежеспособной, существует экономический аргумент в пользу того, что активы компании в это время полностью принадлежат их кредиторам (поскольку они могут взыскать их в соответствии с исполнительным законодательством), из чего следует, что с этого момента они фактически «владеют» фирмой. Такая виртуальная собственность включает в себя право принимать решения о том, как реструктурировать финансовую структуру компании. Поскольку акционеры не будут получать какую-либо стоимость из-за своего подчинения при ликвидации, считается, что они не должны иметь возможность наложить вето на любое плановое решение, которое допускает реструктуризацию должника компании. Следуя этой точке зрения, полностью основанной на экономической оценке прав заинтересованных сторон и основанной на законах США о реструктуризации, в Германии в 2012 г.<sup>1</sup> была принята модель, основанная на гл. 11, о том, как относиться к акционерам в рамках процедур несостоятельности, связанных с планом, включая воздействие против класса несогласных акционеров<sup>2</sup>. В соответствии с этим правилом право вето может быть проигнорировано в интересах кредиторов, если (1) они получают по плану, по крайней мере столько же, сколько они получили бы при альтернативной ликвидации (что обычно равно нулю), и (2) если план предоставляет им справедливую долю стоимости реструктуризации, которая должна определяться с использованием правила абсолютного приоритета (*absolute priority rule* — *APR*). Согласно этому правилу стоимость должна быть распределена в соответствии с приоритетом заинтересованных сторон, существовавшим до про-

---

2014/502; Jonas Schwarz, *Der Debt-Equity-Swap als Instrument der Unternehmenssanierung nach deutschen und englischem Recht* (Frankfurt: Peter Lang 2015); Carsten Schäfer, *Zur Einbeziehung der Anteilshaber in den Insolvenzplan*, in ZIP 40/2016. P. 1911 и далее.

<sup>1</sup> См.: Германское положение о несостоятельности. С. 217, 225а.

<sup>2</sup> См.: Источник правил в Кодексе о банкротстве США. s. 1129(b) (гл. 11). См. немецкую адаптацию правил в Германском положении о несостоятельности. С. 245 (3). Причины сильного влияния американской гл. 11 на немецкое законодательство о банкротстве изложены в: Manfred Balz., *Market Conformity of Insolvency Proceedings: Policy Issues of the German Insolvency Law*, 23 *Brook. J. Int'l L.* 167 1997–1998.

цедуры несостоятельности (старшие кредиторы, необеспеченные кредиторы, младшие кредиторы, акционеры). Таким образом, акционеры могут претендовать на стоимость только после полной оплаты всех кредиторов<sup>1</sup>. В конце концов, акционеры обычно не могут наложить вето на какой-либо план в соответствии с процедурой плана в американском правовом подходе.

608. Тот же результат может быть достигнут путем передачи права голоса по плану реструктуризации от (вето) акционеров специальному агенту<sup>2</sup>.

609. Английское право разработало подход прецедентного права применительно к регулированию США/Германии, включая правило абсолютного приоритета. В соответствии с процедурой, основанной на соглашении об урегулировании, английское законодательство о компаниях предлагает процедуру для реструктуризации платежеспособных и неплатежеспособных компаний, которая может включать любое изменение структуры капитала и в этом случае включать акционеров. Такой подход требует участия акционеров в процессе: акционеры формируют отдельный класс и получают право голоса. Хотя такая схема может быть предложена как для платежеспособных, так и для неплатежеспособных компаний, акционеры могут быть принуждены к принятию решения (межклассовое преодоление голосования), только если их класс «не имеет реальной экономической заинтересованности в бизнесе компании»<sup>3</sup>. В таком случае (только) их голос против урегулирования игнорируется. Таким образом, опять же оценка проблемной компании является ключевой, поскольку она показывает, находится ли какой-либо класс акционеров (или младших кредиторов) все еще «при деньгах» (получение стоимости при ликвидации). Критическая ценность бизнеса будет состоять в отличие от немецкого (но не американского) законодательства в текущей ценности действующего бизнеса компании, которая, в конце концов, является

---

<sup>1</sup> См.: Кодекс о банкротстве США. s 1129(b); историю APR, см. в том числе: Douglas G. Baird, Present at the Creation: The SEC and the Origins of the Absolute Priority Rule, 18 Am. Bankr. Inst. L. Rev. 591 (2010); Stephen J. Lubben, The Overstated Absolute Priority Rule, 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 581 (2016); см. также решение по делу *Case v. Los Angeles Lumber Products Co.*, 308 U.S. 106, 115–119 (1939).

<sup>2</sup> Это может быть сделано в судебном порядке в рамках процедур восстановления и реорганизации Греции в соответствии со ст. 101 и 120α греческого Кодекса о банкротстве.

<sup>3</sup> См.: *In re Tea Corporation Ltd.* [1904] 1 Ch 12; *In re Oceanic Steam Navigation Company Ltd.* [1939], гл. 41.

той ценностью, которую предложенная схема должна как сохранять, так и пропорционально распределять<sup>1</sup>. Помимо этого, схемы выхода из неплатежеспособного положения обычно обсуждаются в тесном сотрудничестве с основными акционерами и поддерживаются положительным голосованием их класса. Однако если оценка показывает, что компания фактически является неплатежеспособной, акционеры (и младшие кредиторы) утрачивают свою «реальную экономическую заинтересованность в компании» и суд может санкционировать решение вопроса без их согласия. То же самое возможно, если компания также формально неплатежеспособна и управляется администрацией. Здесь добровольное урегулирование долгов может включать изменение структуры капитала фирмы, которая предоставляет акционерам право голосовать на отдельном собрании акционеров<sup>2</sup>. Если добровольное урегулирование долгов находит поддержку кредиторов, но отклоняется акционерами, английское законодательство предполагает, что акционеры не имеют реальной экономической заинтересованности в несостоятельной компании, и позволяет суду санкционировать добровольное урегулирование долгов против возражений акционеров<sup>3</sup>, если только договоренность не приводит к тому, что «неоправданно ущемляет интересы»<sup>4</sup> члена компании или если произошло некоторое «существенное нарушение»<sup>5</sup> в отношении собрания акционеров<sup>6</sup>. Не существует прецедента, указывающего, что любое нарушение акционера в несостоятельной компании представляет собой несправедливое обращение. В целом английское законодательство предоставляет акционерам несостоятельных компаний определенную роль в этом процессе, позволяя им голосовать, но в конечном счете не дает защиты несогласным акционерам. Как таковое оно мало отличается от подхода США/Германии.

610. Соответствует ли такой строгий режим без какой-либо существенной защиты от какого-либо нарушения плана соблюдению

<sup>1</sup> См.: M. Crystal and R.J. Mokal, *The Valuation of Distressed Companies: A Conceptual Framework*, ICR 2006, 123, 126. Для примера спора об оценке см.: *Re Bluebrook Ltd* [2009] EWHC 2114 (Ch).

<sup>2</sup> См.: Закон о несостоятельности 1986 г., s 3 и 4A (3).

<sup>3</sup> См. там же, s 4A (2)–(6).

<sup>4</sup> См.: *Prudential Assurance v. PRG* [2007] EWHC 1002 (Ch).

<sup>5</sup> Для общего объяснения данного стандарта см. в том числе: *Re Gatnom* [2010] EWHC 3353 (Ch).

<sup>6</sup> См.: Закон о несостоятельности 1986 г., s 6 (1).

конституционных гарантий государств-членов в отношении права собственности акционеров, а также их праву создавать и управлять компанией (защищенному, например, Конституцией Германии<sup>1</sup>), являлся предметом дискуссии<sup>2</sup>. Законодатель придерживается довольно ограниченного правила, которое было одобрено Конституционным советом Франции<sup>3</sup>. С 2015 г. суд в рамках процедуры реструктуризации (по просьбе банкротного управляющего) может назначать судебного представителя для созыва собрания акционеров или передачи акций третьему лицу для реализации плана в части структуры капитала компании-должника, если

- должник (или корпоративная группа, к которой принадлежит должник) имеет более 150 сотрудников;
- потеря компании как должника может привести к серьезным потрясениям для экономики и местного рынка занятости и
- если реструктуризация структуры капитала должника, предложенная планом, является единственным решением, позволяющим избежать таких провалов, и позволит продолжить деятельность даже после изучения возможности полной или частичной продажи должника<sup>4</sup>.

611. Пострадавшие акционеры получают компенсацию от бенефициаров перевода бизнеса, если стоимость акций будет определена независимым экспертом, назначенным судом. Очевидно, что французский подход значительно отличается от модели США и Германии, ограничивая принудительные меры в отношении акционеров включенными отсылками к исключительным обстоятельствам.

### 8.2.3. Содержание плана

612. Из сферы действия плана также следует, что план может содержать только меры, затрагивающие участвующие стороны. Как правило, план может предусматривать любое регулирование требований кредиторов (например, приостановление платежа или списание, а также обмен долга на акции) и способ управления имуществом (бизнесом) должника для достижения целей плана. Во многих юрисдикциях также

<sup>1</sup> См.: Основной закон Германии (Grundgesetz). Ст. 9 (1).

<sup>2</sup> По немецкому праву см. в том числе: Stephan Madaus, Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter, in ZGR 2011, 749.

<sup>3</sup> Конституционный совет, Решение № 2015-715 DC, 05.08.2015, § 145.

<sup>4</sup> См.: Торговый кодекс. Ст. L. 631-19-2, представленный 06.08.2015. Для детального анализа см.: C. Ottaway and F. Seroka, The Impact of the «Macron» Law on French Insolvency Procedure, 13 Int. Corp. Res. 2006. P. 48.

допускается изменение обеспечительных прав (см. выше 8.2.1). В Германии и Англии план может также предусматривать любое изменение прав акционеров, допустимое в соответствии с законодательством Германии или Англии о компаниях<sup>1</sup>. Любое нарушение прав третьих сторон потребует их фактического согласия во всех юрисдикциях. В Германии план (ликвидации) может, в принципе, также устанавливать новые правила для определенных аспектов оставшегося производства по делу о несостоятельности; тем не менее ряд процедурных правил и гарантий несостоятельности все еще недоступен для сторонников плана (правила «доказательство плана»)<sup>2</sup>.

613. В дополнение к этим ограничениям национальное законодательство о несостоятельности может предусматривать дополнительные ограничения. Как правило, план должен относиться к кредиторам с равными правами равным образом, это означает, что все кредиторы в классе должны пользоваться одинаковым режимом в соответствии с планом<sup>3</sup>. В Австрии план должен предоставлять необеспеченным кредиторам не менее 20% или 30% их требований; Шведское законодательство требует, чтобы план выплачивал 25% поровну всем необеспеченным кредиторам в течение одного года<sup>4</sup>. В других юрисдикциях (например, в Германии) план должен предлагать сторонам как минимум столько же, сколько они должны были получить при альтернативной ликвидации имущества (критерий «неухудшение положения кредитора» или тест «наилучший интерес»), если только каждая сторона, получающая меньше, фактически не принимает план (см. 8.4 для стандартов подтверждения).

---

<sup>1</sup> См.: Германское положение о несостоятельности. С. 225а (3). Формулирование данного нового положения до сих пор является предметом обсуждений. См.: Horst Eidenmüller, *Der Insolvenzplan als gesellschaftsrechtliches Universalwerkzeug*, NJW 2014, 17, а также Stephan Madaus, *Möglichkeiten und Grenzen von Insolvenzplanregelungen*, in ZIP 2016. S. 1141, 1142.

<sup>2</sup> См.: BGH ZIP 2009, 480, 482, Rn. 25, подтверждено в BGH ZIP 2010, 1039, 1040; см. также: Stephan Madaus, *Op.cit.* P. 1144.

<sup>3</sup> См., например: Германское положение о несостоятельности. С. 226 (1). В юрисдикциях без классификации требований принцип *par conditio creditorum* обычно требует равного отношения ко всем необеспеченным кредиторам. См., например, Австрия. Только бельгийский закон, по-видимому, следует менее строгой линии. См.: Закон о несостоятельности Бельгии. Ст. 49 и 49/1, а также практические трудности, о которых сообщается в Национальном докладе Бельгии.

<sup>4</sup> Аналогичное положение греческого закона (Кодекс о банкротстве. Ст. 100), согласно которому план реорганизации должен обеспечивать оплату не менее 20% в течение одного года, но правило было отменено в 2015 г.

614. Законодательство о несостоятельности часто также содержит подробные требования в отношении структуры плана, особенно в отношении способа предоставления всей информации, необходимой для голосования, для обеспечения обоснованного решения всех сторон<sup>1</sup>.

615. Наконец, отклонение от установленных законом правил, предусмотренных в плане, может быть запрещено другим обязательным местным законодательством. Такие «проверки плана» могут быть найдены, когда закон предусматривает обязательные минимальные стандарты или гарантии, такие как процессуальные права (справедливое судебное разбирательство, право быть услышанным) или социальное обеспечение.

616. В частности, нормы трудового права часто считаются обязательными, что также подразумевает, что они являются проверкой плана. Как следствие, план реструктуризации не может, например, предусматривать, что совет работников может быть лишен его права консультировать в соответствии с трудовым законодательством, хотя они будут проинформированы. Однако план может не потребоваться для того, чтобы избежать создания препятствий, мешающих положениям трудового права при реструктуризации, поскольку ряд положений законодательства о несостоятельности может допускать отклонение от иного обязательного трудового законодательства (см. гл. 5) в любом случае. Например, коллективные договоры, заключенные только между должником и его работниками, могут быть расторгнуты администратором в соответствии с законодательством о несостоятельности<sup>2</sup>. Однако, если применяются коллективные договоры, регулирующие условия труда для всей отрасли или торгового сектора (в том числе заработная плата, социальное обеспечение, отдых, условия труда)<sup>3</sup>, ни местный администратор, ни стороны плана реструктуризации обычно не имеют права пересматривать эти условия. Изменение условий коллективного договора (как правило, включая уменьшение заработной платы, увеличение рабочего

---

<sup>1</sup> Эти требования могут включать описание стратегии развития бизнеса и плана, а также подробную информацию о недвижимости и кредиторах. См., например: Закон о несостоятельности Бельгии. Ст. 47–52; Немецкое положение о несостоятельности, s 219–230. Они отражают международные стандарты. См.: Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 144; см. также: Рекомендацию Комиссии (2014), п. 15.

<sup>2</sup> См. в том числе: Германское положение о несостоятельности, § 120.

<sup>3</sup> Подобный тип соглашений распространен в том числе в Германии.

времени, сокращение отпуска, урезание пенсионных условий) потребует заключения нового соглашения в соответствии с трудовым законодательством (обговариваемого и заключаемого представителями или профсоюзами работников и должником) при условии, что применимые отраслевые коллективные договоры допускают такие отклонения от их минимальных стандартов.

### 8.3. Предложение и согласование плана

#### 8.3.1. Право на представление плана

617. Право предложить план обычно предоставляется должнику. В тех случаях, когда план реструктуризации является единственной целью либо конкретного (предбанкротного или официального) процесса реструктуризации, либо варианта плана в рамках консолидированного производства по делу о несостоятельности, должник обычно владеет этим правом исключительно<sup>1</sup> или в течение исключительного периода времени<sup>2</sup>. Только новый французский закон допускает конкурирующий план члена комитета кредиторов в *Procédure de Sauvegarde* и уполномочивает суд решать, какой план подтвердить. Специфика этого процесса заключается в том, что процедура реструктуризации основывается на предположении о сотрудничестве между должником и управляющим, что приводит к исключительному праву управляющего предлагать план спасения.

618. В отличие от этого, когда предложение плана является в консолидированном производстве по делу о несостоятельности возможностью не только избежать, но и улучшить ликвидацию, право предлагать план не всегда может быть оставлено за должником. Идея инициирования конкурса на лучшее распределение активов должника приводит к предоставлению права на предложение для управляющего<sup>3</sup> (Германия<sup>4</sup>,

---

<sup>1</sup> См. Австрия, Бельгия, Испания, Венгрия, Латвия, Нидерланды, Польша, Англия и Уэльс.

<sup>2</sup> См. греческую процедуру реструктуризации при банкротстве, где период эксклюзивности заканчивается через три месяца и продлевается на дополнительный месяц. См. также: Кодекс США о банкротстве, 1121 (минимум 180 дней).

<sup>3</sup> См. также: Принципы Европейского законодательства о несостоятельности (2003), § 11.2: «План реструктуризации может быть представлен должником либо управляющим».

<sup>4</sup> См.: Положение о несостоятельности, s 218.

Швеция) и для всех кредиторов (Испания<sup>1</sup>, Италия<sup>2</sup>, Греция<sup>3</sup>, см. также Кодекс США о банкротстве).

619. В юрисдикциях, в которых допускается более одного предложения плана, возникает проблема конкурирующих планов. Очевидно, что в конечном счете только один план может реально определять будущее бизнеса должника. Правила о том, как определить предпочтительный план, существенно различаются, если такие правила вообще существуют<sup>4</sup>. Французское законодательство только предписывает равное процедурное отношение к обоим планам. Напротив, испанский Закон<sup>5</sup> предусматривает преференциальный режим плана должника, который будет обсуждаться и выноситься на голосование первым. Только в случае если план должника не принят или не подтвержден, конкурирующий план кредитора становится актуальным. В соответствии с законодательством США все конкурирующие планы ставятся на голосование в равной степени, и, если было принято более одного плана, суд может подтвердить только один из них. При принятии решения суд «учитывает предпочтения кредиторов и держателей корпоративных ценных бумаг»<sup>6</sup>.

### 8.3.2. Переговоры о предлагаемом плане

620. Инициатор плана отвечает за организацию достаточной поддержки со стороны кредиторов для его предложения. Переговоры с ключевыми заинтересованными сторонами обычно начинаются до того, как план официально направлен, что приводит к внесудебному элементу переговоров по плану, который включает в себя только критически заинтересованных сторон, обычно крупных кредиторов,

---

<sup>1</sup> См.: Кодекс о несостоятельности. Ст. 113 (1), предусматривающая право представить план спасения для кредиторов, представляющих не менее 20% от общего объема обязательств.

<sup>2</sup> Закон № 83/2015 от 27.07.2015 предоставил право кредиторам, представляющим не менее 10% кредиторов, подавать конкурирующий план, если план, представленный должником, не обеспечивает выплату не менее 40% необеспеченным кредиторам.

<sup>3</sup> Согласно греческому Кодексу о банкротстве кредиторы, представляющие 60% всех требований (в том числе 40% обеспеченных кредиторов) к должнику, имеют право подать соглашение о взыскании или план реорганизации.

<sup>4</sup> Немецкое законодательство, например, допускает конкурирующие планы, но не описывает, как поступать с возникающей конкуренцией.

<sup>5</sup> См.: Кодекс о несостоятельности. Ст. 121 (2).

<sup>6</sup> Кодекс о банкротстве США, s 1129(c).

ключевых поставщиков и представителей работников<sup>1</sup>. Такие подготовительные переговоры часто носят конфиденциальный характер. Если удается получить достаточную поддержку для конкретного плана, подается официальное предложение плана.

621. Поскольку план обычно требует вовлечения сторон путем проведения голосования, слушание о принятии или голосовании обычно назначается судом в рамках официальных процедур несостоятельности, а также в рамках коллективного предбанкротного производства (см., например, План урегулирования или *Procédure de Sauvegarde*). Здесь все стороны, имеющие право голоса (см. 8.4 для более подробной информации), должны быть уведомлены<sup>2</sup> и приглашены индивидуально на собрание, обычно предоставляется и копия предложенного плана. В дополнение к индивидуальному уведомлению голосование обычно объявляется публично в газетах, юридических бюллетенях или в Интернете. Здесь предложение плана либо предоставляется напрямую (онлайн<sup>3</sup>), обычно в кратком изложении (Австрия, Германия<sup>4</sup>), либо публикация ссылается на суд, где план доступен в офисе специального служащего (Бельгия, Германия). Нет формального требования о «заявлении о раскрытии» как в США, которое должно составляться вместе с планом<sup>5</sup>.

622. Часто судебное слушание по предложению плана предоставляет единственную возможность официально возразить против положений плана и предложить их изменение до того, как план будет поставлен на голосование<sup>6</sup> (см., например, Германия<sup>7</sup>). На практике, однако, предлагаемое решение по плану часто уже обсуждалось заранее с ключевыми заинтересованными сторонами и получило необходимую поддержку, а это значит, что для мелких заинтересованных сторон на собрании остается немного возможностей для переговоров. Кроме того, эти заинтересованные стороны имеют лишь очень огра-

---

<sup>1</sup> Более подробную информацию о правах работников при реструктуризации см. в гл. 5.

<sup>2</sup> Только в Венгрии право быть уведомленным распространяется на кредиторов, не имеющих права голоса по плану реорганизации.

<sup>3</sup> Государства-члены разработали онлайн-реестры или базы данных по делам о несостоятельности; см., например, австрийская база данных о несостоятельности.

<sup>4</sup> Обязательно только для публично торгуемых компаний; см.: Кодекс о несостоятельности, s 235(3)4.

<sup>5</sup> См.: Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендации 142, 143.

<sup>6</sup> Такой уровень участия также указан в Рекомендации Комиссии (2014), пар. 24.

<sup>7</sup> См.: Положение о несостоятельности, s 235, 240.

ниченный период для фактического изучения плана, поскольку они информируются только с приглашением к голосованию<sup>1</sup>. В результате у миноритариев могут быть лишь ограниченные ожидания по фактическому возобновлению существенных переговоров и существенному изменению предлагаемого плана.

623. В неколлективных процедурах, предшествующих несостоятельности, план затрагивает только конкретную группу заинтересованных сторон и, следовательно, требует только переговоров и голосования среди этой группы. Как следствие, все эти участники уведомляются и участвуют в переговорах до голосования. Если требуется подтверждение плана, информация о начале соответствующего судебного разбирательства может размещаться публично (см. также 1.1.2.d)).

#### **8.4. Права голоса и порядок голосования**

624. Во всех юрисдикциях (за исключением дел о МСП во Франции) план реструктуризации может повлиять на права сторон только после того, как он будет принят установленным большинством. Фактическое одобрение кредиторов имеет важное значение. Чтобы определить реальное мнение кредиторов о предлагаемом плане, они обычно голосуют по нему. Распределение прав голоса и исключение отдельных групп заинтересованных сторон из голосования формируют весь процесс планирования.

##### **8.4.1. Права голоса и споры о правах голоса**

625. Как правило, все стороны, непосредственно затронутые (связанные) планом, получают право голоса по нему. Если требование кредитора не затрагивается планом, оно не дает права голоса<sup>2</sup>. В зависимости от юридического наполнения плана в юрисдикции (см. 8.2 выше) право голоса может быть в основном ограничено необеспеченными кредиторами (см. Австрия), некоторыми классами кредиторов (см., например, Бельгия) или даже распространяться на все классы

---

<sup>1</sup> См., например, бельгийский закон (ст. 45 ВСА), который гарантирует только депонирование плана в офисе клерка как минимум за 20 дней до слушания. В английском CVA закон предусматривает только 14-дневное уведомление. См.: Правила несостоятельности 1986 г., Правило 1.9. Венгерское законодательство предусматривает уведомление только за пять дней. См.: Кодекс о несостоятельности, s 17 § (3).

<sup>2</sup> Данный принцип отражает международный стандарт. См.: Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 147.

кредиторов и акционеров, если план фактически ухудшает их правовое положение (см., например, Германия, Англия и Уэльс, также гл. 11 Кодекса США<sup>1</sup>).

626. Индивидуальное право голоса зависит от статуса лица, являющегося кредитором или акционером. Имеет ли лицо требование к должнику до суммы определенной величины или же лицо владеет капиталом в компании-должнике — это факты, которые в случае возникновения спора не могут быть окончательно заявлены в короткие сроки при рассмотрении дела по плану. Поэтому в большинстве право-порядков разработаны правила, позволяющие суду предварительно определять спорные права голоса. Обычно только кредиторы, активно участвующие в разбирательстве, получают право голоса. Кредиторы должны подать свои требования (в течение определенного периода или до дня голосования). В этом случае неоспоримые необусловленные требования предоставляют право голоса соответственно.

627. В случае оспариваемого или условного требования именно надзирающий суд<sup>2</sup> обычно определяет право голоса после проверки претензии *prima facie* (см. Австрия, Бельгия, Германия<sup>3</sup>, Франция, Италия, Латвия, Польша). Такой спор о правах голоса может задержать голосование по плану в некоторых юрисдикциях (например, в Германии), чего можно избежать, когда закон разрешает голосовать любому кредитору, подавшему заявку, откладывая любое решение суда о правах голоса до слушания по подтверждению. Здесь спор будет пересмотрен только в том случае, если оспариваемые голоса необходимы для принятия плана (см., например, Австрия, Англия и Уэльс, Греция, Польша)<sup>4</sup>.

628. В отличие от указанного процедурные форматы, предшествующие несостоятельности, особенно те, которые допускают внесудебное голосование (и некоторые формальные процедуры несостоятельно-

---

<sup>1</sup> См.: Кодекс о банкротстве США, § 1126.

<sup>2</sup> В Нидерландах администратор определяет право голоса. В английской процедуре добровольного урегулирования долгов председатель принимает решение об обжаловании в суде. См.: Правила несостоятельности, Правило 1.17A(3).

<sup>3</sup> По немецкому законодательству суд принимает решение о праве голоса только в том случае, если кредитор не может договориться об этом с администратором во время собрания кредиторов. См.: Положение о несостоятельности, § 237, 77 (2).

<sup>4</sup> В правопорядке Венгрии оспариваемые требования не дают права голоса до тех пор, пока не будет подтверждено оспариваемое право требования в соответствии с гражданским законодательством, инициируются судебные споры с участием должников, а также управляющих в деле о несостоятельности, оспариваются требования, если ожидается, что кредиторы выступят против плана. Подобные правила должны быть изменены.

сти, например, в Бельгии), поручают должнику представить список кредиторов и акционеров, с которыми необходимо связаться для голосования, и кто может оспаривать соблюдение правил в процессе голосования в суде (см., например, Англия и Уэльс).

629. В юрисдикциях с несколькими классами требований предусматривается только право голоса в пределах класса, к которому оно относится. Таким образом, голос обеспеченного кредитора может учитываться не только со значением обеспеченного права в классе обеспеченного требования, но также и со значением (вероятного) требования о недостатках товара в классе необеспеченных требований<sup>1</sup>.

630. Принципиально иная схема голосования существует во Франции. Во французской процедуре реструктуризации (*Procédure de Sauvegarde*, а также *Redressement Judiciaire*) голосование кредиторов по плану обязательно только для крупных дел<sup>2</sup>. Даже здесь только кредиторы, составляющие «комитет финансовых кредиторов», «комитет основных торговых кредиторов» или, если таковой существует, «комитет держателей облигаций» могут проголосовать за план спасения. Другие кредиторы не имеют права голоса (и не обязаны). Поскольку такая обязательная классификация «один размер подходит всем» (*one size fits all*) не отражает различий в ранжировании или правовом статусе затрагиваемых требований, на присвоение различного веса голосов была возложена задача отразить такие различия после реформы законодательства в 2014 г. Теперь стало возможно придать субординированным облигациям меньший вес, чем, например, обычным облигациям. Однако переход подходов к ранжированию при уступке прав голоса может привести к спорам между сторонами, которые потенциально могут значительно задержать разбирательство во Франции<sup>3</sup>.

#### 8.4.2. Какие режимы голосования допустимы?

631. Голоса в официальных процедурах несостоятельности обычно подаются на собрании кредиторов, созываемом и управляемом судом. Каждый участник, имеющий право голоса, должен присутствовать или быть представленным по доверенности. Режимы дистанционного голосования (например, по почте, электронной почте или в режиме онлайн)

<sup>1</sup> См. в том числе: Германское положение о несостоятельности. Ст. 237 (1).

<sup>2</sup> См.: Торговый кодекс. Ст. L. 626-29.

<sup>3</sup> См.: Ernst Degenhardt, Die Reform des französischen Insolvenzrechts vom 12.3.2014, in NZI 2014, 433, 436.

пока не разрешены многими законами о несостоятельности, охватываемыми нашим Отчетом<sup>1</sup>, но со всей очевидностью можно сказать, что они уже допустимы во французских и польских процедурах;<sup>2</sup> в некоторых юрисдикциях разрешено подавать голоса в письменном виде<sup>3</sup> вместо проведения собрания, которое может быть проведено путем рассылки бюллетеней или доверенностей с просьбой вернуть результаты их голосования в течение определенного периода времени<sup>4</sup> или передаваемого списка кредиторов, который каждый кредитор должен подписать<sup>5</sup>.

#### **8.4.3. Запрещено ли голосовать новым кредиторам в связи с требованиями из коммерческих контрактов?**

632. Начало производства по делу о несостоятельности не запрещает кредиторам продавать свои требования третьим сторонам, и существует жизненно важный рынок для проблемной задолженности, особенно в крупных делах. При продаже своего требования кредитор передает все права, связанные с требованиями, включая право голоса, вытекающие из них. Постоянная смена кредиторов стала существенным препятствием на пути переговоров о планах реструктуризации, поскольку новые кредиторы часто покупают проблемные долги в соответствии с определенной стратегией. Некоторые могут пожелать взять себе компанию-должника путем обмена долга на акции в плане реструктуризации. Другие могут ожидать краткосрочной прибыли от распределения, которое значительно превышает цену, которую они заплатили, и попытаться наложить вето на предлагаемый план, чтобы добиться быстрой ликвидации или высокого распределения в соответствии с планом.

633. Хотя отдельные свидетельства говорят о том, что торговля требованиями довольно распространена в крупных делах, тем не менее лишь в некоторых правовых системах, о которых говорится в Докладе, уже разработаны конкретные нормы, направленные на устранение негативных аспектов торговли безнадежной задолженностью, и они делают это весьма разнообразным образом. Так, австрийское и поль-

---

<sup>1</sup> Например, они не разрешены в Австрии, Бельгии, Венгрии, Нидерландах и Швеции.

<sup>2</sup> Это отражает стандарт, установленный в Рекомендации Комиссии (2014), п. 19.

<sup>3</sup> См. Германия, Италия, Латвия или Испания.

<sup>4</sup> См., например, практику английских форм договоренностей, как сообщается нашими национальными исследователями.

<sup>5</sup> Наши греческие национальные исследователи сообщили, что такая практика распространена при заключении греческих соглашений о восстановлении.

ское законодательства не запрещают торговлю требованиями, но не позволяет любому покупателю требования после открытия производства голосовать по плану. Испанское законодательство ограничивает такой запрет покупателем после открытия производства, который имеет особые отношения с должником (инсайдером). Итальянское законодательство может исключать участие кредиторов в голосовании, которые получили требование в течение последнего года до подачи заявления<sup>1</sup>. Латвийское законодательство запрещает новым кредиторам голосовать, если они получили требование в течение двух лет до голосования. Однако во многих правовых системах приобретатель требования принимает на себя все права, связанные с этим требованием, включая право голоса (см. Бельгия, Германия<sup>2</sup>, Франция, Венгрия, Нидерланды или Англия и Уэльс). Только в случае внесудебного урегулирования в соглашение обычно включается условие о запрете на продажу требований, если только приобретатель не согласен с условиями такого соглашения<sup>3</sup>.

### 8.5. Подтверждение и преодоление голосов против (*cramdown*)

634. План реструктуризации обычно требует подтверждения или санкции суда до вступления в силу<sup>4</sup>. Только добровольное урегулирование компании в соответствии с английским законодательством может быть реализовано без подтверждения, если кредитор не обращается в суд. При подтверждении плана суд проверяет следующее:

- план был принят в соответствии с применимыми правилами;
- содержание плана соответствует всем требованиям законодательства; и
- план является справедливым и беспристрастным по отношению к несогласным кредиторам.

<sup>1</sup> Это исключение применяется только к требованиям, приобретенным у некоторых кредиторов таких, как родственники или члены одной и той же корпоративной группы.

<sup>2</sup> Вместе с тем на уровне судебной практики Германии запрещается предложение о покупке некоторым, но не всем кредиторам, которые платят за требования больше, чем предлагаемый план. Такой неравный режим кредиторов делает недействительным не только план, но и сделку по продаже требования. См.: BGH NZI 2005. P. 325.

<sup>3</sup> Наши национальные исследователи сообщили о том, что они встречаются с английским подходом организации работы.

<sup>4</sup> Требование подтверждения, в частности, для планов, не основанных на соглашениях, отражает международные стандарты. См.: Рекомендации Руководства ЮНСИТРАЛ (2004) 151, 152. См. также: Рекомендацию Комиссии (2014), п. 6 (d), 18, 21 и декларативную часть 19.

### 8.5.1. Принятие плана

635. Исторически сложилось, что план был продуктом автономии сторон. Кредиторы (с оговоренным большинством голосов) и должник согласились принять конкретное исполнение должником своего непогашенного долга для завершения производства по делу о несостоятельности<sup>1</sup>. Исходя из этого, неудивительно, что в большинстве современных законов о несостоятельности требуется план при поддержке оговоренного большинства кредиторов, если это должно быть подтверждено судом<sup>2</sup>. Обычно поддержку кредиторов демонстрирует сам процесс голосования (см. 8.4). Только французское законодательство допускает подтверждение плана без какой-либо явной поддержки со стороны кредитора, если бизнес должника слишком мал для достижения определенных порогов<sup>3</sup>.

636. Как правило, должник также обязан поддержать план, либо предлагая план (относительно зачастую исключительного права предлагать план см. 8.1.3), либо принимая план, представленный кредитором или администратором (например, Германия).

637. Там, где кредиторы (и акционеры) могут голосовать, план не должен подтверждаться каждым голосом. Вместо этого обычно достаточно принятия оговоренного большинства в оговоренном избирательном органе. Отклонение от полного консенсуса имеет давнюю традицию и вытекает из того факта, что почти невозможно договориться о соглашении, с которым все согласны, в большой группе людей с разными целями и интересами. В то же время фактическая поддержка большинства заинтересованных сторон со схожими правовыми и экономическими интересами свидетельствует о том, что

---

<sup>1</sup> Римское право уже разрешало план в случае несостоятельности. См.: Dig. 2.14.7–10. Кодекс Юстиниана разрешал *cessio bonorum*; см. С. 7.71.1. Планы были представлены в средневековых банкротствах многих торговых городов в Италии, Голландии, Германии и Испании. См.: Josef Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts* (1891), с. 446 et seq. Такие планы могли вызывать только разочарование, поскольку такое правило было введено в Англии в 1705 г. См.: Charles Jordan Tabb, *The History of Bankruptcy Laws in the United States*, *Bankr. Inst. L. Rev.* 1995. С. 10.

<sup>2</sup> Традиционное требование к голосованию также соответствует международным стандартам. См.: Принципы Всемирного банка (2016). С14.5; Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 150; Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), § 11.3. Это также является частью Рекомендации Комиссии (2014), п. 18.

<sup>3</sup> См.: Торговый кодекс. Ст. L. 626-29. См. Также: Alexandra Kastrinou, *Comparative Analysis of the Informal Pre-Insolvency Procedures of the UK and France*, 25 *Int. Insol. Rev.* 2016. P. 99, 108.

предлагаемое решение не является несправедливой дискриминацией в отношении несогласного меньшинства. Немедленное рассмотрение в суде обеспечивает дополнительную защиту. Следуя этой точке зрения, юрисдикции в нашем Отчете требуют фактической поддержки большинства голосующих кредиторов – часто при условии предоставления определенного кворума с порогом, установленным между простым большинством ( $> 50\%$ ), с ростом до  $60\%$ , или  $66\%$ , до  $75\%$  от размера голосующих прав требований (табл. 9). Если акционеры компании-должника имеют право голоса (например, Германия или Англия и Уэльс; см. 8.2.2), такой же порог применяется для их класса.

Государство-член	Процедура	Орган голосования	Кворум от всех голосов	Требуемое большинство
AT	URG процедура	Каждая заинтересованная сторона	100%	100%
	Процедура реструктуризации	Собрание кредиторов с необеспеченными требованиями	1 голос	$> 50\%$ от размера требований голосующих кредиторов
BE	Судебная реструктуризация	Собрание кредиторов	1 голос	$> 50\%$ размера голосующих требований кредиторов и $> 50\%$ размера всех требований
DE	Процедура плана банкротства	Классы кредиторов	1 голос	(в каждом классе) $> 50\%$ размера голосующих требований кредиторов и по количеству голосующих кредиторов
		Класс акционеров (участников)	Нет	$> 50\%$ размера голосующих акций (долей) акционеров (участников)

	Реструктуризация облигационных обязательств	Собрание держателей облигаций	50% всех облигаций	75–100% размера голосующих облигаций
EL	Процедура восстановления	Кредиторы, включенные в реестр и представленные компанией	Нет	> 60% размера голосующих требований кредиторов и > 40% размера обеспеченных требований голосующих кредиторов
	Процедура реорганизации в банкротстве	Собрание кредиторов	Нет	> 60% размера голосующих требований кредиторов и > 40% размера обеспеченных требований голосующих кредиторов
ES	Судебное санирование	Финансовые кредиторы	> 50%	> 50% размера всего финансового долга
	Процедура реорганизации в банкротстве ( <i>convenio</i> )	Собрание кредиторов	> 50% всех обычных или привилегированных требований	а) > 65% размера обычных голосующих требований кредиторов и > 75% размера голосующих привилегированных требований кредиторов в каждом классе б) > 50% размера обычных голосующих требований кредиторов и

				> 60% размера голосующих привилегированных требований кредиторов в каждом классе с) размер обычных требований кредиторов, голосующих за план, превышает количество голосов против плана
FR	<i>Procédure de Sauvegarde, Redressement Judiciaire</i>	Комитет основных коммерческих кредиторов, финансовых кредиторов и держателей облигаций	Нет	В каждом комитете > 66% размера голосующих требований кредиторов
HU	Процедура реорганизации	Собрание кредиторов	Нет	> 50% размера голосующих требований кредиторов как в классе с обеспеченными требованиями, так и необеспеченными
	Ликвидационная процедура	Собрание кредиторов	Нет	(в каждом классе) > 50% размера голосующих требований кредиторов и > 66% размера всех реестровых требований
IT	<i>Accordi di Ristrutturazione</i>	Пострадавшие кредиторы	> 60% требований пострадавших кредиторов	> 60% требований пострадавших кредиторов

	<i>Concordato и (c. preventivo)</i>	Собрание всех кредиторов или классов кредиторов	—	> 50% всех требований, имеющих право участвовать в голосовании (во всех классах)
LV	(Внесудебная или стандартная) процедура юридической защиты	Классы необеспеченных и обеспеченных кредиторов	—	> 50% размера всех необеспеченных требований > 66% размера всех обеспеченных требований
NL	Сочетание приостановки платежей и банкротства	Собрание кредиторов	—	> 50% размера голосующих требований кредиторов или > 75% количества всех голосующих кредиторов
PL	Процедура подтверждения урегулирования	Пострадавшие кредиторы	> 66% размера всех требований пострадавших кредиторов	> 66% размера всех требований пострадавших кредиторов
	Процедура урегулирования и банкротная процедура	Собрание всех кредиторов или классов кредиторов	—	> 66% размера голосующих требований кредиторов (в каждом классе)
SE	Реструктуризация компании	Собрание необеспеченных кредиторов	—	> 60% или > 75% количества кредиторов или размера всех требований
UK	План урегулирования	Собрание кредиторов и акционеров (участников)	Репрезентативное число	(в каждом классе) > 75% размера голосующих требований кредиторов

	Добровольное урегулирование долгов	Собрание кредиторов и акционеров (участников)	1 голос	> 75% размера голосующих требований кредиторов и > 50% голосующих акций (долей)
--	------------------------------------	---	---------	---

Таблица 9. Предбанкротные процедуры  
(тип, участие суда, доступные инструменты)

### 8.5.2. Содержание, реализуемость и цель плана

638. Юридическое содержание плана обсуждалось выше (см. 8.2). Суд должен проверить все юридические, материальные и процедурные требования, включая, например, надлежащую классификацию и голосование, равное отношение к кредиторам, обязательное минимальное распределение согласно плану, обязательное раскрытие или ограничения в объеме такого раскрытия.

639. Некоторые также просят суд пересмотреть следующие условия:

- параметры реализуемости принятого плана<sup>1</sup>, или
- в случае физического лица, правовое поведение должника (полное сотрудничество, отсутствие судимости и т.д.)<sup>2</sup>, или
- был ли план представлен добросовестно (например, не только для отсрочки разбирательства, без мошенничества, без инсайдерских сделок)<sup>3</sup>, или
- не наносит ли его содержание ущерб общим интересам кредиторов<sup>4</sup> или государственной политике<sup>5</sup>.

640. Что касается сроков, ряд правопорядков (например, Германия) разрешают суду уже пересмотреть содержание плана до голосования, чтобы сэкономить расходы на собрание, если план не может быть

<sup>1</sup> См. Австрия, Франция, Греция, Италия (только в том случае, если квалифицированный кредитор или процент кредиторов оспаривают предложение *concordato preventivo*), Нидерланды или Польша.

<sup>2</sup> См. Австрия или Польша.

<sup>3</sup> См. Австрия, Греция, Венгрия, Нидерланды или Швеция. См. также: Кодекс о банкротстве США, s 1129(a)(3).

<sup>4</sup> См. Австрия, Франция, Греция, Венгрия, Польша или Швеция.

<sup>5</sup> См. Бельгия. В соответствии с Кодексом о банкротства США, s 1129 (d) план не может быть подтвержден, если единственной целью плана является уклонение от уплаты налогов.

подтвержден. Другие юрисдикции (например, Австрия) создают потенциальную задержку, обуславливая любое подтверждение плана предварительной оплатой или обеспечением административных расходов или привилегированных требований (например, вознаграждение администраторов).

### 8.5.3. Справедливость и преодоление голосов против (*cramdown*)

641. Прежде чем подтвердить принятый план, суд должен не только проверить содержание плана и процесс голосования, с тем чтобы юридически обязать несогласных кредиторов (и акционеров), судья должен предписать им принять план. В то время как большинство голосовало, чтобы принять план, обязательная сила плана может быть оправдана их фактической волей, любому несогласному кредитору вменяется обязанность, только если суд предпишет ему сделать это. С точки зрения доктрины подтверждающее постановление суда устанавливает и приводит в исполнение обязательство заключить договор в соответствии с применимым (пред)банкротным законом<sup>1</sup>. Для того чтобы сделать это, судьи должны не только признать, что план является законным и все голоса были поданы в соответствии с законом, он также должен убедиться, что в отсутствие плана, который все фактически согласовали, ни один несогласный кредитор (или акционер) не подвергается дискриминации этим планом. Это вопрос защиты прав меньшинства, и обычно за этим следует обсуждение справедливости или «справедливого и равноправного» обращения. Здесь следует различать два уровня защиты.

*Справедливое отношение к каждому несогласному кредитору (или акционеру)*

642. Каждый отдельный несогласный кредитор или акционер может обычно возражать против плана, утверждая, что план будет влиять на их требования или права несправедливым образом. Поскольку общую концепцию справедливости или справедливого обращения очень трудно определить<sup>2</sup>, во всех юрисдикциях разработаны специ-

---

<sup>1</sup> См.: Stephan Madaus, *Der Insolvenzplan* (Tübingen 2011) 261 и далее, также с. 327 и далее.

<sup>2</sup> См.: Sarah Paterson, *Debt Restructuring and Notions of Fairness*, *Modern Law Review*. 2017. См. также: *Re TDG plc* [2009] 1 BCLC 445; *Re Telewest Communications Ltd.* (No. 2) [2004] EWHC 1466, утверждающий, что схема справедлива, если «разумный и честный

альные тесты, которые план должен пройти, обычно это комбинация порога, связанного с содержанием и должником (см. выше 8.5.2), и тест на справедливость.

643. Наиболее распространенный тест на справедливость плана каждого отдельного кредитора или акционера следует из идеи, что нет смысла отклонять план, который обеспечивал бы выплату по крайней мере той стоимости, которую несогласный кредитор (или акционер) получил бы в сценарии без плана, как правило, в случае ликвидации. Эту идею можно проследить в Законе о банкротстве США 1874 г. (s 5103 A), где считалось, что подтверждение такого плана отвечает «наилучшим интересам всех заинтересованных сторон»<sup>1</sup>. В Европе этот тест обычно называют принцип «неухудшения положения кредитора» (*no creditor worse off principle*)<sup>2</sup>. Это распространено во многих правовых системах, описанных в настоящем Отчете (см. Германия, Греция, Испания, Италия, Польша, Англия и Уэльс) и иногда применяется *ex officio* (см. Англия и Уэльс, США; также Греция), иногда только по требованию несогласного кредитора (см. Германия, Италия). В последнем случае кредитор может возражать только в том случае, если он действительно проголосовал за отклонение плана; другие кредиторы, в том числе не участвующие кредиторы, не заслушиваются<sup>3</sup>.

*Справедливое отношение к несогласным классам (преодоление несогласных классов — cramdown)*

644. Юрисдикции, которые позволяют классифицировать кредиторов (и акционеров), обычно требуют, чтобы все классы приняли план в соответствии с их правилами голосования. Таким образом, план, который не нашел поддержки большинства в одном классе, не может быть подтвержден в принципе. Результирующее право вето

---

человек, представитель соответствующего класса и действующий в соответствии со своими интересами, может ее разумно одобрить».

<sup>1</sup> См. Также: Jonathan Hicks, *Foxes Guarding the Henhouse: The Modern Best Interests of Creditors Test in Chapter 11 Reorganizations*, 5 Nev. L.J. 820, 822 et seq. (2005); Charles Jordan Tabb, *The History of Bankruptcy Laws in the United States*, Bankr. Inst. L. Rev. 10, 21 (1995).

<sup>2</sup> См. в том числе Директиву 2014/59/EU, определяющую формы восстановления и решения вопросов в отношении кредитных институтов и инвестиционных фирм (BRRD) [2014] OJ L173/190, Recitals 5, 73, 111, статьи 36 (8), 74; Hodge Malek QC and Sarah Bousfield, *Bad Banks and the «No Creditor Worse Off» Compensation Scheme*, (2016) 6 JIBFL 339. См. также: Рекомендации Комиссии (2014). Ст. 22 (с).

<sup>3</sup> См.: Германское положение о несостоятельности, s 251 (1) № 1.

на это правило единогласия может, однако, привести к нежелательным последствиям, поскольку оно позволяет старшим или обеспеченным кредиторам налагать вето на план, даже если план обеспечивает им такие платежи, которые они могли ожидать при ликвидации. Это также позволяет таким классам, как младшие кредиторы или классы акционеров, наложить вето на план, который ничего им не дает, даже если они не ожидали получить больше при ликвидации.

645. В ответ на эти недостатки юрисдикции, в которых введены классы кредиторов, позволяют суду утверждать план, игнорирующий несогласный класс, если план (1) действительно находит достаточную поддержку кредиторов (либо другими классами, либо кредиторами в целом) и (2) справедливо и беспристрастно относится к кредиторам (или акционерам) несогласного класса.

646. Критерии «фактической поддержки» трактуются по-разному в этих юрисдикциях: в Германии большинство должно фактически проголосовать за принятие плана<sup>1</sup>, а в Польше вето несогласного класса может быть проигнорировано, если план был поддержан голосами не менее двух третей всех требований голосующих кредиторов. Модель США, в которой достаточно поддержки одного класса<sup>2</sup>, еще не была принята в Европе.

647. Критерии «справедливого отношения» вновь подтверждаются конкретными тестами. В некоторых юрисдикциях, например, в Польше, снова применяется принцип «неухудшения положения кредитора» (*no creditor worse off principle*). Другие, такие как Германия<sup>3</sup> или Италия, полностью приняли модель США, дополнив этот тест вторым тестом: «правило абсолютного приоритета» (*absolute priority rule – APR*)<sup>4</sup>. Данный тест был разработан Верховным судом США<sup>5</sup> в ответ на распространенную практику процедуры (прямолинейной) реструктуризации компаний в части акционерного капитала в конце IX и начале XX в. В ходе такой процедуры активы неплатежеспособных компаний продавались с помощью судебных процедур компании-покупателю, которая обычно создавалась старшими кредиторами и прежними акционерами-

---

<sup>1</sup> См.: Германское положение о несостоятельности, s 251 (1) № 3.

<sup>2</sup> См.: Кодекс о банкротстве США, s 1129(a)(10).

<sup>3</sup> См.: Германское положение о несостоятельности, s 245 (1) № 1 и 2.

<sup>4</sup> Вариант правила абсолютного приоритета по английскому законодательству («отсутствие реальной экономической заинтересованности в компании» – *no real economic interest in the company*) см. выше 8.2.2.

<sup>5</sup> *Northern Pacific Railway Company v. Boyd*, 228 U.S. 482, 502 (1913).

ми. Таким образом, прежний капитал использовался для получения доли в реструктурированном бизнесе, в то время как необеспеченным кредиторам часто почти ничего не выплачивали<sup>1</sup>. Верховный суд в ответ утвердил ранжирование при ликвидации в банкротстве, где акционеры являются остаточными заявителями к реорганизации в акционерном капитале и признал недействительным план, согласно которому ценностная стоимость распределялась среди акционеров до удовлетворения требований всех кредиторов<sup>2</sup>. Законодательство о Новом договоре (*The New Deal legislation*) 1930-х гг. ввело это правило в Закон о банкротстве США 1938 г. (s 77B). Нынешний Кодекс о банкротстве 1978 г. содержит современную версию правила абсолютного приоритета в разд. 1129(b) (2)<sup>3</sup>. Современное правило абсолютного приоритета требует полной выплаты несогласному классу обеспеченных кредиторов при любом распределении среди более младших классов (необеспеченных или младших кредиторов, акционеров), запланированных по плану. То же самое относится и к нижним классам. В результате распределение по плану среди акционеров не может быть подтверждено против наложенного вето класса (даже младшего) кредиторов. Строгая конструкция правила абсолютного приоритета, таким образом, потребовала бы от всех классов кредиторов принятия плана, который оставляет акции только для существующих акционеров<sup>4</sup>. В последнее время ряд ученых скептически отнеслись к такой строгой концепции и попытались выработать более гибкое правило

<sup>1</sup> См.: Детальное раскрытие практики конвертации долгов в доли E. Merrick Dodd jr., *Equity Receiverships as Proceedings in rem*, 23 Ill. L. Rev. 105 (1928); Garrard Glenn, *The Basis of Federal Receivership*, 25 Colum. L. Rev. 434 (1925); Stephan J. Lubben, *Railroad Receiverships and Modern Bankruptcy Theory*, 89 Cornell L. Rev. 1420 (2004); James N. Rosenberg, *A New Scheme of Reorganization*, 17 Colum. L. Rev. 523 (1917); Jacob Trieber, *The Abuse of Receiverships*, 19 Yale L. J. 275 (1910).

<sup>2</sup> *Northern Pacific Railway Company v. Boyd*, 228 U.S. 482, 508 (1913).

<sup>3</sup> Для более подробного объяснения см. Douglas G. Baird, *Elements of Bankruptcy* (5th ed. Foundation Press 2010) 72; Elizabeth Warren, *A Theory of Absolute Priority*, 1991 Ann. Surv. Am. L. 9 (1991).

<sup>4</sup> Верховный суд США ввел идею «исключения новой стоимости» (*new value exception*) в правило абсолютного приоритета в 1930-х гг., утверждая, что распределения среди акционеров были действительны до тех пор, пока акционер не предоставил компании новую стоимость (как минимум) в том же размере. См.: *Case v. Los Angeles Lumber Co.*, 308 U.S. 106, 121 f. (1939). Хотя суд не применил это исключение для текущего закона, см. *Norwest Bank Washington v. Ahlers*, 485 U.S. 197 (1988), и *Bank of America Nat'l Trust & Say. Ass'n v. 203 LaSalle St. Partnership*, 526 U.S. 434 (1996); см. Также: Edward S. Adams, *Toward a New Conceptualization of the Absolute Priority Rule and its New Value Exception*, 1993 Det. C.L. Rev. 1445 (1993).

относительного приоритета<sup>1</sup>. Скептическое мнение о строгом правиле абсолютного приоритета можно также найти в Отчете Комиссии по реформе гл. 11<sup>2</sup>.

#### **8.5.4. Обжалования и отложенные обжалования**

648. Решение о подтверждении является постановлением суда и как таковой подпадает под действие гражданских процессуальных норм в отношении обжалований в большинстве юрисдикций<sup>3</sup>. Эти правила могут включать в себя установленные сроки или санкции для обжалования. Не подлежит обжалованию лишь подтверждение латвийского плана реорганизации, испанского соглашения о рефинансировании в процедуре судебного оздоровления и плана (в предбанкротный период) по греческому законодательству.

649. Право на обжалование постановления, подтверждающего план, обычно предоставляется любому несогласному кредитору (или акционеру), иногда также администратору (Испания, Франция), должнику (Австрия), рабочим советам (Франция), государственному прокурору (Франция) или привилегированным кредиторам, права которых не затрагиваются планом напрямую, но еще не полностью оплачены имуществом (Австрия).

650. Право на обжалование постановления об отказе в подтверждении плана обычно предоставляется должнику, а также всем сторонам плана (Германия) или по крайней мере тем, кто поддержал план (Австрия). Если юрисдикция распространяется на третьи стороны (см. Франция), они могут также подать жалобу.

651. В большинстве правопорядков подача жалобы не сохраняет силу утвержденного плана, если только такое разрешение не запрашивается и не предоставляется<sup>4</sup>. В юрисдикциях с автоматическим при-

---

<sup>1</sup> См. Douglas G Baird, 'Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy', 165 U. Penn L. Rev. 785 (2016); Anthony J. Casey, The Creditors' Bargain and Option-Preservation Priority in Chapter 11, 78 U. Chi. L. Rev. 2011, 759; Edward Janger, The Logic and Limits of Liens, U. Ill. L. Rev. 2015, 589; Stephen J. Lubben, The Overstated Absolute Priority Rule, 21 Fordham J. Corp. & Fin. L. 2016, 581.

<sup>2</sup> Комиссия АИБ по изучению реформы гл. 11 (2014). С. 213: «негибкий и часто препятствующий успешной реорганизации должника».

<sup>3</sup> Это отражает международные стандарты. См.: Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 153, а также было частью Рекомендации Комиссии (2014), § 24.

<sup>4</sup> См. Австрия, Бельгия, Испания, Франция, Италия, Польша, Англия и Уэльс. В Нидерландах план может быть реализован во время рассмотрения жалобы, но только окончательный план обязывает несогласных кредиторов.

остановлением в ожидании разрешения жалобы закон часто<sup>1</sup> предусматривает средства для быстрого преодоления автоматического срока, установленного законом, либо в короткие сроки для судебного пересмотра (Венгрия: восемь рабочих дней), либо путем предоставления освобождения на случай отмены приостановления, если интересы всех заинтересованных сторон превалируют над интересами лица, подавшего жалобу (Германия<sup>2</sup>).

## 8.6. Действие, изменение и прекращение

652. После подтверждения план становится обязательным для должника и для всех затрагиваемых (классов) кредиторов (и акционеров)<sup>3</sup>. Сюда включаются все те, кто голосовал против плана, а также те, кто не голосовал<sup>4</sup>. В большинстве юрисдикций план покрывает даже кредиторов, не получивших уведомления или еще не известных на тот момент<sup>5</sup>. Последнее имеет существенное значение, когда от плана несостоятельности требуется спасти бизнес от разрушительных последствий, связанных с возможностью массового предъявления деликтных исков (например, претензии об ответственности за качество продукции).

653. План также является обязательным для третьих сторон, если план содержит какие-либо положения, касающиеся их, и они согласились быть связанными его условиями (например, привилегированные кредиторы, защищенные планом (*plan proof preferential creditors*) или поручители в отношении плана).

---

<sup>1</sup> Только в шведском отчете не упоминалось о каких-либо средствах предотвращения ненужных задержек.

<sup>2</sup> См.: Германское положение о несостоятельности, s 253 (4).

<sup>3</sup> В соответствии с этим принципом французский план реструктуризации, принятый в *Procédure de Sauvegarde* или *Redressement Judiciaire*, является обязательным только для всех кредиторов обязательных комитетов (финансовых кредиторов, основных коммерческих кредиторов, держателей облигаций). Другие кредиторы не затрагиваются; суд может, однако, предписать, чтобы их требования были удовлетворены в течение периода до 10 лет без какого-либо предложения плана, если такое предписание считается необходимым для спасения бизнеса.

<sup>4</sup> Такое положение отражает международные стандарты. См.: Принципы Всемирного банка (2016), С14.5; Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 167; Принципы европейского законодательства о несостоятельности (2003), § 11.4. См. также: Рекомендации Комиссии (2014), п. 25, 26.

<sup>5</sup> Исключением является Венгрия, где только зарегистрированные кредиторы связаны планом, в то время как кредиторы, получившие уведомление и все же не зарегистрировавшиеся, не могут впоследствии обеспечить исполнение своих требований.

654. Кроме того, освобождение должника не распространяется на солидарных должников или поручителей<sup>1</sup>, которые остаются ответственными перед своим обеспеченным кредитором. Тем не менее выполнение плана освобождения от обязательств не позволяет этим содолжникам прибегнуть к взысканию с должника (см. Австрия или Германия, но также см. Италия для другого подхода<sup>2</sup>).

655. Меры, описанные в плане, в частности в плане распределения и изменения структуры капитала компании, должны быть выполнены должником. Немецкое законодательство также позволяет предусмотреть в плане полномочие администратора действовать от имени должника<sup>3</sup>. На вопрос о том, следует ли контролировать исполнение должника по плану и каким образом, в Европе отвечают совершенно по-разному. В некоторых юрисдикциях надзор за должником является необязательным<sup>4</sup>, в зависимости от конкретного положения в самом плане (см., например, Германия) или по запросу должника (Испания). В других случаях надзор является обязательным в течение определенного периода после принятия плана, это означает, что некоторые (часто суд<sup>5</sup> или только банкротный управляющий<sup>6</sup>) или даже все должностные лица, включая суд, остаются ответственными (Италия<sup>7</sup>, Франция<sup>8</sup>, также Румыния<sup>9</sup>).

656. Если должник не может осуществить все меры плана или распределить все в соответствии с утвержденным планом, только несколь-

---

<sup>1</sup> В Германии подобных участников отношений с возникновением обеспечительных прав следует отличать от партнеров с солидарной ответственностью в партнерстве. Здесь план освобождения партнерства также освобождает партнеров от их личной ответственности.

<sup>2</sup> В Италии сторонним должникам и поручителям, которые выплатили кредитору после начала судебного разбирательства, разрешается прибегать к взысканию с должника только после полной оплаты обеспеченного требования.

<sup>3</sup> См.: Германское положение о несостоятельности, с 221.

<sup>4</sup> Такой надзор отражает международные стандарты. См.: Принципы Всемирного банка (2016), С14.4; Руководство ЮНСИТРАЛ (2004), Рекомендация 157.

<sup>5</sup> В Бельгии суд может принять решение о надзоре за должником *ex officio* или по запросу кредитора. В Португалии у суда есть возможность ежегодно проверять должника.

<sup>6</sup> Ввод в действие процедуры добровольного урегулирования долгов на английском языке контролируется управляющим по делу о несостоятельности.

<sup>7</sup> Судья, контролирующий ход дела, продолжает свою работу до тех пор, пока не будут выполнены все меры плана и не произведены платежи.

<sup>8</sup> Управляющий остается ответственным сроком до 10 лет.

<sup>9</sup> В течение обязательного периода наблюдения в три года управляющий в деле о несостоятельности должен сообщать о выполнении плана каждые три месяца.

ко юрисдикций допускают упрощенное изменение плана<sup>1</sup>. Например, во Франции и Польше суд может адаптировать план к новым обстоятельствам по запросу<sup>2</sup>. В Греции план не может быть изменен после его судебного утверждения в принципе, за исключением того, что в процедуре взыскания соглашения может быть изменено судом по делам о банкротстве, но только один раз, на основании последующего соглашения, заключенного всеми договаривающимися сторонами, при условии соблюдения конкретных условий<sup>3</sup>. Во многих других юрисдикциях, где упрощенное изменение недоступно<sup>4</sup>, должник вынужден возобновить процедуру по плану, и ему требуется другая процедура планирования, если она вообще доступна, для замены чрезмерно амбициозного плана новым планом.

657. Без измененного плана любое существенное невыполнение обязательств должником обычно приводит к провалу плана, что затем влечет аннулирование плана. Как следствие, все требования кредиторов полностью восстанавливаются. В последующей процедуре несостоятельности (или реструктуризации) кредиторы участвуют с их первоначальными требованиями. В Бельгии второй план не может предусматривать сокращения ниже уровня, который был гарантирован кредитору в соответствии с первым планом.

### 8.7. Мотивы рекомендаций

658. Там, где спасение бизнеса требует большего сотрудничества и координации, чем простая продажа активов бизнеса должника, доказано, что переговоры и заключение соглашения, связывающего все стороны, которые должны сотрудничать, являются лучшим способом создать прочную основу для реализации мер по реструктуризации. Если такое соглашение не может быть достигнуто добровольно со всеми сторонами, процесс переговоров и заключения соглашения не должен заменяться (например, постановлением суда или административным

---

<sup>1</sup> Такой вариант изменений отражает международные стандарты. См.: Принципы Всемирного банка (2016), С14.4; Руководство ЮНСИТРАЛ (2004 год), Рекомендация 156.

<sup>2</sup> Торговый кодекс Франции L. 626-26, 626-45. Кодекс о несостоятельности Польши. Ст. 173.

<sup>3</sup> См. ст. 106b § 11.

<sup>4</sup> Законодательство Германии, например, допускает исправление только очевидных ошибок в утвержденном плане, но не позволяет адаптировать содержание плана к новому развитию событий. См.: Германское положение о несостоятельности, s 248a.

актом). Вместо этого общепринятым стандартом является принятие плана, обязательного для всех сторон, если он получает достаточную фактическую поддержку заинтересованных сторон и если суд подтверждает (*ex officio* или по запросу), что план соответствует всем юридическим требованиям и не дискриминирует несогласное меньшинство.

659. Важно проверить фактическую поддержку плана по двум причинам. Во-первых, планом принимается решение о целесообразности возложения спасения бизнеса несостоятельного должника на тех заинтересованных сторон, которые фактически инвестировали в бизнес (деньги, время, усилия) и которых просят сделать это снова в соответствии с условиями плана. Решение о целесообразности и успешности плана реструктуризации является решением в условиях неопределенности, поскольку успех зависит от количества неопределенных и пока неизвестных факторов в будущем. Будучи лишь прогнозом, никто не должен просить принять решение, кроме тех, которые напрямую зависят от успеха или провала плана. Прогноз отражает коммерческую оценку, которая должна быть в руках наиболее вовлеченных лиц. Поэтому фактическая поддержка кредиторов, а также акционеров и возможных других участников, вносящих стоимостный вклад<sup>1</sup>, должна быть главным фактором при принятии решений. Во-вторых, вероятность принятия правильного решения в условиях неопределенности считается более высокой, если собирать независимые мнения лиц с различными уровнями знаний и частной информацией, как это можно сделать с помощью процедуры голосования. Обобщенная информация многих людей окажется более точной даже для мнения одного эксперта (например, судьи или свидетеля-эксперта)<sup>2</sup>. С этой точки зрения разбирательство по плану — это больше, чем просто способ содействовать обязательному сотрудничеству заинтересованных сторон в бизнесе должника<sup>3</sup>. Это механизм сбора частной информации

<sup>1</sup> О значении термина «плавающие переменные» см. Мишель Харнер, *The Value of Soft Variables in Corporate Reorganizations*, in *University of Illinois Law Review* 2015. P. 509.

<sup>2</sup> Процесс подготовки и согласования плана и, в частности, процесс получения голоса от большой и разнообразной группы людей с различным опытом и частной информацией фактически повышает вероятность принятия правильного решения о бизнесе в условиях данной неопределенности. См.: Stephan Madaus, *On Decisionmaking in Rescue Cases: Why Creditors and Shareholders should decide about a Rescue Plan*, in Bernard Santen and Dick van Offeren (eds.), *Perspectives on International Insolvency Law: A Tribute to Bob Wessels* (Kluwer, 2014), 215 для более подробной информации.

<sup>3</sup> Принято считать, что в процедурах, связанных с планом, рассматривается проблема координации, которая лучше всего описывается «дилеммой заключенного» в тео-

от группы людей, которая, скорее всего, ею владеет. В итоге такого процесса их голос формирует своего рода коллективный разум, который определяет, стоит ли пытаться спасти бизнес в соответствии с планом.

660. Участие суда имеет важное значение для защиты процессуальных, а также существенных прав всех сторон. Суд может выполнить эту задачу либо по запросу стороны, заявляющей о нарушении указанных прав, либо *ex officio* во время проведения голосования и слушаний по утверждению плана. В то время как в делах, предшествующих несостоятельности, представляется предпочтительной более ограниченная роль суда (см. 1.2.2), залы судебных заседаний обычно являются местом официального разбирательства. Здесь необходимость судебного надзора кажется очевидной. В то же время обязательное подтверждение плана повышает степень зависимости от плана, поскольку план уже прошел проверку на соответствие всем законодательным требованиям.

### 8.7.1. Право на представление плана

661. Право на разработку и представление плана должно быть оставлено должнику на исключительный период времени. Исключительность позволяет должнику контролировать процесс реализации соответствующей процедуры, связанной с планом, и, таким образом, стимулирует проблемных должников к началу процедур, связанных со спасением, на ранней стадии кризиса. Любая угроза утраты контроля над процедурой, особенно в форме конкурирующего плана, который может предусматривать замену руководства должника или продажу бизнеса, приводит к ситуации, в которой должники будут пытаться, насколько это возможно, избежать процедуры, связанной с планом.

662. С другой стороны, исключительное право должника на представление плана, конечно, может быть предметом злоупотреблений. Должник может начать процедуру, связанную с планом, с целью при-

---

рии игр. См. в том числе: Thomas H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law* (Harvard University Press 1986) 10; Horst Eidenmüller, *Unternehmenssanierung zwischen Markt und Gesetz* (Köln 1999), 19; Claire Finkelstein, *Financial Distress as a Noncooperative Game: A Proposal for Overcoming Obstacles to Private Workouts*, 102 *Yale L.J.* 1992–1993, 2205. Однако это может быть связано не только с информационной асимметрией, но и с другими факторами, влияющими на поведение человека и принятие решений (см., в частности, признаки «игры с общественными благами», раскрытой в том числе: James Andreoni, *Why Free Ride?*, *Journal of Public Economics* 1988/37. P. 291; также: U. Ones and L. Putterman, *The ecology of collective action: A public goods and sanctions experiment with controlled group formation*, 62 *J. of Economic Behavior & Org.* 2007. P. 495), что имеет важное значение, когда заинтересованные стороны голосуют за план.

остановить действие требований, обеспечивающих исполнение требований кредиторов, а также отсрочить любое решение несостоятельного бизнеса путем использования автоматического приостановления.

663. Баланс обоих аспектов может быть комбинацией исключительного права для должника представить план с эффективным тестом для прекращения процедуры по плану, в случае злоупотребления (для прекращения или преобразования процедуры, связанной с планом, см. 1.3). Другой вариант – разрешить должнику представлять план исключительно только в течение оговоренного периода времени<sup>1</sup>. Последний вариант позволяет экспертам, таким как администратор или обеспеченные кредиторы, составлять конкурирующие планы, а не просто ждать, пока должник примет план, или быть ограниченными последующими переговорами об изменениях в плане должника. Особенно в процедуре, которая не направлена исключительно на реструктуризацию (см. Германия, Англия и Уэльс или США), итоговая конкуренция за план может рассматриваться как ценный инструмент для публичного предложения для бизнеса в форме конкурирующего плана. Тем не менее по крайней мере период исключительности необходим, чтобы защитить стратегию реструктуризации должника и, таким образом, стимулировать должников к использованию планового производства на ранней стадии.

664. Поэтому в случае конкуренции предложений плану должника требуется приоритетный режим и, если он будет принят, он и должен быть подтвержден.

665. Другим способом возможного злоупотребления правом при предложении плана может быть предоставление должником некоторого количества предложений по плану и, как следствие, затягивание процесса. Реакцией на это может быть право суда отклонить любое последующее предложение, которое не находит поддержку заинтересованных сторон.

### 8.7.2. Содержание плана

666. Любое содержание плана должно обеспечивать два условия. Во-первых, план должен предоставлять всю информацию, необходимую для того, чтобы любой заинтересованный участник мог принять осознанное решение о том, действительно ли он хочет реинвестировать

---

<sup>1</sup> В гл. 11 Кодекса США должник имеет исключительное право подавать план в течение (как минимум) 120 дней. См. гл. 11 Кодекса США. С. 1121.

свои ожидаемые выплаты по несостоятельности в новый бизнес-план должника в соответствии с конкретными условиями и ранжированием плана. В этом отношении план является своего рода «проспектом продажи». Во-вторых, план должен содержать все юридические шаги, необходимые для реализации стратегии спасения. Здесь в плане подробно описываются новые требования или права заинтересованных сторон в отношении должника и поручителей реализации плана.

667. При выполнении этих требований план может стать довольно объемным документом в случае реструктуризации более крупных компаний. В этом случае обязательное итоговое описание должно отражать лучшие практики. Кроме того, полный текст плана должен быть доступен в электронном виде, чтобы облегчить доступ для заинтересованных сторон. В случае с малым бизнесом объем необходимой информации должен быть достаточно ограничен (более подробную информацию о случаях МСП см. гл. 9).

### 8.7.3. Охват плана и защита сторон

668. Цель плана также предполагает, что все соответствующие вклады любого участника спасения бизнеса должны быть раскрыты в одном документе – плане. Если многообещающая бизнес-модель бизнеса должника требует изменений на всех уровнях структуры долга и капитала должника, план не может обеспечить желаемую степень охвата, если в нем отражены лишь необеспеченные требования, в то время как любые необходимые изменения в обеспечительных правах и обеспеченные требования, привилегированные требования или структура капитала вместо этого будут зависеть от успеха дополнительных соглашений с обеспеченными или привилегированными кредиторами или решений собрания акционеров. Сроки принятия таких дополнительных мер в отношении процедуры реализации плана окажутся довольно сложными, и в случае наложения вето никакие ограничения не будут доступны даже в случае недобросовестности. Таким образом, план, обусловленный вкладом обеспеченного кредитора, просто рухнет (не будучи подтвержденным), если условие плана оказывается невозможным для выполнения.

669. Официальное разрешение на включение всех прав заинтересованных сторон в план (реструктуризации), конечно, не означает, что каждый план должен включать их. В каждом отдельном случае следует решить, действительно ли стратегия спасения требует участия обеспеченных кредиторов или привилегированных требований, или прав акционеров. Иногда план может содержать только один класс

всех необеспеченных кредиторов, не нарушая при этом прав других заинтересованных сторон.

670. Разумеется, расширенная сфера действия плана потребует дифференцированного подхода к классам затронутых заинтересованных сторон в отношении их прав, не связанных с банкротством, и их положения в альтернативной процедуре ликвидации имущества.

#### **8.7.4. Обеспеченные кредиторы**

671. Сегодняшние реструктуризационные процедуры не должны включать обеспеченных кредиторов, однако на практике часто происходит иначе, особенно в крупных делах. Как указала Комиссия АИБ по изучению реформы главы 11 в своем Отчете за 2014 г., имеются не только случайные примеры того, что процент обеспеченных долгов несостоятельных компаний значительно вырос за последние десятилетия, что привело к тому, что подавляющее большинство активов обременено обеспеченными требованиями<sup>1</sup>. Усилия законодателей, возглавляемые не в последнюю очередь Рабочей группой ЮНСИТРАЛ VI (обеспеченные сделки)<sup>2</sup>, поддерживают эту тенденцию, обеспечивая доступность любого обеспечения должника, включая нематериальные активы. Помимо этого, любой план реструктуризации, не способный охватить (на сегодняшний день) крупнейший класс кредиторов, представляется устаревшим.

672. Если предлагаемым планом предполагается ослабить обеспеченные требования, их классификация должна в достаточной степени отражать любые существенные различия в законных правах. Такие различия могут быть обусловлены типом обеспеченного права требования и обеспечения (например, ипотека, залоговое право на движимое имущество, залоги на акции и т.д.), а также их стоимостью при альтернативной процедуре ликвидации (например, ипотека с первоочередным правом требования и ипотека более низкой очереди).

673. Адекватная защита обладателей обеспеченных требований в основном вытекает из вероятного ветируемого положения в их классе в соответствии с принципом «неухудшения положения кредитора»

---

<sup>1</sup> Отчет АИБ (2014), 12, со ссылкой на Mark Jenkins & David C. Smith, *Creditor Conflict and the Efficiency of Corporate Reorganization* (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2444700>, согласно которому к 2012 г. обеспеченные долги составляли более 70% долга рейтинговых компаний Moody's в банкротстве).

<sup>2</sup> См.: Новый Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (2016) (доступно на: [www.uncitral.org/uncitral/uncitral\\_texts/security.html](http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/security.html)).

(*no creditor worse off*) в случаях преодоления при голосовании. Согласно этому принципу ликвидационная стоимость<sup>1</sup> обеспеченного права защищена и должна быть распределена по плану в форме адекватного (возможно, отсроченного) платежа по обеспеченному требованию. Таким образом, полностью обеспеченное требование представлено в плане только обеспеченным правом, в то время как не полностью обеспеченное требование приведет к тому, что требование, например, о недостатках товара будет участвовать в классе необеспеченных требований.

### 8.7.5. Привилегированные кредиторы

674. Привилегированный режим кредиторов в стандартных процедурах несостоятельности является решением в рамках политики несостоятельности, которое, в принципе, должно соблюдаться при рассмотрении дела по плану (см. гл. 4 выше). Предпочтение в отношении кредиторов, права которых возникают в период после возникновения признаков несостоятельности, вытекающих из сделки с неплатежеспособным имуществом, является таким конкретным примером. Любая угроза полной гарантии их оплаты по плану реструктуризации снизит доступность кредитов и материалов после подачи заявления, что приведет к неспособности должника или управляющего продолжить бизнес.

675. Тем не менее принцип невмешательства не должен нарушаться в юрисдикциях с широким спектром преференций для кредиторов до подачи заявления. Здесь исключение привилегированных требований из сферы действия плана может привести к тому, что планы станут бесполезными. Вместо этого законодатели должны тщательно рассмотреть вопрос о том, требует ли в действительности цель политики, которая поддерживает привилегированный режим конкретных кредиторов при распределении поступлений от ликвидации, чтобы такое требование было защищено от каких-либо положений плана. Защита привилегированных кредиторов, отклоняющих план, голосуя против него, может в достаточной степени быть результатом применения принципа «неухудшения положения кредиторов», который гарантировал бы плановые платежи, равные вероятному платежу при альтернативной процедуре ликвидации.

---

<sup>1</sup> Гипотетическая позиция обеспеченного кредитора при ликвидации должна быть определена при оценке обеспечения. Стандарты оценки должны отражать вероятный сценарий без плана, включая прекращение обеспечения в связи с продажей на постоянной основе. См.: M. Crystal and R.J. Mokal, *The Valuation of Distressed Companies: A Conceptual Framework*, ICR 2006. P. 123, 126.

676. Кроме того, законодатели должны рассмотреть вопрос о том, могут ли привилегии, которые могут иметь веские основания в случае ликвидации, быть полезными при сценарии реорганизации. Здесь, например, защита налоговых поступлений может быть обеспечена лучше, если сосредоточиться на спасении жизнеспособных предприятий и будущих налоговых доходов вместо защиты неоплаченных налоговых претензий (обсуждение главы по привилегированным требованиям см. в гл. 4). Сотрудники могут также ожидать продолжения работы с бизнесом в рамках реорганизации, а расширенная схема обязательных гарантий (см. гл. 5, Рекомендация 5.07) могла бы в достаточной мере обеспечить социальную защиту.

### **8.7.6. Другие кредиторы**

677. Удовлетворение или списание необеспеченных и непривилегированных требований или обычных требований составляют традиционную сферу действия плана. Здесь классификация кредиторов, которая отражает различия в их правовом положении (например, держатели облигаций, возможно, владеющие облигациями с разным сроком погашения, поставщиками, субподрядчиками и клиентами), гарантирует, что одна подгруппа (например, держатели облигаций) не может доминировать в процессе голосования, умаляя кредиторов с меньшими требованиями или в меньшем количестве.

678. Кредиторы с субординированными требованиями (например, «мезонинные кредиторы» (с возможностью конвертации долга в долю) или ссуды акционеров; см. гл. 4 выше) также попадают в традиционную сферу действия плана. Они формируют свой собственный класс (классы) и будут иметь право голоса. Поскольку эти кредиторы часто не могут рассчитывать на получение чего-либо в процессе ликвидации, правила сокращения гарантируют, что эти классы не смогут наложить вето на план, который нашел достаточную поддержку в других классах. Общий критерий («неухудшение положения кредиторов») в достаточной степени отражает их подчиненность, не лишая при этом права голоса этих классов кредиторов.

### **8.7.7. Акционеры**

679. В случае компании-должника для спасения бизнеса могут потребоваться изменения в структуре капитала компании. Новые акции могут быть выпущены для привлечения новых инвесторов. Обычно

предоставление акций старым кредиторам является удобным способом «оплаты» их требований без необходимости платить им наличными. Для выпуска новых акций или передачи существующих акций должник должен не только убедить кредиторов повторно инвестировать их возможную выплату в обмен на акции. Закон о компаниях требует, чтобы все существующие акционеры (исключительно) решали, следует ли списывать старые и выпускать новые акции и каким образом это делать.

680. Законодательство о несостоятельности долгое время не фокусировалось на данном вопросе. Поскольку акции компании-должника не принадлежат должнику, они не являются частью имущества. Точно так же, как при исполнении своих требований за пределами производства по делу о несостоятельности, кредиторы не имели доступа к акциям компании в ходе производства по делу о несостоятельности, поскольку они не являются частью имущества неплатежеспособного предприятия. Вместо этого требуется привлечение и сотрудничество акционеров для осуществления перераспределения акций или выпуска новых акций в соответствии с планом спасения должника.

681. Как мы показали, большинство правопорядков еще не следует американскому или английскому подходу к участию акционеров в предбанкротный период. Оставляя сферу действия закона о компаниях незатронутой положениями законодательства о несостоятельности, эти юрисдикции полагаются на добросовестное сотрудничество акционеров в случае невозможности ведения переговоров и последующего внедрения планового решения, которое включает изменение структуры капитала фирмы. Таким образом, любой такой план будет зависеть от его реализации акционерами в соответствии с правилами законодательства о компаниях (и большинством).

682. Однако возникающая в результате зависимость плана невыгодна для всех сторон. Представляется предпочтительным следовать англо-американскому и немецкому подходу, поскольку их закон вовлекает всех акционеров в процесс планирования как только предложение по плану включает изменение прав акционеров. Переговоры в преддверии такого предложения или после него, а также сам процесс голосования будут включать акционеров, которые сформируют отдельный класс, имеющий право голоса<sup>1</sup>. И если класс акционеров примет

---

<sup>1</sup> Такое прямое участие акционеров также отражает тот факт, что обязанности директоров несостоятельных или неплатежеспособных компаний обычно расширяются и включают также интересы кредиторов (и, возможно, других заинтересованных сторон), пострадавших от отказа. Поскольку директора больше не связаны с интересами

план с оговоренным большинством голосов<sup>1</sup>, все акционеры не только обязаны принять новую структуру капитала в соответствии с планом, но сам план даже может служить решением, требуемым в соответствии с законодательством о компаниях, для изменения структуры капитала путем, например, выпуска новых акций или передачи акций. В результате утвержденный план обеспечит всестороннее решение с юридической определенностью относительно реализации плана для всех заинтересованных сторон.

683. Однако если класс акционеров не принимает план, в принципе должно быть доступно межклассовое ограничение, если план находит достаточную фактическую поддержку со стороны кредиторов. Такой принудительный элемент облегчает переговоры о реструктуризации, поскольку уменьшает влияние акционеров за столом. В то же время конкретная конструкция такого элемента является предметом давних противоречий.

684. Основной или даже единственный аргумент в пользу преодоления противоречий голосования между классами связан с экономическими аспектами. Как было показано выше для законодательства США и Англии, акционеры неплатежеспособной компании, которые не могут рассчитывать на получение какой-либо стоимости при ликвидации активов компании, не имеют «реальной экономической заинтересованности в компании». Как следствие, они не должны иметь возможность наложить вето на план решения для неплатежеспособной компании, даже если план предусматривает реорганизацию.

685. Существует, однако, некоторое обоснование, чтобы поставить под сомнение этот простой вывод:

- «Сравнительный аргумент»: если существует предположение, что права или заинтересованность акционеров в реструктуризации не должны отличаться или даже быть лучше, чем при альтернативной процедуре ликвидации, почему это должно относиться только к ак-

---

акционеров, акционерам нужен другой, более прямой способ быть услышанными. Ценность услышать голос миноритарной группы акционеров, которая, безусловно, сравнивается с классами кредиторов, заключается в объединении их частной информации и, возможно, в усилении процесса принятия решений. См. также: Dov Solomon, *The Voice. The Minority Shareholder's Perspective*, 17 Nevada Law Journal 739 (2017) (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2868725> (для процесса принятия решений в публичных компаниях)).

<sup>1</sup> Большинство может в основном следовать правилам закона о компаниях. Однако, если закон о компаниях потребует поддержки всех акционеров, например, если это касается партнерства, законодательство о несостоятельности должно предусматривать большинство голосов для предотвращения неоправданных задержек.

ционерам, но не к кредиторам? При любой ликвидации внутри или за пределами производства по делу о несостоятельности кредиторы будут иметь доступ к стоимости активов компании только путем продажи их с аукциона. Они не могут получить доступ ни к самой организации должника, ни к акциям. В результате любая переуступка прав при реструктуризации в соответствии с распределением при гипотетической ликвидации создает дилемму, поскольку дополнительная стоимость, которая исключительно связана с предприятием (например, в форме выгодных договоров аренды или лицензий) и доступна только при реструктуризации должника, не может быть востребована ни должником, ни кредиторами при такой ликвидации. Она просто не могла бы там возникнуть<sup>1</sup>.

• «Аргумент цели»: как правило, законодательство о несостоятельности считается одной из форм (коллективного) правоприменительно-го законодательства, поскольку оно хорошо отображает аспект производства по делу о несостоятельности, позволяющий обеспечить равное исполнение требований кредиторов путем упорядоченной ликвидации активов должника. Представляется естественным также рассматривать реструктуризацию неплатежеспособного должника с точки зрения общего правоприменительного законодательства<sup>2</sup>. Однако если мы включим в анализ все текущие формы реструктуризации задолженности проблемных компаний, договорный характер таких соглашений представляется более доминирующим фактором, чем исполнение требований, потому что это присуще не только соглашениям о внесудебном урегулировании, но также схемам или планам реструктуризации в (пред)банкротных процедурах. При такой перспективе распределение прав и интересов при реструктуризации будет лучше регулироваться принципами договорного права (включая обязательство заключать договор в случаях дискриминационных отказов или отказов с злоупотреблением). Это оставляет мало места для применения правил распределения правоприменительного законодательства.

<sup>1</sup> См.: Stephen J. Lubben, *The Overstated Absolute Priority Rule*, 21 *Fordham J. Corp. & Fin. L.* 2016, 581, 603, указывающий на проблему, которая начинается с дублирования правила распределения ликвидационных доходов в контексте реорганизации. См. также: Douglas G. Baird, *Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy*, 165 *U. Penn L. Rev.* 785, 788 (2016): «Большая часть сложности и практически все основные моменты современной главы 11 проистекают из непростого соответствия между его приоритетным режимом (абсолютным, а не относительным) и его процедурой (переговоры в тени судебной оценки вместо рыночной продажи)».

<sup>2</sup> См.: Valeria Confortini, *Privatautonomie and Corporate Reorganisations: Legal Treatment of Shareholders under Insolvenzordnung and Italian Insolvency Law*, *IILR* 2016, 6 10.

• «Аргумент в пользу дополнительной стоимости»: видится также сомнительным просто предположить, что вся дополнительная стоимость, извлеченная в ходе реструктуризации, должна быть распределена среди кредиторов, если их требования не были полностью погашены. Это предположение регулирует закон США, Англии и Германии о реструктуризации, что лучше всего отражено в их «правиле абсолютного приоритета», но само предположение, похоже, ставится под вопрос. Если конкретная стоимость может быть создана только в сотрудничестве с предприятием и его законными владельцами (акционерами), то, оно может принадлежать не только кредиторам. Аргумент о том, что акционеры, не имеющие реальной экономической заинтересованности, не могут претендовать на какую-либо стоимость (включая дополнительную стоимость от сотрудничества), если кредиторам еще не выплачена полная сумма, не имеет правовой основы. Во-первых, это не согласуется с имущественным законодательством, поскольку во время процедуры реструктуризации юридическая собственность на предприятие все еще принадлежит акционерам. Во-вторых, кредиторы не могут претендовать на дополнительную стоимость на основании их прав до несостоятельности, поскольку они не имеют права на эту стоимость ни по какому закону об исполнительном производстве. Заявление о таком праве в случае несостоятельности оказывается *petitio principii*.

• «Аргумент о привилегии кредитора»: строгое правило абсолютно приоритета в одностороннем порядке улучшает положение кредиторов. Вне процесса реструктуризации кредитор может принять решение о сохранении инвестиций в бизнес должника в случае дефолта, что означает отказ от права объявить дефолт (и, соответственно, возвращение обеспечения в случае обеспеченных кредиторов). В процессе реструктуризации кредитор может принять решение сделать то же самое, например, принимая план, который предлагает ему адаптированную ценность его прав. Однако вне процесса реструктуризации кредиторы не могут сохранять свою долю в фирме и в то же время также ликвидировать младших кредиторов и акционеров в структуре капитала, в то время как в соответствии с законодательством о несостоятельности строгое правило абсолютного приоритета обязывает, чтобы планы реструктуризации устраняли младших заинтересованных лиц. Более гибкое (относительное) правило приоритета будет лучше отражать предбанкротные права, поскольку оно позволяет создать новую структуру капитала, которая также держит всех в поле зрения. По словам Дугласа Дж. Бэйрда: «Такая новая структура капитала может

соответствовать текущему финансовому состоянию фирмы (устранение таких вещей, как обязательство выплачивать дивиденды и проценты, а также лишение младших инвесторов права голоса или других контрольных прав), тем не менее по-прежнему признает право младших инвесторов на любое превышение, которое остается, когда в какой-то момент в будущем все счета будут в конечном счете сбалансированы. В этом суть относительного приоритета»<sup>1</sup>.

• «Аргумент о защите акционеров». Любое правило, которое игнорирует голос акционеров по простой причине отсутствия «реальной экономической заинтересованности в компании», может также вступать в конфликт с защитой, которой акционер пользуется в соответствии с гарантиями основных прав конституционного права. Здесь право собственности обычно включает защиту акций и может не только обеспечивать гарантию надлежащей правовой процедуры и достаточную компенсацию, если акции у владельца должны быть экспропрированы. Нарушение права собственности может также соответствовать дополнительным требованиям с ограничением соизмеримости, например, размер должника или системные риски, связанные с неподтверждением плана<sup>2</sup>. Помимо права собственности, акционеры могут также иметь защиту других, более конкретных конституционных прав. В Германии, например, ст. 9 Конституции предусматривает право создавать (и управлять) компанией. Обсуждается, не противоречит ли полученная защита существующим правилам межклассового преодоления при голосовании, потому что акционеры становятся беззащитными в производстве по делу о несостоятельности<sup>3</sup>. Этот вопрос уже обсуждался в свете защиты акционеров в соответствии со Второй директивой Закона о компаниях<sup>4</sup>, в которой Суд Европейского союза заявляет, что в случае несостоятельности банка системной значимости «положения Второй директивы не исключают особую меру, влияющую на уставный капитал публичной компании с ограниченной ответ-

<sup>1</sup> Douglas G. Baird, Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy, 165 U. Penn L. Rev. 785, 791 (2016).

<sup>2</sup> См. также решение Конституционного совета Франции о новых очень осторожных французских правилах в Законе Макрона 2014 г. в Решении № 2015-715 DC от 05.08.2015, § 145.

<sup>3</sup> См.: Stephan Madaus, Keine Reorganisation ohne die Gesellschafter, ZGR 2011. P. 749, 761.

<sup>4</sup> Директива 2012/30/EU от 25.10.2012, OJ L315, 74; вместо Директивы 77/91/ЕЕС от 13.12.1976, OJ L 26, 1.

ственностью, такую как Распоряжение о направлении, принятое национальными властями, если существует серьезное нарушение экономики и финансовой системы государства-члена без одобрения общего собрания этой компании с целью предотвращения системного риска и обеспечения финансовой стабильности Европейского союза»<sup>1</sup>. Повсеместного краха бизнеса без такого риска финансовой стабильности ЕС, вероятно, было бы недостаточно, чтобы игнорировать защиту со стороны Второй директивы<sup>2</sup>.

• Кроме того, любое правило преодоления при голосовании между классами, которое делает акционеров беззащитными, также может вступать в конфликт с существующими двусторонними торговыми соглашениями, защищающими иностранных акционеров в соответствии с их правилами защиты инвестиций. Эти правила требуют «справедливого и равноправного» обращения с правами инвесторов в соответствии с местным законодательством, включая законодательство о несостоятельности. Недавние арбитражные решения указывают на то, что суды склонны скептически переоценивать применение законодательства о несостоятельности местными судами<sup>3</sup>. Строгое правило, которое отвергает любого эффективного акционера, стоящего в процессе реструктуризации при утрате их прав, может не выдержать такой проверки, даже если такие правила были обычными в некоторых юрисдикциях в течение достаточно долгого времени.

686. Что касается всех представленных аргументов, предпочтительным представляется сбалансированное правило преодоления голосования между классами, основанное на принципах договорного права. Такое правило будет предусматривать «справедливый и равноправный» подход к акционерам в плане в зависимости от условий, с которыми согласились акционеры, когда они инвестировали в фирму.

(1) Акционеры, проявившие интерес к фирме с точки зрения финансовых инвестиций, адекватно относятся к реструктуризации или

---

<sup>1</sup> ECJ, 8.11.2016, C-41/2015 Dowling EU:C:2016:836. P. 51.

<sup>2</sup> Европейская комиссия рассматривает этот вопрос в своей Директиве о реструктуризации предложений (2016), добавив возражения от защиты акционеров в соответствии со Второй директивой в предлагаемой ст. 32.

<sup>3</sup> См., в том числе: Dan Cake (Portugal) S.A. v. Hungary ICSID Case No. ARB/12/9; см. также: Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation PCA Case № 2005-04 / AA227. В каждом случае применение национального законодательства о несостоятельности было признано несправедливым, а иностранным инвесторам были присуждены убытки. См. также: Аксель Флесснер, *Insolvenzrecht und Investitionsschutz nach TTIP und CETA – ein noch unbemerkter Konflikt*, in ZIP 2016. P. 1046.

несостоятельности, если закон учитывает только их экономические интересы. Если финансовые инвесторы принимают позицию акционерного капитала в фирме вместо держателя облигаций или кредитора, им не должно быть позволено наложить вето на план реструктуризации, который просто отражает это решение. Обоснование применения единого ранжирования при ликвидации, когда акционерами являются остаточные заявители, для реструктуризации и распределения любой дополнительной стоимости можно найти в предыдущем инвестиционном решении каждого акционера. Тем не менее защита акционеров в соответствии с применимым конституционным законодательством или двусторонними торговыми соглашениями может потребовать предоставления пострадавшим акционерам доступа к суду и требованиям об адекватной компенсации в случае любой остаточной стоимости при банкротстве. В зависимости от национального правопорядка могут потребоваться дополнительные условия, например, критерий «без альтернатив» или критерий экономической значимости компании-должника, установленный французским законодательством. Акционеры могут, конечно, также выдвигать возражения против подтверждения плана, опираясь на общих основаниях для отказа в подтверждении, например, неравном отношении к акционерам того же класса или любому кредитору, получающему больше 100%. Такое правило подтверждения будет относиться к режиму приоритета до несостоятельности. Однако он не должен диктовать, что младшие кредиторы или акционеры могут не получить какую-либо стоимость до того, как будут погашены требования всех старших кредиторов. Вместо этого должна быть возможность (не обязательно) сохранять таких заинтересованных лиц в структуре капитала, если в плане предусмотрено, что они получают распределения на свои права только после того, как старшие требования будут погашены в соответствии с планом (относительный приоритет).

Что касается конституционного требования о соразмерности, лишённые прав акционеры могли бы еще более уважаться в сценарии плана обмена долга на акции путем введения обязательного опциона на выкуп акций после расчета с кредиторами. Такое правило не только позволило бы акционерам реинвестировать в «свою» реструктурированную фирму по рыночной цене. Это также позволит кредиторам быстро выйти из компании в обмен на денежное погашение требований, особенно если их акции не торгуются.

(2) Акционеры, которые не только инвестировали в компанию, но также управляют или иным образом работают в компании (вклады-

вают в «плавающие переменные»<sup>1</sup>, например, собственник-менеджер-ремесленник, художник, врач или юрист), заслуживают большей защиты при реструктуризации, поскольку они не создавали и не входили в компанию с единственной целью финансовых вложений. Простое приведение их участия к экономическим интересам и определение их прав исключительно по аспектам структуры капитала фирмы здесь неадекватны, поскольку такие акционеры являются не просто финансовыми (денежными) инвесторами. Кроме того, реструктуризация довольно часто будет зависеть от продолжения их ежедневного вклада (в качестве врача, юриста, ремесленника или повара) в любом случае. В то же время защита от потери бизнеса для кредиторов при реструктуризации (в отличие от ликвидации) создаст стимул для семейных предприятий, а также для отдельных акционеров-менеджеров, чтобы положительно подходить к инструментам реструктуризации. Против таких акционеров не будет доступно межклассовое преодоление при голосовании. Любой план реструктуризации таких компаний должен был бы либо оставить права акционеров без изменений (что все равно позволило бы обмен долга на «мезонинный своп», чтобы получить доступ к будущему доходу<sup>2</sup>), либо ему пришлось бы искать поддержку (большинства) акционеров.

(3) Другой тип регулирования представляется адекватным в случаях реструктуризации корпоративной группы, когда акции полностью принадлежат материнским компаниям. Здесь нормы законодательства о корпоративной несостоятельности предусматривают механизмы координации и сотрудничества, а в некоторых юрисдикциях также существуют варианты процедурной консолидации, которые преобладают и регулируют реструктуризацию корпоративной группы. Преодоление межклассового голосования не должно вмешиваться в эти отношения.

687. Предлагаемый дифференцированный подход к конкретным типам акционеров позволяет избежать недостатков строгого правила абсолютного приоритета (*APR*), возникающего всякий раз, когда план распределяет стоимость среди акционеров без полной оплаты всех кредиторов, включая младших кредиторов. В соответствии со строгим правилом абсолютного приоритета любой класс младших кредиторов может наложить вето на такой план, если только акционеры-полу-

<sup>1</sup> Касается специального термина «плавающие переменные». См.: Michelle Harner, *The Value of Soft Variables in Corporate Reorganizations*, in *University of Illinois Law Review*. 2015. P. 509, 519.

<sup>2</sup> См.: Stephan Madaus, *Reconsidering the Shareholder's Role in Corporate Reorganizations under Insolvency Law*, 22 *Int. Insolv. Rev.* 106, 115–116 (2013).

чатели не предусмотрят новую стоимость в соответствии с планом в соответствии с правилом «исключения новой стоимости» (*new value exception*)<sup>1</sup>. В отличие от этого дифференцированное применение правила абсолютного приоритета будет защищать младших кредиторов, которые выступают против льготного отношения к акционерам, которые делали финансовые инвестиции точно так же, как они. Здесь обязательный опцион на покупку для акционеров может сделать необязательным «исключение новой стоимости». В то же время «плавающие переменные» вносящих вклад акционеров не попадают в сферу действия правила абсолютного приоритета, что означает, что передача стоимости (акций) этим акционерам не создаст возможности вето для кредиторов.

### **8.7.8. Принцип «неухудшения положения кредиторов» (*No creditor worse off*), правило абсолютного приоритета и оценка**

688. Общий критерий справедливости плана со строгой юридической точки зрения фокусируется на том, что каждый отдельный кредитор получил бы при реализации сценария без плана, как правило, ликвидацию в соответствии с очередностью. В абстрактном виде это замечательная концепция. Это относится к экономической, а не номинальной стоимости требования или права путем оценки суммы выплаты, которую получил бы кредитор, если бы его требование должно было исполняться путем выплат при ликвидации несостоятельного должника. Теоретически это значение — все, что они могут ожидать от неплатежеспособного должника. Следовательно, любая альтернатива плану должна предлагать как минимум столько же несогласным кредиторам, в противном случае план наносит ущерб их (конституционно защищенным) имущественным правам.

689. Однако на практике, как правило, непросто определить выплату кредитору при гипотетической ликвидации, поскольку выплата зависит от стоимости активов должника, а в случае спасения бизнеса —

<sup>1</sup> Как уже объяснялось ранее, Верховный суд США представил идею «исключения из новой стоимости» в правилах абсолютного приоритета в 1930-х гг., утверждая, что распределения среди акционеров были действительны до тех пор, пока акционер предоставлял компании новую стоимость (по крайней мере) той же суммы. См.: *Case v. Los Angeles Lumber Co.*, 308 U.S. 106, 121 f. (1939). Тем не менее суд еще не применил это исключение к действующему законодательству; *Norwest Bank Washington v. Ahlers*, 485 U.S. 197 (1988), and *Bank of America Nat'l Trust & Sav. Ass'n v. 203 LaSalle St. Partnership*, 526 U.S. 434 (1996); также: Edward S. Adams, *Toward a New Conceptualization of the Absolute Priority Rule and its New Value Exception*, 1993 *Det. C.L. Rev.* 1445 (1993).

от стоимости должника при ликвидации. Есть несколько факторов, которые усложняют оценку. Во-первых, сценарий ликвидации — это не просто сценарий частичной ликвидации. Регулярное производство по делу о несостоятельности допускает непрерывную продажу (жизнеспособную часть) бизнеса должника, а это означает, что такая продажа также должна отражаться при применении критерия «неухудшения положения кредитора»<sup>1</sup>. Однако на практике может быть трудно определить, есть ли потенциальный покупатель в чисто гипотетическом сценарии ликвидации и о какой цене гипотетической продажи действующего предприятия можно договориться. Во-вторых, установление цены для бизнеса при гипотетической продаже обычно осуществляется посредством экспертных показаний, относящихся к общепринятым методам оценки бизнеса<sup>2</sup>. Однако предположения в таких экспертных заключениях, а также полученные цифры являются предметом дискуссий, что часто побуждает стороны представлять противоречивые мнения экспертов в поддержку своего мнения. В результате споры об оценке начинаются легко, дорого и отнимают много времени<sup>3</sup>. Чтобы избежать таких споров, было предложено несколько моделей, все из которых направлены на обеспечение реальной рыночной цены для бизнеса<sup>4</sup>. К сожалению, ни одна из этих идей не может решить проблему оценки до сих пор. Более того, эти модели были разработаны только для публичных компаний.

690. При существующем положении вещей вопрос об оценке и споры об оценке могут быть разрешены только с использованием процес-

<sup>1</sup> См. в том числе: M. Crystal and R.J. Mokal, *The Valuation of Distressed Companies: A Conceptual Framework*, ICR 2006. P. 123, 126.

<sup>2</sup> Для обзора текущих методов оценки см.: G. Smith and D. King, *How Insolvency Practitioners Value a Business*, 28 *Insolvency Intelligence* 2015, 20. О развитии, см. Michael Simkovic, *The Evolution of Valuation in Bankruptcy*, Seton Hall Public Law Research Paper (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2810622>, Am. Bankr. L.J.) (скорый выход).

<sup>3</sup> См.: Douglas G. Baird, *Priority Matters: Absolute Priority, Relative Priority and the Costs of Bankruptcy*, 165 *U. Penn L. Rev.* 785, 788 (2016): «Нерыночная процедура оценки [...] является дорогостоящей и подвержена ошибкам».

<sup>4</sup> См. в том числе: P. Aghion, O. Hart and J. Moore, *The Economics of Bankruptcy Reform*, 8 *J.L. Econ. & Org.* 1992, 523; Lucian Arye Bebchuk, *A New Approach to Corporate Reorganizations*, 101 *Harv. L. R.* 1987–1988. P. 775, 785; David Hahn, *When Bankruptcy Meets Antitrust: The Case for Non-cash Auctions in Concentrated Banking Markets*, 11 *Stan. J.L. Bus. & Fin.* 2015, 28; O. Hart, R. La Porta Drago, F. Lopez-de-Silanes and J. Moore, *A New Bankruptcy Procedure that Uses Multiple Auctions*, 41 *Eur. Econ. Rev.* 1997, с. 461 и далее; Mark J. Roe, *Bankruptcy and Debt: A New Model for Corporate Reorganization*, 83 *Colum. L. Rev.* 1983. P. 527, 559.

суальных средств. Закон о планах должен предусматривать, что любой инициатор плана должен оценивать бизнес в вероятном сценарии ликвидации и приложить расчет или экспертное заключение, объясняющее ценность плана. Это дает каждому пострадавшему кредитору (и акционеру) возможность увидеть, согласны ли они с оценкой и получают ли они меньше по плану, чем при альтернативной процедуре ликвидации. Если кредитор (или акционер) не согласен с оценкой и, следовательно, считает, что они получают меньше по плану, они могут голосовать против плана. Будучи миноритарным кредитором (или акционером) в классе или сталкиваясь с межклассовым преодолением голосования, несогласная сторона может подать возражение на слушании по подтверждению плана. Тот факт, что большинство кредиторов (и акционеров) приняли план, позволяет предположить, что план в целом обеспечивает лучшее решение для кредиторов (и акционеров), чем ликвидация. Таким образом, несогласная сторона, выступающая против, должна доказать, что они по отдельности находятся в худшем положении в соответствии с планом. Учитывая неопределенность оценки, любое такое возражение должно требоваться для представления экспертных показаний, свидетельствующих о том, что возражающая сторона, очевидно, добилась бы большего успеха при альтернативной процедуре ликвидации.

### 8.7.9. Стандарты подтверждения

691. План может быть подтвержден судом только в том случае, если он соответствует всем требованиям законодательства. Эти требования должны быть разработаны таким образом, чтобы судьи, которых просили подтвердить план, принимали законные, а не деловые решения. Решение об инвестировании в бизнес, основанное на плане, является определяющим и принадлежит, как правило, кредиторам. Это решение включает в себя предположение о возможном плане. Поэтому оценка осуществимости плана не должна быть частью задачи судьи. Также следует оставить заинтересованным сторонам, а не судье решение, хотят ли они инвестировать в бизнес должника, который имеет судимость или пытался скрыть информацию, если эти обстоятельства были раскрыты в плане. Инвесторы должны решить, заслуживает ли должник второй шанс.

692. Список юридических требований должен включать:

- раскрытие всей соответствующей информации должником;
- правильную классификацию;

– принятие плана всеми классами (путем фактической поддержки большинства во всех классах или применения правила разукрупнения классов);

– фактическое согласие основных третьих сторон (например, поручителей плана, регулирующих органов и т.д.); а также

– представление плана в духе доброй воли и в соответствии с государственной политикой (например, отсутствие схемы уклонения от уплаты налогов).

По требованию кредитора или акционера, который фактически проголосовал против плана, в подтверждении должно быть отказано, если план действительно предлагает меньшую ценность для этого отдельного кредитора, чем то, что он получил бы при альтернативной процедуре ликвидации. Для преодоления пассивности кредитора/акционера каждый кредитор и акционер, которые не участвуют в голосовании или в обжаловании, должны считаться согласными с рассмотрением их требования или прав в соответствии с планом.

#### **8.7.10. Реализация, надзор и прекращение**

693. Реализация утвержденного плана должна быть приостановлена до рассмотрения жалобы только по просьбе обжалующего лица и в том случае, если суд сочтет решение целесообразным. В противном случае задержка, вызванная подачей жалобы, может фактически воспрепятствовать осуществлению плана.

694. Реализация и выполнение плана должны контролироваться в интересах всех сторон, если план предусматривает надзор, но не *ex officio*. Надзор за всеми подтвержденными планами суда оказался весьма обременительным для судебной системы, поскольку судьи не могут закрывать дела, даже если нет признаков проблем. Точно так же обязанности по отчетности независимо от конкретной причины ограничивают возможности управляющих в деле о несостоятельности и приводят к дополнительным необоснованным расходам. Вместо этого процедуры (включая вовлечение всех должностных лиц) должны закончиться после окончательного подтверждения плана. Достаточная защита для кредиторов от неплатежеспособных или даже мошеннических должников предоставляется в соответствии с общими законами о договорах, компаниях и законодательстве о несостоятельности, которые вновь применяются в полном объеме. Кроме того, кредиторы должны иметь возможность включать в план положения о надзоре, которые могут носить либо договорный характер (например, обязанности по представ-

лению отчетности в соответствии с обязательствами), либо использовать конкретное законное право наделять банкротного управляющего (или независимого аудитора) полномочиями осуществлять надзор за должником и предупреждать кредиторов в случае неправомерных действий или отрицательного развития ситуации, чтобы позволить им начать изменение плана или новую процедуру (несостоятельности).

695. Негативное развитие бизнеса или дефолт не должны немедленно привести к аннулированию первоначального плана. Вместо этого должникам следует разрешить обратиться в первоначальный суд, где они могут либо утверждать, что дефолт не является значительным и будет немедленно исправлен, либо представлять измененный план, который реагирует на изменившиеся обстоятельства, которые вызвало неустранимое нарушение обязательств, с просьбой инициировать голосование по измененному плану только пострадавшим кредиторам. Только если измененный план не принят или не подтвержден, должник обязан начать новый раунд разбирательства, возможно, ликвидационного производства, в котором кредиторы должника будут участвовать с их первоначальными требованиями.

#### 8.7.11. Освобождение от налогов

696. Наконец, хотя это и не упомянуто в отчетах, перезапуск проблемной фирмы в соответствии с планом реорганизации не должен быть обременен налоговым режимом, который рассматривает облегчение бремени задолженности в соответствии с планом налогооблагаемого дохода и создает требование о немедленном подоходном налоге. Структура реструктуризации должна включать надежное освобождение от подоходного налога.

### 8.8. Рекомендации

**Рекомендация 8.01:** Государства-члены должны обеспечить, чтобы в случаях, когда для спасения бизнеса требовалось нечто большее, чем просто продажа бизнеса, был доступен план реструктуризации, который является обязательным для всех сторон реструктуризации, если он получает достаточную фактическую поддержку заинтересованных сторон и если суд подтверждает (*ex officio* или по запросу), что план соответствует всем законодательным требованиям.

**Рекомендация 8.02:** Государства-члены должны предоставить право представлять план исключительно должнику, по крайней мере в те-

чение начального периода времени, достаточного для согласования и изменения предлагаемого плана, и иметь право голоса. Принятый план должника должен быть подтвержден, несмотря на конкурирующий план.

**Рекомендация 8.03:** Государствам-членам следует требовать от инициатора плана раскрывать всю информацию, имеющую отношение к обоснованному решению о предлагаемом плане. Такое полное раскрытие должно быть легкодоступным (в электронном виде) и сопровождаться итоговым анализом.

**Рекомендация 8.04:** Государствам-членам следует разрешить, чтобы план содержал все меры, необходимые для спасения бизнеса. Они также должны требовать, чтобы в плане были описания и объяснения этих мер. Диапазон инструментов должен включать обременение обеспечительных прав и прав акционеров. Что касается привилегированных требований, государствам-членам следует признать, что план не должен затрагивать только привилегированный режим заинтересованных сторон, необходимый для поддержания бизнеса.

**Рекомендация 8.05:** Государства-члены должны учитывать разнообразие кредиторов и акционеров, которые могут быть затронуты планом, предписывающим классификацию требований. Они должны побудить суд тщательно изучить недискриминационную классификацию в предлагаемом плане.

**Рекомендация 8.06:** Всем кредиторам и акционерам, чьи права нарушены планом, должно быть разрешено голосовать. Вес их голоса должен отражать ценность их требования или права в классе. Споры в отношении их требований, прав или права голоса должны быть немедленно и окончательно разрешены сторонами в споре и в конечном счете судом без ущерба для последующего доказательства прав на распределение.

**Рекомендация 8.07:** В ожидании дальнейших требований в соответствии с национальным конституционным законом об основных правах государства-члены должны разрешить межклассовое преодоление при голосовании против класса кредиторов и акционеров. В случае с классом акционеров такое ограничение должно быть доступно только в том случае, если затронутые акционеры заинтересовались фирмой с точки зрения финансовых инвестиций.

**Рекомендация 8.08:** Государства-члены должны обязать суд подтвердить план, за исключением случаев, если он не соответствует определенным правовым требованиям в отношении содержания, принятия и справедливости плана.

**Рекомендация 8.09:** Суд не должен принимать бизнес-решения. Суду следует только принять во внимание возражения кредиторов или акционеров, которые фактически проголосовали против плана. Возражения, основанные на оценке бизнеса, должны быть приняты только в том случае, если возражающая сторона представит экспертные показания, свидетельствующие о том, что в альтернативной процедуре ликвидация будет очевидно лучше.

**Рекомендация 8.10:** Государствам-членам следует предусмотреть, что подтвержденный план является обязательным для всех сторон. Любая жалоба в отношении постановления о подтверждении в принципе не должна задерживать выполнение утвержденного плана.

**Рекомендация 8.11:** Государствам-членам следует разрешить любому плану обеспечивать контроль за выполнением всех его положений.

**Рекомендация 8.12:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы только значительная неспособность должника выполнить положения аннулировала план и его последствия. В этом случае должник может предотвратить подобное негативное развитие, представив измененный план, который затем должен быть принят затронутыми кредиторами и вновь подтвержден судом.

**Рекомендация 8.13:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы списание задолженности в соответствии с планом реструктуризации не считалось налогооблагаемым доходом.

## ГЛАВА 9

### ВОПРОСЫ ГРУППЫ ЛИЦ

#### 9.1. Вступление

697. Начиная с последнего десятилетия прошлого века необходимость определения группы компаний в делах о банкротстве в качестве единого лица требует соответствующего законодательного ответа<sup>1</sup>. Эффективное ведение дел о несостоятельности в отношении компаний, принадлежащих к одной группе лиц, позволяет минимизировать финансовые затраты и потерю времени, снизить потери для кредиторов, работодателей и акционеров компаний, входящих в эту группу, и увеличить стоимость такой группы. Тем не менее национальные законы о несостоятельности, действующие в ЕС, а также международные положения, основаны на главном принципе законодательства о несостоятельности, представляющем собой принцип пяти элементов: один неплатежеспособный должник, одно имущество, одно производство по делу о несостоятельности, один суд и одно должностное лицо в деле о банкротстве<sup>2</sup>. Такую строгую юридическую базу достаточно сложно применить к экономическому феномену группы компаний. Примечательно, однако, что начиная с 26 июня 2017 г. EIR (2015) ввел 20 новых положений относительно к группам компаний с целью обеспечить эффективное производство по делу о несостоятельности в отношении различных компаний, входящих в одну группу лиц<sup>3</sup>.

698. Группы лиц, распространенные в современном корпоративном мире, сильно различаются по структуре, организации, финансированию, способам управления, контроля и собственности. В состав структуры могут входить дочерние компании, дочерние компании второго

---

<sup>1</sup> С благодарностью признаем вклад в эту главу доктора Саманты Ренссен, помощника профессора по корпоративному праву и несостоятельности, Университет Маастрихта.

<sup>2</sup> См.: Jessica Schmidt, Das Prinzip «eine Person, ein Vermögen, eine Insolvenz» и seine Durchbrechungen vor dem Hintergrund der aktuellen Reformen im europäischen und deutschen Recht, KTS 2015. P. 19–53.

<sup>3</sup> См.: Декларативная ч. 51 и гл. V EIR (2015) («Производство по делам о несостоятельности компаний, входящих в группу компаний». Ст. 56–78 EIR (2015), далее § 9.4).

уровня, сервисные компании, совместные предприятия и партнерства<sup>1</sup>. Согласно ЮНСИТРАЛ группа лиц в качестве рабочего понятия может быть определена как «два или более юридических лица (члены группы), связанные друг с другом какой-либо формой контроля (прямого или косвенного) или правом собственности»<sup>2</sup>. EIR (2015), уважая отдельную правосубъектность каждого члена группы, пытается преодолеть основные правовые понятия, касающиеся трансграничной несостоятельности группы лиц, определяющие группу лиц как «материнская компания и все ее дочерние компании» (ст. 2(13)).

Материнская компания – это компания, которая контролирует либо напрямую, либо косвенно, одно или несколько дочерних компаний. Компания, готовящая консолидированную финансовую отчетность в соответствии с Директивой 2013/34/EU о годовой финансовой отчетности считается материнской компанией. В соответствии с Директивой 2013/34/ЕС существуют различные типы дочерних компаний: (i) компания, в которой другая компания (материнская компания) имеет большинство голосов акционеров или участников; (ii) компания, в которой материнская компания имеет право назначить или снять с должности большинство членов административного, управленческого или наблюдательного совета, и является в то же время акционером или членом этой компании; и (iii) компания, в которой материнская компания имеет право осуществлять преобладающее влияние, акционером или участником которой она является в соответствии с договором, заключенным с этой компанией, или положением в ее учредительном договоре или уставе, где законодательство, регулирующее деятельность этой дочерней компании, предусматривает действие таких контрактов или положений (ст. 22 (1)).

## 9.2. Феномен группы лиц

699. В 2010 г. ЮНСИТРАЛ признал, что, хотя число трансграничных дел о несостоятельности и увеличилось значительно с 1990-х гг.,

<sup>1</sup> I. Chaika, *Insolvency of Group of Companies through the prism of the Recast Insolvency Regulation (EU) 2015/848*, Institute of International and European Insolvency Law, University of Cologne, Germany.

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2010), 5. Часть третья была выпущена в 2010 г. и опубликована в виде электронной книги в 2012 г. с возможностью загрузки с <http://www.uncitral.org>. Для подробного обзора см.: Bob Wessels, *International Insolvency Law Part I. Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law* (4<sup>th</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2015), § 10425b и далее, или Bob Wessels and Gert-Jan Boon, *Cross-Border Insolvency Law, International Instruments and Commentary* (2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015), § 12.

но совершенствование правовых режимов, как внутренних, так и международных, позволяющих рассматривать дела трансграничного характера, не успевает за ростом трансграничных банкротств. Результатом часто являлись неадекватные и несогласованные подходы, непредсказуемые решения, что сопровождалось недостаточным признанием прав и привилегий существующих кредиторов, режима иностранных кредиторов и законодательства, которое могло бы применяться к вопросам трансграничного банкротства<sup>1</sup>.

700. Формирование группы лиц определяется несколькими факторами: от правовых и экономических (операционных, управленческих, финансовых) до социальных, культурных и институциональных. Преимуществами ведения бизнеса с помощью группы лиц являются снижение коммерческого риска и максимизация финансовой (в том числе налоговой) прибыли<sup>2</sup>.

701. Группа компаний может иметь вертикальную структуру с последовательными уровнями родительских и дочерних компаний или горизонтальную структуру с множеством одноуровневых членов группы<sup>3</sup>. Что касается организации и собственности, можно провести общее различие между группами в США и в континентальной Европе. В США распространены группы со стопроцентными дочерними компаниями, в то время как в континентальной Европе материнские компании обычно владеют меньшей долей в дочерних компаниях, достаточной для поддержания контроля<sup>4</sup>.

Сами группы также работают по-разному. Некоторые из них строго контролируются материнской компанией, а в других связь с материнской компанией слабее в сочетании с высоким уровнем независимости нескольких компаний<sup>5</sup>. Кроме того, группы имеют разные корпо-

---

<sup>1</sup> «Часто встречается четкое противоречие между традиционным подходом отдельных юридических лиц к корпоративному регулированию и его последствиям для несостоятельности и облегчением производства по делу о несостоятельности в отношении группы или части группы в трансграничной ситуации с целью максимизации стоимости в интересах всех кредиторов» (см.: Руководство ЮНСИТРАЛ (2010), 85).

<sup>2</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2010), 11.

<sup>3</sup> Там же.

<sup>4</sup> K.J. Hopt, *Groups of Companies. A Comparative Study on the Economics, Law and Regulation of Corporate Groups*, in *Law Working Paper N. 286/2015*, Max Planck Institute for Comparative and International Private Law and ECGI.

<sup>5</sup> J.H. Dunning, *Multinational Enterprises in the 1970's, An Economist's Overview of Trends, Theories and Policies* in K.J. Hopt (ed.), *European Merger Control* (Berlin, New York 1982). P. 3–23.

ративные формы. Это зависит от форм, доступных в национальных юрисдикциях (таких, как частные компании с ограниченной ответственностью, публичные компании с ограниченной ответственностью, котирующиеся или не котирующиеся на бирже (коммерческие) партнерства), а также на международном уровне, таком как Европейское общество (*Societas Europaea*) (*SE*). Выбор типа компании чаще всего определяется налогами<sup>1</sup>. В нашем Обзоре мы ограничиваемся вопросами несостоятельности<sup>2</sup>.

### 9.3. Значимые черты национальных режимов

702. Что касается группы компаний в законодательстве о несостоятельности, изученных с национальной точки зрения, возникает несколько вопросов. Во-первых, предусматривает ли национальное законодательство о несостоятельности специальные положения для несостоятельных групп лиц в контексте отдельной страны? И если нет, то как регулируются подобные случаи? Во-вторых, допускает ли национальное законодательство о несостоятельности процессуальную консолидацию производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, входящих в группу? Наконец, допускает ли националь-

---

<sup>1</sup> W. Schön, Perspektiven der Konzernbesteuerung, in Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 171 (2007). P. 409–445. См. о широко распространенном отсутствии решений комплексной концепции несостоятельности группы: Stephan Deyda, Der Konzern im europäischen internationalen Insolvenzrecht (Baden-Baden: Nomos, Schriften zum Insolvenzrecht no. 20, 2007); Irit Mevorach, Insolvency Within Multinational Enterprise Groups (Oxford University Press 2009); Robert van Galen, International groups of insolvent companies in the European Community, International Insolvency Law Review 3/2012, 376 и далее; также: Groups of Companies in Cross Border Cases and Rescue Plans, Report to the Netherlands Association for Comparative and International Insolvency Law 2012 (доступно на: [www.naciil.org](http://www.naciil.org)); S.A.P. Franssen, Corporate Group Insolvencies: One Company, One Insolvency, One Proceeding... or Consolidation? in J.J.A. Hamers, S. Rensen, C.A. Schwarz & R.A. de Wolf (eds.). Young Corporate Lawyers 2014 (Zutphen: Uitgeverij Paris 2014)/ P. 53 и далее; Reinhard Bork and Renato Mangano, European Cross-border Insolvency Law (Oxford University Press. 2016), 8.01 и далее.

<sup>2</sup> Об изменениях в европейском корпоративном праве см.: Peter Hommelhoff, Die Unternehmensgruppe im Europäischen Binnenmarkt, in Mathias Habersack, Karl Huber & Gerald Spindler, Festschrift für Eberhard Stitz zum 65. Geburtstag (München: et al., 2014). С.Н. Ве. Марк-Филипп Веллер, Йоханна Бауэр, Europäisches Konzernrecht: vom Gläubigerschutz zur Konzernleitungsbefugnis via Societas Unius Personae, in ZEuP 2015, 6 и далее; Christoph Teichman, Corporate Groups within the Legal Framework of the European Union: The Group-Related Aspects of the SUP Proposal and the EU Freedom of Establishment, ECFR 2/2015. P. 202 и далее. Отметим, что «несостоятельность» мало рассматривается этими авторами.

ное законодательство о несостоятельности сущностную консолидацию производства по делу о несостоятельности в рамках группы лиц в единую процедуру, и если да, то как и с какими ограничениями? Чтобы проиллюстрировать разницу между процедурной консолидацией и сущностной консолидацией, можно поставить следующий вопрос: допускает ли банкротное законодательство какое-либо совместное управление процедурами несостоятельности членов группы лиц? Соответственно: если консолидация происходит в ущерб отдельным кредиторам, имеют ли такие кредиторы право на компенсацию из консолидированных активов?

### **9.3.1. Специальные положения для неплатежеспособных групп компаний в национальном контексте**

703. В настоящее время большинство государств-членов не предусматривают специальных положений для неплатежеспособных групп компаний. Очевидно, это связано с тем, что данное явление противоречит основополагающему принципу, согласно которому каждая отдельная компания рассматривается как единое юридическое лицо, контролирующее свои собственные активы. Для целей реструктуризации и неплатежеспособности одна компания является должником, не связанным, например, с дочерней компанией, материнской компанией (которая является акционером) и даже — если на то пошло — не связанным с кредитором или основным клиентом. Как следствие, в соответствии с законодательством о несостоятельности большинства государств-членов в отношении каждой неплатежеспособной компании группы должно быть открыто отдельное производство по делу о несостоятельности.

704. В некоторых странах, однако, в законодательстве или практике имеется некоторое место для экономической реальности. В Бельгии дела, в которых рассматриваются две или более связанных компаний, рассматриваются судами в особом порядке путем назначения одного и того же надзорного судьи и управляющего или представителя суда. Также исполнительный орган Швеции заявил, что, если это уместно, один администратор назначается для всех компаний несостоятельной группы. В некоторых государствах-членах существуют некоторые положения или судебная практика о реорганизации группы лиц. Например, в Соединенном Королевстве можно разработать схемы по разрешению спорных вопросов или мероприятий по добровольному урегулиро-

ванию долгов для группы компаний<sup>1</sup>. Венгерское законодательство предусматривает предоставление договоров, касающихся признанных или фактических групп компаний, в качестве приложения к заявлению должника о начале процедуры реструктуризации и отдельный учет требований кредиторов к должнику, принадлежащих к той же группе<sup>2</sup>. При подготовке реструктуризации должник может запросить помощь других членов группы лиц<sup>3</sup>. В Италии управляющий может представить кредиторам единое предложение по расчету для всех компаний, относящихся к большой группе (имеющих вместе с дочерними компаниями более 500 сотрудников и долги на сумму более 300 000 000 евро). Однако активы и обязательства каждой компании останутся раздельными.

705. Единственными государствами-членами, которые в настоящее время предусматривают специальные положения для несостоятельных группы лиц, являются Франция, Испания и Румыния<sup>4</sup>, тогда как в Германии в 2013 г. было подготовлено соответствующее законодательное предложение.

706. Во Франции судебные процедуры по ликвидации регулируются французским *Code de Commerce* (Торговым кодексом)<sup>5</sup>. Что касается суда, обладающего юрисдикцией для открытия такого производства, ст. L. 641-1 этого Кодекса ссылается на ст. L. 621-2 того же Кодекса, который в редакции Закона № 2005-845 от 26 июля 2005 г. о защите компаний (Law No 2005-845 of 26 July 2005 on the protection of undertakings) предусматривает: «Применимым судом будет *Tribunal de commerce* (Коммерческий суд), если должником является коммерческая организация или он зарегистрирован в реестре промышленных компаний. *Tribunal de grande instance* (Высокий суд) обладает компетенцией в других случаях. Одно или несколько лиц могут быть привлечены к открытому судебному разбирательству, когда их имущество сме-

---

<sup>1</sup> [2009] EWHC 2114 (Ch.); Re Olympia & York Canary Wharf Holdings Ltd. & Ors. [1993] BCC 866.

<sup>2</sup> Cstv. 8 (2) (e), Cstv. 12 (2) (BC).

<sup>3</sup> Cstv. 17 (3).

<sup>4</sup> Несколько стран приняли законодательство, касающееся режима групп компаний при несостоятельности на основе Руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам законодательства о несостоятельности (обсуждается в 1.1) или применили некоторые из его рекомендаций, одна из которых – Румыния (eurofenix Spring 2015, 44), другие – Аргентина (INSOL World, IV квартал 2011 г., 2018 и последующие годы) и Колумбия (INSOL World II квартал 2014 г. Р. 32 и далее).

<sup>5</sup> Статьи L. 640-1 и далее.

шано с имуществом должника или если юридическое лицо является фиктивным.

Суд, открывший первоначальное производство, сохраняет подведомственность для этой цели<sup>1</sup>.

707. В Испании должники, принадлежащие к одной и той же группе лиц, могут ходатайствовать о совместном возбуждении производства по делу о несостоятельности. Кроме того, кредитор, предъявивший требования к компаниям, принадлежащим к одной и той же группе компаний, может потребовать совместного возбуждения производства по делу о несостоятельности этих компаний. Суд, в чью подведом-

---

<sup>1</sup> Это положение было тщательно изучено на предмет его международного действия в Европейском суде. См.: Суд Европейского союза 15.12.2011, С-191/10 (Rastelli Davide e С. Snc v. Jean-Charles Hidoux, Liquidator of Médiasucre International); ECLI: EC: C: 2011: 838. Основной вопрос в этом случае заключается в том, может ли основное производство по делу о несостоятельности, открытое во Франции, основанное на национальном (французском) правиле «консолидации», включать в себя компанию/должника, имеющую зарегистрированный офис в другом государстве-члене (в данном случае Италия), когда активы обеих компаний смешаны. Суд Европейского союза отмечает, что, хотя единственная процедура оправдана выводом о том, что два должника образуют де-факто единое целое, поскольку их собственность смешана, этот вывод не имеет отношения к юридическому разграничению двух должников. Суд Европейского союза последовательно утверждал, что в системе, установленной EIR (2000) для определения компетенции государств-членов, которая сосредоточена на центре основных интересов должника, «каждый должник, составляющий отдельное юридическое лицо, подчиняется своей собственной судебной юрисдикции, из чего следует, что решение, производящее «в отношении юридического лица такое же действие, как и решение об открытии основного производства по делу о несостоятельности, может быть принято только судами государства-члена, которые будут иметь полномочия для открытия такого производства». Суд Европейского союза ограничивает значение французского положения: «...возможность того, что суд в соответствии с этим положением распространил свою юрисдикцию в отношении должника, чтобы привлечь другое юридическое лицо для производства по делу о несостоятельности только на том основании, что их имущество было смешано, без учета места, в котором находится центр основных интересов этого субъекта, представляло бы собой обход системы, установленной Регламентом. Это может привести, в частности, к риску противоречивых претензий относительно подсудности между судами разных государств-членов, которые Регламент специально намеревался предотвратить, чтобы обеспечить единообразный режим производства по делу о несостоятельности в Европейском союзе. Простое определение факта смешения имущества двух компаний недостаточно, чтобы установить, что центр основных интересов итальянской компании, затрагиваемой судебным делом, также находится в этом другом государстве-члене. Чтобы изменить предположение о том, что этот центр является местом расположения зарегистрированного офиса, необходимо, чтобы общая оценка всех соответствующих факторов позволила установить очевидным для третьих лиц способом, что фактический центр управления и контроля компании, заинтересованной в объединении, находится в государстве-члене, где было начато первоначальное производство по делу о несостоятельности, т.е. в Суде Европейского союза.

ственность входит открытие производства по делу о несостоятельности материнской компании или (в случае, если производство по делу о несостоятельности материнской компании не запрашивается) компании с наибольшей суммой обязательств, будет уполномочен возбуждать производства по делу о несостоятельности всех остальных компаний группы (ст. 25 LC).

708. В 2013 г. немецкий законодатель предложил Закон об упрощении процедур несостоятельности групп (*Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen*)<sup>1</sup>. Этот Закон направлен на внесение поправок в существующее Положение о несостоятельности с тем, чтобы он лучше соответствовал конкретным потребностям несостоятельности группы лиц, и ввел новую процедуру для координации отдельных процедур банкротства в рамках одной группы. В этом новом Законе *Rechtsträgerprinzip* (принцип юридического лица) по-прежнему занимает лидирующее положение — это означает, что каждое отдельное юридическое лицо является субъектом собственного дела о банкротстве. Таким образом, германский законодатель отклонил существенную консолидацию в группе компаний. Закон предусматривает координацию и сотрудничество между отдельными процедурами несостоятельности в рамках группы компаний. Он основан на следующих четырех тезисах:

1. *Специальная юрисдикция для групповой несостоятельности* (§ 3а–3д InsO)

Это положение позволяет сосредоточить все производства по делу о несостоятельности в рамках одной и той же группы в одном суде. Применяется правило приоритета: суд, в котором возбуждено первое производство по делу о несостоятельности члена группы, обладает специальной юрисдикцией. Однако для этой особой юрисдикции есть два предварительных условия. Во-первых, это должно быть в общих интересах всех кредиторов. Во-вторых, член группы, в отношении которого первым подано заявление, не должен иметь незначительное положение внутри группы применительно к ее балансу, показателям выручки и численности работников.

---

<sup>1</sup> См.: Entwurf eines Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen, Deutscher Bundestag Drucksache 18/407 от 30.01.2014. Предложение Германии формирует концептуальный подход, лежащий в основе гл. V EIR (2015); Volker Böhm, Christoph von Wilcken, Einführung eines Konzerninsolvenzrechts, in Insolvenzrecht und Unternehmenssanierung, Schultze & Braun Jahrbuch 2016, 16 и далее. Немецкий бундестаг проголосовал за законопроект, призванный облегчить рассмотрение дел о несостоятельности групп компаний страны (Gesetzes zur Erleichterung der Bewältigung vor Konzerninsolvenzen) в марте 2017 г. Он вступил в силу 21.04.2018.

## *2. Назначение единого управляющего (§ 56b InsO)*

Это положение устанавливает обязанность судов рассматривать обстоятельства дела и проводить консультации. Задача судов, рассматривающих несостоятельность группы, состоит в том, чтобы решить, будет ли назначение единого управляющего для некоторых или всех дел о банкротстве в рамках одной и той же группы служить общим интересам кредиторов.

## *3. Обязанность сотрудничества (§ 269a и след. InsO)*

Назначенные управляющие обязаны информировать друг друга и работать вместе. В частности, администратор компании, входящей в группу лиц, должен передать всю информацию, касающуюся процедур неплатежеспособности других членов группы администратору другого процесса. Кроме того, администраторы должны активно участвовать в координации стратегий ликвидации или реструктуризации и решать споры внутри группы. Подобные требования о сотрудничестве также применимы и к судам.

## *4. Процесс координации (§ 296d и след. InsO)*

Процесс координации может быть организован судом, которому подсудны все процедуры банкротства группы. Этот процесс может быть инициирован должником, администратором и комитетом кредиторов. Основой процесса координации является назначение администратора координации. Он может предложить план координации. Этот план должен быть утвержден судом и комитетом кредиторов группы (если он сформирован). План координации может предусматривать все меры, которые применимы и необходимы для бесконфликтной координации отдельных процедур несостоятельности в рамках группы лиц.

### **9.3.2. Процедурная консолидация производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, входящих в группу лиц**

709. В большинстве государств-членов, например, в законодательстве о несостоятельности Австрии, Бельгии, Великобритании, Германии, Греции, Венгрии, Италии, Латвии, Нидерландов, Польши и Швеции, не допускается процедурная консолидация производства по делу о несостоятельности внутри страны в отношении компаний, входящих в группу лиц. Однако в некоторых из этих государств-членов это отсутствие основ в законодательстве решается юридической практикой. В Бельгии суды, как правило, оптимизируют процедуры несостоятельности, открытые в отношении группы лиц. Также в Германии не запрещено назначать единого администратора для членов группы

лиц. То же самое касается Нидерландов, где некоторые суды назначают одного и того же ликвидатора для разных компаний в рамках группы лиц, когда они объявлены банкротами. В Греции, если материнская компания и дочерняя компания объявят о банкротстве в одном и том же суде, они могут попросить назначить единого ликвидатора. Однако, как обращают внимание греческие авторы, этого никогда не случилось. Согласно итальянскому праву можно подать заявление в отношении группы лиц. Хотя активы и обязательства каждой компании должны оставаться отдельными, а план, представленный в заявлении, должен быть нацелен на обеспечение непрерывности деятельности группы в целом<sup>1</sup>. Правомочные суды, как правило, назначают одного и того же помощника судьи и *commissaria giudiziale*, чтобы обеспечить последовательное выполнение процедур. В Соединенном Королевстве для компании или держателя квалифицированного «плавающего» обременения имеется возможность назначать одного и того же управляющего во всех отдельных процедурах группы лиц. Кроме того, разбирательство сосредоточено в Высоком суде, обладающем всеобъемлющей подсудностью.

710. Однако французское и испанское законодательства предусматривают процедурную консолидацию производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, входящих в группу лиц. Во Франции суд, открывший производство по делу о несостоятельности в отношении наиболее значимой компании группы, может назначить управляющего и представителя кредиторов, общих для всех разбирательств, в дополнение к управляющим, назначенным в каждом отдельном производстве<sup>2</sup>. Как уже упоминалось в предыдущем пункте, в Испании процедурная консолидация может быть предписана в начале производства по делу о несостоятельности членов группы лиц. Управляющий по делу о несостоятельности каждого члена группы может обратиться к суду с просьбой процессуально объединить все производства по делу о несостоятельности<sup>3</sup>. Подобное ходатайство также может быть подано любым кредитором<sup>4</sup>. Суд, рассматривающий дело о несостоятельности компании с наибольшей суммой обязательств, или материнской компании, или компании, которая была изначально объявлена несостоятельной, будет иметь полномочия для

<sup>1</sup> Tribunale di Palermo, Sez. IV Civile e Fallimentare, 04.07.2014.

<sup>2</sup> Статья L. 622-8 Торгового кодекса Франции.

<sup>3</sup> Статья 25-бис. 1 LC.

<sup>4</sup> Статья 25-бис. 2 LC.

консолидации производства по делу о несостоятельности остальных компаний группы<sup>1</sup>.

### **9.3.3. Сущностная консолидация внутригосударственного производства по делу о несостоятельности в рамках группы лиц в единую процедуру**

711. Опять же в большинстве государств-членов, например, законодательство о несостоятельности в Австрии, Бельгии, Великобритании, Германии, Греции, Венгрии, Италии, Латвии, Нидерландах, Польше и Швеции, не допускает сущностной консолидации производства по делу о несостоятельности по всей группе лиц в единую процедуру с одним объединенным имуществом. В некоторых из этих государств-членов такое отсутствие конкретных положений решается юридической практикой. В Соединенном Королевстве группа лиц при определенных обстоятельствах может рассматриваться как одна единая компания<sup>2</sup>. Сущностную консолидацию активов и пассивов различных членов группы можно рассматривать только в том случае, если их дела «настолько безнадежно переплетены, что объединение их активов с распределением, позволяющим выплачивать аналогичные дивиденды кредиторам обеих компаний, это единственный разумный способ продолжить», а также там, где «было бы бессмысленно тратить огромные суммы средств и много времени, пытаясь распутать и разрешить ситуацию»<sup>3</sup>. Аналогичным образом в Нидерландах сущностная консолидация разрешается в очень конкретных случаях, когда все активы и обязательства различных юридических лиц объединяются в том смысле, что их нельзя легко распутать без серьезных усилий и затрат. Испанское законодательство предусматривает соответствующее положение: сущностная консолидация активов и обязательств допускается, когда активы и обязательства настолько смешаны, что невозможно определить право собственности на активы и обязательства без возникновения неоправданных затрат или задержек в подготовке отчета управляющего в деле о несостоятельности<sup>4</sup>. Во Франции суд может

---

<sup>1</sup> Статья 25-бис. 3 LC.

<sup>2</sup> [1976] 1 WLR 852 DHN Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets London Borough Council.

<sup>3</sup> Re Bank of Credit and Commerce International SA (№ 3) [1993] WL 96496, согласно Диллону Л.Дж., цитирующему и подтверждающему решение сэра Дональда Николса В-С в первой инстанции.

<sup>4</sup> Статья 25-тер. 2 LC.

назначить существенное объединение производства по делу о несостоятельности в случае смешения имущественных прав и в случае наличия фиктивного юридического лица. Объединение имущества означает, что невозможно отличить активы и обязательства одного члена группы от другого, и (или) имеются нестандартные финансовые потоки между двумя или более членами группы. Фиктивное юридическое лицо означает, что компания оказывается фикцией, без независимого руководства, управляющего бизнесом<sup>1</sup>.

#### 9.4. Европейский регламент о процедурах банкротства (2015)

712. Как указывалось выше, EIR (2015), вступивший в законную силу 26 июня 2017 г.<sup>2</sup>, вводит специальную главу для групповой несостоятельности. В целом было установлено, что EIR (2000) в целом работал хорошо, но требовалось улучшить применение некоторых из его положений, с тем чтобы повысить эффективность управления трансграничным производством по делам о несостоятельности<sup>3</sup>.

Недостаток EIR (2000) заключается в том, что он не касается несостоятельности группы лиц<sup>4</sup>.

713. Отсутствие соответствующих правил на европейском уровне в отношении несостоятельности группы лиц привело к решению этой проблемы в прецедентном праве как на национальном, так и на международном уровне и практике<sup>5</sup>. Одна из основных проблем заключалась в вопросе о том, как установить центр основных интере-

<sup>1</sup> Статья L. 621-2 Торгового кодекса Франции.

<sup>2</sup> Статья 92 EIR (2015).

<sup>3</sup> Burckhart Hess, Paul Oberhammer and Thomas Pfeiffer. *European Insolvency Law, Heidelberg-Luxembourg-Vienna Report* (С.Н. Beck – Hart – Nomos 2014) (доступно на: [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation\\_insolvency\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/evaluation_insolvency_en.pdf)).

<sup>4</sup> См. также: Bob Wessels, *EU Insolvency Regulation v. Recast: Recitals compared*, 2015 (<http://bobwessels.nl/2015/08/2015-08-doc1-eu-insolvency-regulation-v-recast-recitals-compared/>).

<sup>5</sup> I. Chaika, *Insolvency of Group of Companies through the prism of the Recast Insolvency Regulation (EU) 2015/848*, Institute of International and European Insolvency Law, University of Cologne, Germany. Bob Wessels, *International Insolvency Law Part I. Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law* (4<sup>th</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2015), § 10425f и далее. Выход за рамки настоящего Отчета означает выход за рамки дальнейшей разработки десяти (!) решений, представленных или примененных судами и учеными для организации производства по делу о несостоятельности групп компаний. См.: Bob Wessels, *International Insolvency Law Part I. Global Perspectives on Cross-Border Insolvency Law* (4<sup>th</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2015), § 10425f и далее.

сов в случае несостоятельности группы лиц, разные члены которой находятся в разных юрисдикциях. EIR (2000) рассматривал как само собой разумеющееся каждую компанию в отдельности, сосредоточив внимание на центре основных интересов каждой из этих компаний, а не на решении вопросов несостоятельности группы в целом<sup>1</sup>.

714. EIR (2015) определяет группу лиц как «материнская организация и все его дочерние организации»<sup>2</sup>. EIR (2015) пытается создать систему эффективного управления процедурами несостоятельности в отношении различных компаний, являющихся частью группы лиц, что наиболее важно, оставляя нетронутым центральный принцип уважения к отдельной правосубъектности каждого члена группы. Решение: «...сотрудничество, сотрудничество, сотрудничество». Часть 52 Декларации предусматривает: «Если процедура несостоятельности была открыта в отношении компаний одной группы, требуется эффективное взаимодействие между участниками. Различные управляющие и суды, вовлеченные в основную и производные процедуры в отношении одного должника, обязаны взаимодействовать. Сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности не должно противоречить интересам кредиторов в каждом из разбирательств, и такое сотрудничество должно быть направлено на поиск решения, которое позволило бы наладить взаимодействие во всей группе»<sup>3</sup>. EIR (2015) вводит процессуальные правила ведения производства по делу о банкротстве членов группы лиц. Во-первых, он предусматривает обязательство участников производства по делу о несостоятельности (управляющие и суды) поддерживать связь и сотрудничать. Во-вторых, EIR (2015) предусматривает правила координации производства по делу о несостоятельности. Эти правила о сотрудничестве, коммуникации и координации в рамках несостоятельности членов группы лиц применяются только в той степени, в которой разбирательства, касающиеся различных членов одной и той же группы, были открыты более чем в одном государстве-члене<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Декларативная часть 13 и ст. 3 EIR (2015).

<sup>2</sup> Статья 2(13) EIR (2015). Как объясняется во вступительном параграфе, EIR (2015) соответствует определениям из Директивы 2013/34/EU о годовой финансовой отчетности (Directive 2013/34/EU on annual financial statements).

<sup>3</sup> «Аналогичное» обязательство сотрудничать и общаться изложено в ст. 41 EIR (2015).

<sup>4</sup> Декларативная часть 62 EIR (2015). Для подробного комментария к связанным статьям см.: Обособленное дело Jessica Schmidt в Reinhard Bork и Kristin van Zwieten (eds.), *Commentary on the European Insolvency Regulation* (Oxford University Press 2016).

### 9.4.1. Сотрудничество и коммуникации (ст. 56–60 EIR (2015))

715. В соответствии со ст. 56(1) EIR (2015) управляющие в делах о несостоятельности, назначенные в ходе производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более участников группы компаний, должны сотрудничать друг с другом в той степени, в которой такое сотрудничество целесообразно для содействия эффективному управлению и не является несовместимым с правилами, применимо к соответствующим процедурам и не влечет за собой конфликта интересов. Это сотрудничество может принимать любую форму, включая заключение соглашений или протоколов. Действующие управляющие в делах о несостоятельности должны (i) как можно скорее сообщать друг другу любую информацию, которая может иметь отношение к другим разбирательствам (при условии принятия соответствующих мер для защиты конфиденциальной информации); (ii) рассмотреть вопрос о том, существуют ли возможности для координации управления и контроля за делами членов группы, в отношении которых ведется производство по делу о несостоятельности, и, если возможно, координировать такое управление и контроль; а также (iii) рассмотреть возможности для реструктуризации членов группы, в отношении которых ведется производство по делу о несостоятельности, и, если это возможно, координировать предложение и согласование плана реструктуризации.

716. Статья 57 EIR (2015) вводит аналогичное обязательство сотрудничества и коммуникации для судов, открывших производство по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов группы лиц. Суды могут в случае необходимости назначать независимое лицо или орган для выполнения его инструкций при условии, что это не противоречит применимым правилам. Сотрудничество между судами может, в частности, касаться: (i) координации при назначении управляющих в деле о несостоятельности; (ii) передачи информации любыми средствами, которые суд сочтет целесообразными; (iii) координации управления и надзора за имуществом и делами членов группы; (iv) координации проведения заседаний и (v) координации при утверждении протоколов, когда это необходимо. В соответствии со ст. 58 EIR (2015) устанавливается аналогичное обязательство сотрудничества и существует практика между управляющими в делах о несостоятельности и судами.

717. Статья 60 EIR (2015) иллюстрирует полномочия управляющего при рассмотрении дел, касающихся членов группы лиц. Он может

быть заслушан в любом разбирательстве, возбужденном в отношении любого другого члена той же группы. Кроме того, он может запросить приостановление действия любой меры, связанной с реализацией активов в рамках разбирательства, открытого в отношении любых других членов той же группы, при условии, что: (i) был предложен план реструктуризации для всех или некоторых членов группы и имеются разумные основания для его успешной реализации; (ii) такое приостановление необходимо для обеспечения надлежащего выполнения плана реструктуризации; (iii) план реструктуризации был бы полезен для кредиторов при рассмотрении дела, в отношении которого запрашивается приостановление; и (iv) ни производство по делу о несостоятельности, в котором был назначен управляющий, ни разбирательство, в отношении которого запрашивается приостановление, не подлежат координации. Наконец, управляющий может ходатайствовать о возбуждении процесса координации в отношении группы.

#### **9.4.2. Координация (ст. 61–77 EIR (2015))**

718. В соответствии со ст. 61 EIR (2015) процедура координации группы может быть запрошена в отношении производства по делу о несостоятельности членов группы банкротным управляющим, назначенным в ходе производства по делу о несостоятельности в отношении члена группы. Эти процедуры групповой координации могут быть запрошены в любом суде, обладающем полномочиями в отношении производства по делу о несостоятельности члена группы. Что касается судебной юрисдикции, то правило приоритета применяется в ст. 62 EIR (2015): если ходатайство об открытии процедуры групповой координации запрашивается в судах разных государств-членов, любой суд, за исключением первого суда, в котором запрашивалась групповая координация, отказывается от полномочий в пользу первого суда. Статья 66 EIR (2015) формулирует исключение из правила приоритета. В тех случаях, когда по меньшей мере две трети всех управляющих в делах о несостоятельности, назначенных в ходе разбирательств по делу о несостоятельности членов группы, согласились с тем, что суд другого государства-члена, обладающего юрисдикцией, является наиболее подходящим судом для возбуждения производства по делу о координации группы, данный суд обладает исключительной юрисдикцией.

719. Суд, рассматривающий ходатайство об открытии процедуры координации группы, должен как можно скорее уведомить о прось-

бе и предполагаемом координаторе управляющих в делах о несостоятельности, назначенных в отношении членов группы, если он убедится в том, что выполнены следующие требования: (i) открытие такого производства является целесообразным для содействия эффективному управлению производством по делу о несостоятельности в отношении различных членов группы; (ii) ни один из кредиторов какого-либо члена группы, который, как ожидается, примет участие в разбирательстве, не окажется в финансово невыгодном положении в результате включения этого члена в такие разбирательства; и (iii) предлагаемый координатор выполняет требования, изложенные в ст. 71 EIR (2015).

720. Управляющие имеют право возражать против включения в процесс групповой координации производства по делу о несостоятельности, в рамках которого они были назначены, или против лица, предложенного в качестве координатора (ст. 64 EIR (2015)). В тех случаях, когда управляющий возражал по первому основанию, производство по делу о несостоятельности не должно включаться в разбирательство по вопросу о координации групп (ст. 65 EIR (2015)). Если управляющий возражал по второму основанию, суд может воздержаться от назначения предполагаемого координатора и предложить возражающему управляющему представить новый запрос в деле о несостоятельности (ст. 67 EIR (2015)).

721. По истечении периода, в течение которого управляющие в деле о несостоятельности могут подавать возражения (30 дней), суд может начать процедуру групповой координации, если соблюдены условия, изложенные в ст. 63(1) EIR (2015). В таком случае суд назначает координатора, принимает решение о плане координации, оценке затрат и доле, подлежащей оплате членами группы. Открытие процедуры координации группы должно быть доведено до сведения управляющего, участвующего в деле о несостоятельности, и координатора (ст. 68 EIR (2015)). В соответствии со ст. 69 EIR (2015) любой банкротный управляющий может потребовать включения производства, в отношении которого он был назначен, когда было возражение против включения производства по делу о несостоятельности в процесс координации группы и когда производство по делу о несостоятельности в отношении члена группы было открыто после того, как суд открыл процесс координации группы.

722. В соответствии со ст. 71 EIR (2015) координатором такой процедуры является лицо, имеющее право в соответствии с национальным

законодательством действовать в качестве банкротного управляющего, но не являющееся банкротным управляющим, назначенным для действий в отношении любого из членов группы, и не имеющее конфликта интересов. Статья 72 EIR (2015) устанавливает задачи и права координатора. Он должен определить и дать рекомендации для скоординированного производства по делу о несостоятельности, а также предложить план координации группы. Согласно ст. 70 EIR (2015) управляющий не обязан полностью или частично следовать рекомендациям координатора или плану координации группы. В случае если банкротный управляющий решит не следовать ему, он должен объяснить причины, по которым он этого не делает, лицам или органам, перед которыми он отчитывается в соответствии с национальным законодательством, а также координатору (правило «соблюдай или объясняй»). Статья 72(4) EIR (2015) подчеркивает, что координатор должен выполнять свои обязанности беспристрастно и с должной осторожностью. Статья 74 EIR (2015) вводит обязательство сотрудничества и взаимодействия между управляющими в деле о несостоятельности и координатором.

723. В соответствии со ст. 75 EIR (2015) суд отменяет назначение координатора по собственному желанию или по требованию управляющего, если координатор действует в ущерб кредиторам участвующего члена группы или координатор не выполняет свои обязательства.

724. После краткого описания системы в соответствии с EIR (2015) следует отметить, что до последнего времени в научной литературе отсутствовал однозначный подход к этим положениям<sup>1</sup>.

## 9.5. Значимые международные тенденции

725. За последние годы было реализовано несколько международных инициатив в сфере несостоятельности группы лиц.

---

<sup>1</sup> I. Mevorach, The new proposed regime for EU corporate groups in insolvency: a critical note, 6 Corporate Rescue and Insolvency 2013. P. 89 и далее; S. Madaus, Insolvency proceedings for corporate groups under the new Insolvency Regulation, 6 International Insolvency Law Review 2015. P. 235 и далее; Maximilian J. Eble, Auf dem Weg zu einem europäischen Konzerninsolvenzrecht – Die Unternehmensgruppe in der EuInsVo 2017, in NZI 4/2016, 115 и далее; Alessandro Merlini, Reorganisation and Liquidation of Groups of Companies: Creditors Protection vs. Going Concern Maximisation, the European Dilemma, or simply a Misunderstanding in the light of the new EU Insolvency Regulation No. 2015/848, in 7 International Insolvency Law Review 2016, с. 119 и далее; Reinhard Bork and Renato Mangano, European Cross-border Insolvency Law (Oxford University Press 2016), с. 8.30 и далее.

### 9.5.1. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности

726. Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности содержит основные цели и принципы, которые должны быть отражены в национальных законах о несостоятельности. Руководство для законодательных органов состоит из четырех частей. В 2010 г. ЮНСИТРАЛ добавила третью часть, касающуюся регулирования несостоятельности группы лиц (Руководство для законодательных органов ЮНСИТРАЛ (2010)). В этой части Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов предлагается облегчить глобальный подход к несостоятельности групп лиц путем обеспечения того, чтобы существующие принципы трансграничного сотрудничества (ст. 25–27 Типового закона (Model Law)) применялись к несостоятельным группам лиц. Цель состоит в том, чтобы «обеспечить коммерческую предсказуемость и повысить определенность для торговли и коммерции, а также обеспечить справедливое и эффективное управление разбирательством, которое защищает интересы сторон, максимально повышает ценность активов членов группы для сохранения занятости и минимизирования затрат<sup>1</sup>. Кроме того, признается, что могут существовать группы лиц, в которых возможно инициирование отдельной процедуры несостоятельности, поскольку в группе низкий уровень интеграции и члены группы относительно независимы друг от друга, но «для многих групп сотрудничество может быть единственным способом снижения рисков фрагментарного производства по делу о несостоятельности, которые могут свести на нет стоимость действующего бизнеса и привести к обесцениванию активов, а также к перемещению активов или поиску удобного суда должниками»<sup>2</sup>.

727. Общая цель этой части состоит в том, чтобы разрешить как в национальном, так и в трансграничном контекстах рассмотрение дел о несостоятельности одного или нескольких членов группы компаний для решения вопросов, связанных с производством по делу о несостоятельности, в котором участвуют такие группы, и для достижения лучшего, более эффективного результата для группы компаний в целом

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2010), В. Promoting cross-border cooperation in enterprise group insolvencies, s 7.

<sup>2</sup> Там же.

и ее кредиторов<sup>1</sup>. Часть третья состоит из 55 Рекомендаций. Мы перечислим их следующим образом:

1. Совместное заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности (Рекомендации 199–201).
2. Процедурная координация (Рекомендации 202–210).
3. Финансирование после начала работы (Рекомендации 211–216).
4. Оспоримые действия (Рекомендации 217–218).
5. Сущностная консолидация (Рекомендации 219–231).
6. Назначение одного или того же управляющего в деле о несостоятельности (Рекомендации 232–236 и 251–252).
7. Согласованные планы реструктуризации (Рекомендации 237–238).
8. Доступ к судам и признание иностранного производства (Рекомендация 239).
9. Сотрудничество между судами (Рекомендации 240–245).
10. Сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности и иностранными судами (Рекомендации 246–250).
11. Соглашения о трансграничной несостоятельности (Рекомендации 253–254).

### **9.5.2. ЮНСИТРАЛ. Ключевые принципы режима для решения проблемы несостоятельности группы лиц**

728. Начиная с 2015 г. ЮНСИТРАЛ разрабатывает законодательное предложение в отношении групповой несостоятельности. В частности, он основывается на рекомендациях и учитывает правила, принятые в отношении групповой несостоятельности EIR (2015).

729. В декабре 2015 г. ЮНСИТРАЛ опубликовал сборник «Ключевые принципы режима для решения проблемы несостоятельности группы лиц»<sup>2</sup>. Ниже следует текст:

#### *Принцип 1*

Если требуется или запрашивается решение проблемы несостоятельности члена группы лиц, может быть начато производство по делу о несостоятельности. Когда разбирательство не требуется или не запрашивается, нет необходимости начинать такое разбирательство.

---

<sup>1</sup> Руководство ЮНСИТРАЛ (2010), которое можно загрузить с <http://www.uncitral.org>

<sup>2</sup> См.: Рабочая группа ЮНСИТРАЛ V (Закон о несостоятельности), 48-я сессия, 14–18.12.2015, A / CN.9 / WG.V / WP.133.

### *Принцип 2*

Когда предлагается разработать корпоративное решение для некоторых или всех членов группы лиц, такое решение потребует координации между членами группы и может быть разработано посредством процедуры координации.

### *Принцип 3*

Принимая подход Рекомендации 250, члены группы лиц могут назначить одну из процедур несостоятельности, начатую (или подлежащую возбуждению) в отношении членов группы, в отношении которых было разработано групповое решение, в качестве координирующего производства, роль которого будет скорее процедурной, а не основной. Условие может заключаться в том, что координирующее разбирательство должно быть разбирательством, происходящим в государстве, которое является центром основных интересов хотя бы одного из членов группы, что является необходимой и неотъемлемой частью решения, разработанного для группы лиц.

### *Принцип 4*

1. Суд, расположенный в центре основных интересов (суд ЦОИ) члена группы лиц, участвующего в решении группы, может уполномочить управляющего в деле о несостоятельности, назначенного в ходе разбирательства по делу о несостоятельности, проходящего в центре основных интересов, добиваться: (i) участия и учета его мнения в координации разбирательства, происходящего в другой юрисдикции; и (ii) признания судом-координатором процесса в юрисдикции центра основных интересов; и

2. Координационный суд может получить такой запрос о признании.

### *Принцип 5*

Участие в процессе координации будет добровольным для тех членов группы, чей центр основных интересов находится в юрисдикции, отличной от юрисдикции процесса координации. Для тех членов группы, чей центр основных интересов находится в той же юрисдикции, что и координационное производство, могут применяться рекомендации части третьей Руководства для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности в отношении совместного применения и процедурной координации. Платежеспособные члены группы лиц могут участвовать в процессе координации, при этом такое участие не подразумевает подчинение юрисдикции национального или иностранного суда по делам о несостоятельности или применение внутренних или иностранных законов о несостоятельности.

### *Принцип 6*

Кредиторы и заинтересованные стороны каждого члена группы лиц, участвующего в решении группы, будут голосовать в своей собственной юрисдикции за режим, который они должны получить в соответствии с планом реструктуризации группы в соответствии с применимым внутренним законодательством.

### *Принцип 7*

После утверждения плана реструктуризации группы соответствующими кредиторами и заинтересованными сторонами каждый суд центра основных интересов будет иметь полномочия для рассмотрения плана реструктуризации группы в соответствии с национальным законодательством.

### *Принцип 8*

Управляющий в деле о несостоятельности, участвующий в разбирательстве, назначенном в качестве координирующего производства, должен иметь право доступа к процессуальным действиям в каждом суде центра основных интересов для решения вопросов, связанных с реализацией плана реорганизации группы.

## **9.5.3. Международный институт несостоятельности. Руководящие принципы координации деятельности международных групп лиц (2013)**

729<sup>1</sup>. Международный институт несостоятельности (МИН) ставит своей целью содействие и продвижение международного законодательства о несостоятельности и, в частности, содействие более эффективному сотрудничеству в случаях трансграничной несостоятельности. МИН осуществляет и поддерживает исследовательские проекты. Сотрудничество с несколькими группами лиц вызвало особый интерес МИН и было изучено Комитетом по международной компетенции и сотрудничеству. Комитет под председательством distinguished Ральфа Мэйби разработал Руководящие принципы координации деятельности международных групп лиц (Руководящие принципы), подписанные в 2013 г. В целом основной упор был сделан на ликвидацию, а не реструктуризацию организаций, имеющих финансовые обязательства, однако в Руководящих принципах предпринята попытка решить эту проблему и включить обе эти функции<sup>2</sup>. Хотя

---

<sup>1</sup> Некорректная нумерация в первоисточнике. — *Примеч. пер.*

<sup>2</sup> Краткое описание: Bob Wessels and Gert-Jan Boon, *Cross-Border Insolvency Law, International Instruments and Commentary* (2<sup>nd</sup> ed., Alphen aan den Rijn: Kluwer Law

Руководящие принципы направлены на координацию несостоятельности в ситуациях, когда группа из нескольких компаний охватывает несколько стран, важно отметить, что «сотрудничество» находится в самом центре Руководящих принципов. В частности, Руководящие принципы относят к группам лиц с «деятельностью, активами и сотрудниками, расположенными более чем в одной стране, которые имеют унифицированное корпоративное управление через общие или взаимосвязанные акционерные отношения или по контракту».

730. В Руководящих принципах рассматриваются семь тем, из которых согласно редакционному комитету Руководящие принципы 1–6 должны быть оптимально применимы в большинстве юрисдикций, а Руководящие принципы 7–11 должны подходить для многих юрисдикций. Наконец, в Руководящих принципах 12–22 могут потребоваться законодательные изменения в различных юрисдикциях. В Руководящих принципах 1 и 2 указано, как управляющий в деле о несостоятельности должен действовать в отношении должника, являющегося аффилированным лицом многонациональной корпорации, при открытии производства по делу о несостоятельности. Другие аффилированные лица должны быть допущены к рассмотрению дела несостоятельного аффилированного лица для соблюдения их интересов (Правило 3). В Руководящем принципе 4 предусматривается, что центр основных интересов (ЦОИ) должен определяться, особенно в отношении стран, которые приняли Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, только после проверки структуры группы и ЦОИ аффилированного лица. Руководящие принципы коммуникации между судами должны применяться, а управляющие в делах о несостоятельности должны поддерживать коммуникацию с кредиторами (Руководящие принципы 5 и 6).

731. Руководящие принципы 7 и 8 стимулируют использование протоколов (или соглашений о несостоятельности) должниками и (или) управляющими в делах о несостоятельности. Руководящим принципом 9 предусмотрено, что суд может приостановить исполнение своего решения по ЦОИ аффилированного лица, если ЦОИ основной компании остается неопределенным. Что касается управления производством, желательно, чтобы во всех делах о несостоятельности, связанных с группой лиц, назначался один управляющий (Руководящий принцип 10). Кроме того, в каждой категории

---

International. 2015). P. 63 и далее. Обсуждаемые Руководящие принципы приведены в Приложении к этой книге.

должен быть назначен один сотрудник, под которым понимается юрисконсульт, бухгалтер и различные представители (уполномоченные органы) (Правило 11). Наконец, ряд «рекомендованных» руководящих принципов касается локализации центра группы и его последствий. ЦОИ компании является «координационным центром для компании...» (Руководящий принцип 12). Процедуры, связанные с филиалами, должны как можно больше проходить в ЦОИ основной компании (даже если их ЦОИ могут быть в другом месте). Протоколы могут использоваться для целей координации (Руководящие принципы 13–15). Желательно, чтобы осуществлялась административная координация всех разбирательств (Руководящий принцип 16). Приостановление исполнения решения суда в центре группы должно оказывать влияние на все филиалы (Руководящий принцип 17). Дополнительное производство может быть начато только для аффилированных лиц за пределами центра группы (Руководящий принцип 18). Суды должны заслушивать управляющих в делах о несостоятельности и всех других заинтересованных сторон (в соответствии с Руководящим принципом 2), когда сделаны запросы на открытие разбирательств по группам лиц в отношении нескольких филиалов группы лиц (Руководящий принцип 19). Сотрудничество между судами должно осуществляться, когда это необходимо, для локализации активов или реструктуризации или ликвидации группы лиц.

732. В Руководящих принципах предусматривается, что могут возникнуть трудности в обеспечении полного охвата всей группы основными и дополнительными процедурами. В таких случаях стороны (включая суды, управляющих в делах о несостоятельности и кредиторов) должны стремиться к достижению результатов, максимально приближенных к этим Руководящим принципам (Руководящий принцип 21). Наконец, управляющие в делах о несостоятельности обязаны информировать суд Центра группы о соответствующих изменениях в статусе или процедурах аффилированного лица. Данный Руководящий принцип также предусматривает изменение и прекращение определения Центра группы.

#### **9.5.4. Принципы Всемирного банка (2016)**

733. Помимо Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов, Принципы Всемирного банка (2016) содержат несколько принципов, касающихся решения вопросов группы лиц. Данные Принципы соответствуют Рекомендациям ЮНСИТРАЛ. Согласно Всемирному

банку в национальных системах следует указать, что ведение производства по делу о банкротстве в отношении двух или более членов группы компаний может координироваться в процедурных целях. Объем и степень процессуальной координации должны быть определены судом (Принцип С16.1). Кроме того, национальные системы должны разрешать:

- члену группы компаний, в отношении которого ведется производство по делу о несостоятельности, предоставление или содействие финансированию после начала процедуры или другого вида финансовой помощи другим членам группы, которые также участвуют в деле о несостоятельности (Принцип С16.2);

- суду рассматривать вопрос об отмене сделки, состоявшейся между членами группы компаний или между любым из членов группы и связанным лицом, чтобы учесть конкретные обстоятельства сделки (Принцип С16.4);

- назначение единого или того же управляющего в деле о несостоятельности в отношении двух или более членов группы компаний, включая ситуации, связанные с конфликтом интересов (Принцип С16.5);

- управляющим в делах о несостоятельности общаться напрямую и сотрудничать в максимально возможной степени в ситуациях, когда в делах о несостоятельности разных членов группы лиц назначены разные управляющие (Принцип С16.6);

- согласованные планы реструктуризации, которые должны быть предложены в ходе производства по делу о несостоятельности в отношении двух или более членов группы лиц (Принцип С16.6); и

- членам группы лиц, не участвующим в производстве по делу о несостоятельности, добровольно участвовать в плане реструктуризации других членов лиц, участвующих в деле о несостоятельности (Принцип С16.6).

734. Что касается сущностной консолидации, Всемирный банк начинает с заявления о том, что система несостоятельности должна уважать отдельную юридическую идентичность каждого из членов группы лиц. Если предполагается сущностная консолидация, она должна ограничиваться условиями, когда:

- активы или обязательства членов группы лиц смешаны до такой степени, что право собственности на активы и ответственность за обязательства не могут быть определены без непропорциональных расходов или задержек; или

- члены группы лиц вовлечены в мошенническую схему или деятельность без законной деловой цели.

735. Суд должен иметь возможность исключить конкретные требования и активы из порядка консолидации. В случае существенной консолидации система должна предусматривать адекватный подход к обеспеченным сделкам, приоритетам, встречам с кредиторами и действиям по признанию сделок недействительными. Существенный порядок консолидации приведет к тому, что активы и обязательства консолидированных компаний будут рассматриваться, как если бы они были частью единого имущества, погасит долги и требования по отношению к соответствующим компаниям и приведет к рассмотрению требований к соответствующим компаниям, если они будут в отношении единого производства по делу о несостоятельности (Принцип С16.3).

736. В контексте несостоятельности членов группы лиц система должна предоставлять иностранным представителям и кредиторам доступ к суду и при необходимости признание иностранных процедур по делам о несостоятельности (Принцип С17.1). Система должна позволять национальному суду сотрудничать в максимально возможной степени с иностранными судами или иностранными представителями напрямую либо через местного управляющего в деле о несостоятельности. Система должна позволять национальному суду общаться напрямую или запрашивать информацию или помощь непосредственно у иностранных судов или представителей (Принцип С17.2). Система также должна позволять управляющим в делах о несостоятельности, назначенным для управления разбирательством в отношении члена группы лиц, напрямую общаться и сотрудничать в максимально возможной степени с иностранными судами и с иностранными управляющими в делах о несостоятельности с тем, чтобы облегчить координацию производства (Принцип С17.3). В определенных обстоятельствах должно быть разрешено назначать одного или того же управляющего в делах о несостоятельности для членов группы лиц в разных государствах. В таких случаях система должна включать меры по урегулированию ситуаций, связанных с конфликтом интересов (Принцип С17.4). Должны быть определены управляющие в делах о несостоятельности и другие заинтересованные стороны для заключения соглашений о трансграничной несостоятельности с участием двух или более членов группы лиц в разных государствах в целях содействия координации разбирательства. Система должна позволять судам утверждать или выполнять такие соглашения (Принцип С17.5).

737. EIR (2015) вводит только процедурные правила управления производством по делу о несостоятельности членов группы лиц, такие как правила коммуникации и сотрудничества между управляющими

в делах о несостоятельности и судами, а также правила координации производства по делу о несостоятельности. Вместе с тем ЮНСИТРАЛ и Всемирный банк рекомендуют определенный уровень сущностной консолидации в отношении несостоятельности группы.

### 9.6. Мотивы рекомендаций

738. Авторы ограничивают себя (в свете выбранной методологии, см. 3.1 во Введении) рекомендациями, тесно связанными с «несостоятельностью».

739. Национальные законодатели государств-членов не очень активно принимали положения, касающиеся несостоятельности группы. Согласно обзорам законодательства только французские и испанские законы предусматривают правила процедурной и сущностной консолидации производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, входящих в группу лиц. Немецкий закон предусматривает координацию и процедурные варианты консолидации. В некоторых государствах-членах это отсутствие положений решается юридической практикой. В других государствах-членах представляется невозможным вообще консолидировать (процедурно или по существу) внутреннее производство по делу о несостоятельности компаний, входящих в группу лиц.

740. На европейском уровне в EIR (2015) предусмотрены некоторые процедурные правила по ведению производства по делу о несостоятельности членов группы компаний. EIR (2015), однако, не охватывает вопросы существенной консолидации. Кроме того, координация производства по делу о несостоятельности является добровольной в соответствии с формулировкой, содержащейся в декларативной части 56: участвующие в деле о несостоятельности лица должны иметь возможность возражать против своего участия в производстве в течение определенного периода времени. Кроме того, в ходе процедуры групповой координации управляющие в делах о несостоятельности не обязаны полностью или частично выполнять рекомендации координатора или план координации группы. Встает вопрос, действительно ли эти новые положения предлагают эффективное решение для групповой несостоятельности?

741. Однако EIR (2015), похоже, предусматривает некоторую свободу действий для судов в государствах-членах. Декларативная часть 53 предусматривает: «Введение правил производства по делу о несостоятельности групп лиц не должно ограничивать возможность для суда

открыть производство по делу о несостоятельности для нескольких компаний, принадлежащих к одной группе в одной юрисдикции, если суд установит, что центр основных интересов этих компаний находится в одном государстве-члене». Это предложение Европейской комиссии можно рассматривать как ответ на желательность введения принципа «одна группа – один ЦОИ». Однако декларативную часть можно также отнести к прецедентному праву СЕС<sup>1</sup>. Декларативная часть 53 далее гласит: «...В таких случаях суд также должен иметь возможность назначать, в случае необходимости, одного и того же управляющего во всех соответствующих разбирательствах при условии, что это не является несовместимым с применимыми к ним правилами». Это будет означать, что суды государства-члена, на территории которого находится ЦОИ должника, будут иметь полномочия для открытия основного производства по делу о несостоятельности. ЦОИ «должен быть местом, где должник осуществляет управление своими интересами на регулярной основе, и это может быть установлено третьими сторонами» (см. ст. 3(1) EIR (2015)). Это также будет означать, что применяется ст. 5 EIR (2015) («Судебный пересмотр решения об открытии основного производства по делу о несостоятельности»). Должник (включая каждую компанию той же группы) или любой кредитор может оспорить в суде решение об открытии основного производства по делу о несостоятельности на основании международной юрисдикции (см. ст. 5(1) EIR (2015)). Кроме того, решение об открытии основного производства по делу о несостоятельности может быть оспорено «сторонами, не являющимися сторонами, упомянутыми в пункте 1, или по причинам, не связанным с отсутствием международной юрисдикции, если это предусмотрено национальным законодательством». Это положение следует понимать как приглашение государств-членов для дальнейшей детализации своих правил. В целом законодательство на национальном и европейском уровнях должно быть направлено на реализацию принципа «одна группа – один ЦОИ».

742. Учитывая, что европейское правило ЦОИ трудно реализовать в ближайшем будущем, авторы считают, что на европейском уровне следует усилить процедуры координации групп. Этот вид дополнительного воздействия должен включать более эффективные инструменты для европейской реструктуризации групп лиц и дел о несостоятельности. Во-первых, следуя Рекомендациям ЮНСИТРАЛ, управляющим

<sup>1</sup> См.: СЕС от 15.12.2011, C-191/10 (Rastelli Davide e C. Snc v. Jean-Charles Hidoux, Liquidator of Médiasucre International); ЕС: C: 2011: 838, упомянутый в п. 1152.

в делах о несостоятельности члена группы лиц должно быть запрещено возражать против координации группы, если только это не приведет к значительному ущемлению интересов их кредиторов. В тех же условиях управляющие в делах о несостоятельности должны быть обязаны соблюдать рекомендации координатора. Кроме того (следуя примеру практики банкротства США), принятие плана реструктуризации группы или несостоятельности (продажи) должно быть разрешено в процедурах координации группы, когда определенное большинство кредиторов по всем процедурам голосует за такой план.

Здесь конфликты интересов, которые присущи кредиторам отдельных членов группы, должны отражаться путем помещения кредиторов разных субъектов в разные классы и ограничения любого разделения классов между классами, принадлежащими к одному и тому же объекту (без ограничения количества субъектов). Единственное исключение из этого основного правила должно быть в случае причинения ущерба кредиторам.

743. Наконец, смешение активов не должно приводить к обману кредиторов. В соответствии с Рекомендациями ЮНСИТРАЛ мы считаем, что в законодательстве государств-членов должно быть указано, что суд может принять решение о сущностной консолидации в отношении двух или более членов группы компаний: (i) если суд придет к выводу, что активы или обязательства членов группы лиц смешаны до такой степени, что право собственности на активы и ответственность за обязательства не могут быть установлены без непропорциональных расходов или задержек; или (ii) если суд придет к выводу, что члены группы лиц вовлечены в мошенническую схему или деятельность, не имеющую законной деловой цели, и что сущностная консолидация необходима для корректирования этой схемы или деятельности.

## 9.7. Рекомендации по вопросам группы лиц

**Рекомендация 9.01:** Государства-члены в отдельности и европейские законодатели при пересмотре Регламента о несостоятельности (в новой редакции) должны предусмотреть конкретную основу для решения проблемы несостоятельности в контексте группы лиц, включающей в себя материнскую компанию и все ее дочерние компании в значении определения, приведенного в Регламенте о несостоятельности (в новой редакции), которое содержит следующие элементы.

**Рекомендация 9.02:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы суд, приняв решение по запросу об открытии производства по делу

о несостоятельности в отношении члена группы лиц, проверял, рассматривается ли согласованная стратегия для некоторых или всех членов группы.

**Рекомендация 9.03:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечивать, чтобы управляющие в делах о несостоятельности и суды руководствовались Принципами и Руководящими принципами, изложенными в Европейских рекомендациях по взаимодействию и сотрудничеству в сфере трансграничного банкротства (Рекомендации ВИС), Принципах трансграничного межсудебного сотрудничества в ЕС 2015 г. (Принципы JudgeCo), которые включают в себя Руководство по межгосударственной связи ЕС в области несостоятельности (Руководство JudgeCo). Общение и сотрудничество могут принимать любую форму, включая заключение протоколов. Такой протокол должен включать в себя положения, касающиеся уведомлений, прав управляющих в деле о несостоятельности, кредиторов или других заинтересованных сторон выступать в суде, получать доступ к данным и информации управляющих в деле о несостоятельности, обмениваться информацией между комитетами, сохранять активы, требования, включая конкретные правила для требований внутри компании, представлять план реструктуризации в рамках плана ликвидации, вносить поправки в протокол и включение Рекомендаций ВИС, Принципов JudgeCo и Руководства JudgeCo путем ссылки и являться частью этого протокола в любой форме, в которой они официально приняты каждым судом, полностью или частично и с изменениями или без них, если таковые имеются, с добавлением пункта, предусматривающего, что в случае любого несоответствия между протоколом и этими Принципами и Руководящими положениями протокол имеет преимущественную силу.

**Рекомендация 9.04:** Европейские и национальные законодатели должны уполномочить суды и управляющих в делах о несостоятельности сообщать и сотрудничать в международных делах, которые не подпадают под действие Регламента о несостоятельности (в новой редакции) (Insolvency Regulation (Recast)), предусматривающего правила, аналогичные Рекомендациям ВИС, Принципам JudgeCo ЕС и Руководству JudgeCo. Тот факт, что Регламент о несостоятельности (в новой редакции) не применяется, не должен препятствовать участникам несостоятельности и судам третьих стран общаться и сотрудничать со своими соответствующими контрагентами в той степени, в которой такое общение или сотрудничество совместимо с национальным законодательством юрисдикции любой такой третьей страны.

**Рекомендация 9.05:** Государствам-членам следует разрешить своим судам совместно открывать производство по делу о несостоятельности нескольких компаний, принадлежащих к одной и той же группе, если суд считает, что центр основных интересов (ЦОИ) этих компаний находится в их государстве-члене.

**Рекомендация 9.06:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы процедуры групповой координации в соответствии с Положением о несостоятельности (2015) стали более эффективными.

**Рекомендация 9.07:** Европейские и национальные законодатели должны предусмотреть, чтобы суд, расположенный в центре основных интересов (суд ЦОИ) члена группы, участвующего в процедурах координации группы, мог уполномочить банкротного управляющего добиваться: (i) своего участия и учета своего мнения в координации разбирательства, происходящего в другой юрисдикции; (ii) признания судом-координатором процесса в юрисдикции ЦОИ; в то время как (iii) координирующий суд может получить такой запрос о признании.

**Рекомендация 9.08:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, учитывая, что участие в процедурах координации групп является добровольным, чтобы решение об отказе от участия требовалось для освобождения члена группы от результатов такого разбирательства (отказ от участия). Кроме того, суду ЦОИ должно быть разрешено отказаться от участия в своей группе, если решение об отказе не принято добросовестно. В тех случаях, когда высокий процент (минимум 80%) членов группы, затронутых в равной степени, участвуют в процедурах координации группы, суд ЦОИ должен исходить из того, что решение об отказе было принято недобросовестно, если только добросовестность не доказана судом.

**Рекомендация 9.09:** Платежеспособным членам группы должно быть разрешено официально участвовать в процедурах координации группы, при этом такое участие не подразумевает подчинение юрисдикции суда или применимости его законов о несостоятельности.

**Рекомендация 9.10:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы процедуры групповой координации могли привести к плану реструктуризации группы или несостоятельности, который является обязательным для всех участвующих членов. Кредиторы и заинтересованные стороны членов групп, участвующих в деле, должны помещаться в отдельные классы и голосовать по правилам и в соответствии с применимым национальным законодательством в своей собственной юрисдикции. После голосования по плану ре-

структуризации или несостоятельности группы соответствующими кредиторами и заинтересованными сторонами каждый суд ЦОИ должен подтвердить план, если будет считать, что план был принят в соответствии с национальным законодательством, включая все его варианты сокращения. Пересечение юрисдикций (пересечение компаний) должно быть невозможно.

**Рекомендация 9.11:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы управляющий, назначенный в рамках процесса координации группы (координатор), имел право доступа к процессуальным действиям в каждом суде ЦОИ для заслушивания вопросов, связанных с осуществлением плана реструктуризации группы.

**Рекомендация 9.12:** Европейские и национальные законодатели должны обеспечить, чтобы суд мог одобрить сущностную консолидацию активов совместно управляемых членов группы (см. Рекомендацию 9.05), частей этих активов, в ситуациях, когда (i) активы и пассивы всех соответствующих членов объединяются в связи с тем, что их нельзя легко разделить без серьезных усилий, задержек и расходов, (ii) структура группы может быть использована для обмана кредиторов. Они также должны позволять плану реструктуризации группы или плану несостоятельности предусмотреть такую форму консолидации в международных процедурах.

## ГЛАВА 10

### СПЕЦИАЛЬНЫЕ СОГЛАШЕНИЯ ДЛЯ МАЛЫХ И СРЕДНИХ ПРЕДПРИЯТИЙ (МСП), ВКЛЮЧАЯ ФИЗИЧЕСКИХ ЛИЦ (НО НЕ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ)

744. Эффективное применение несостоятельности и, может быть, в большей степени каркаса реструктуризации основывается на некоторых предварительных условиях. В предыдущих главах был раскрыт очевидный тезис о том, что успешное спасение бизнеса зависит от институтов (судов, должностных лиц в деле о банкротстве, государственных учреждений), которые работают с достаточной эффективностью и прозрачностью, рынка, предлагающего финансирование спасения, а также возможности покупки для бизнеса (по рыночной цене), и достаточных активов в имуществе должника, чтобы стимулировать всех участников к активному участию в процессе, основываясь на идее, что они получают от этого выгоду (будь то продолжение или поглощение бизнеса, выплата по долгу или вознаграждение).

745. Хотя создание и поддержание правовых и экономических предпосылок структуры несостоятельности и реструктуризации является задачей государственной политики, в первую очередь определенный класс должников поставил вопрос о том, может ли она соответствовать предварительным условиям в принципе малому бизнесу. В частности, отсутствие (необремененных) активов побудило некоторых, но не всех законодателей (см. таблицу ниже) в тех юрисдикциях, которые охватывают этот Доклад, предусмотреть специальный правовой режим для малого бизнеса. Помимо такого ответа со стороны законодателей, юридическая практика отреагировала на особые проблемы несостоятельности малого бизнеса во всех юрисдикциях, обычно даже не рассматривая возможность спасения при лишении права заниматься бизнесом. Связанная с этим задача реинтеграции предпринимателя, стоящего за неудачным бизнесом, решается в большинстве юрисдикций.

#### 10.1. Определение особого класса бизнеса ММП

746. Традиционно особый режим (часто упрощенное применение процедуры реструктуризации или несостоятельности) связан с термином «МСП» – малые и средние предприятия. Внимательное рассмотре-

ние наших обзоров показывает, что действующие нормативные акты фактически ограничивают такие привилегии для бизнесов, которые не превышают определенных пороговых значений. Хотя эти пороговые значения различаются в разных юрисдикциях, общая картина показывает, что специальный режим обычно доступен только для малого, но не для среднего бизнеса. Последние могут даже рассматриваться как прототип для стандартного производства по делу о несостоятельности, поскольку в ряде юрисдикций существуют также специальные положения для большого бизнеса. Следовательно, было бы более уместно называть класс бизнеса в нижней части шкалы «микро- и малыми предприятиями» или «ММП». Для бизнесов среднего размера общие правила и процедуры несостоятельности и реструктуризации представляются разработанными и применимыми.

Государство-член	Льготы для ММП	Определение ММП	Вид льготы
AT	—	—	—
BE	—	—	—
DE	— <sup>1)</sup>	Бизнес удовлетворяет двум из трех критериев <sup>2)</sup> : 1. Общая сумма баланса не более 600 000 евро. 2. Годовой доход не более 12 млн макс. 3. Макс. в среднем 50 сотрудников	Нет обязательного предварительного комитета кредиторов
EL	Не совсем <sup>3)</sup>	Активы ниже 100 000 евро	Упрощенная процедура несостоятельности. Упрощенная проверка претензий
ES	Да	— Меньше 50 кредиторов; — долг макс. 5 млн евро; и — наборы макс. 5 млн евро	Упрощенная процедура несостоятельности <sup>4)</sup> (ускоренные сроки ликвидации)
FR	Да	Должник не владеет недвижимостью, не имеет более одного работника, а доход без НДС составляет не более 300 000 евро <sup>5)</sup>	Упрощенная процедура ликвидации (обязательный режим) с фиксированным сроком ликвидации 6 месяцев

		Должник не владеет недвижимостью, не имеет более 5 сотрудников, а доход без НДС составляет не более 750 000 евро <sup>6)</sup>	Упрощенная процедура ликвидации. (Упрощенный режим факультативный) с фиксированным сроком ликвидации 1 год
		Предприниматель (не компания) не владеет недвижимостью, не нанимал никого в предыдущие 6 месяцев (и отсутствуют трудовые споры), а активы менее 5000 евро	Процедуры личного восстановления ( <i>Rétablissement personnel</i> ) для быстрого снятия обязательств
HU		—	—
IT	— <sup>7)</sup>	Активы меньше 300 000 евро в год — менее 200 000 евро валового дохода; и — долг макс. 500 000 евро	Применяются правила о несостоятельности потребителей
LV	—	—	—
NL	—	—	—
PL	— <sup>8)</sup>	—	—
SE	—	—	—
UK	Да	Бизнес удовлетворяет двум требованиям из трех <sup>9)</sup> : 1. Годовой оборот макс. 6,5 млн фунтов стерлингов. 2. Активы на балансе макс. 3,26 млн фунтов стерлингов. 3. Макс. 50 сотрудников	а) Мораторий на предложение CVA вне администрации <sup>10)</sup>
		Индивидуальный предприниматель	б) Процедура индивидуального добровольного соглашения (IVA) <sup>11)</sup>

<sup>1)</sup> Немецкое положение о несостоятельности не различает бизнес должников по размеру; единственным незначительным исключением является Кодекс о несостоятельности 22а, в котором говорится об усмотрении суда назначить предварительный комитет кредиторов.

<sup>2)</sup> Положение о несостоятельности s 22а (1) (копирование определения малой корпорации в Торговом кодексе Германии s 267 (1)).

<sup>3)</sup> В таких случаях суд по делам о банкротстве может принять решение о том, что применяются правила, отличные от правил греческого Кодекса о банкротстве (ст. 162 и 163 ГВС).

<sup>4)</sup> Испанский Кодекс о несостоятельности. Ст. 190.

<sup>5)</sup> Торговый кодекс Франции, ст. D.641-10, пар. 1.

<sup>6)</sup> Там же, пар. 2.

<sup>7)</sup> Компании, которые находятся ниже определенных пороговых значений, не подлежат включению в процедуры несостоятельности (*fallimento*) или реструктуризации (*concordato preventivo*) (ст. 1.2 Итальянского закона о несостоятельности). Они рассматриваются как потребительские случаи.

<sup>8)</sup> Польский закон о банкротстве содержит лишь небольшое отклонение от общего срока для завершения плана реструктуризации (три месяца для малого и среднего бизнеса вместо четырех).

<sup>9)</sup> Закон о несостоятельности 1986 г. 1А, таблица А1, п. 3.

<sup>10)</sup> Там же. 1А, Приложение А1.

<sup>11)</sup> Там же. 252–263G.

747. Наши исследования также показывают, что практически невозможно дать определение классов бизнесов, которые могут быть обозначены как микро- или малые, которые будут соответствовать всем европейским юрисдикциям<sup>1</sup>. Последние исследования в глобальном масштабе показали, что единого решения для определения ММП не существует<sup>2</sup>. Вместо того, чтобы фокусироваться на цифрах (доход, сотрудники, уровень долга и т.д.), объем привилегий для малого бизнеса должен быть адаптирован к характеристикам, которые оправдывают особый подход к несостоятельности и реструктуризации<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Любое определение МСП, которое включает в себя предприятия среднего бизнеса, даже определило бы пороговые значения, существенно превышающие пороговые значения, указанные в наших обзорах законодательства. См., например, Европейская комиссия: либо менее 250 сотрудников и менее 50 млн евро выручки от продаж, либо менее 250 сотрудников и менее 43 млн евро совокупных активов; Рекомендацию Комиссии относительно определения микро-, малых и средних предприятий [2003] OJ L124 / 36, Приложение I, ст. 2. См. также: Определение США в 11 U.S.C. s 101 (51D) (A): «...совокупные необусловленные ликвидированные обеспеченные и необеспеченные долги [...] на сумму не более 2 000 000 долларов США».

<sup>2</sup> См.: Ronald Davis, Stephan Madaus, Alberto Mazzoni, Irit Mevorach, Riz Mokal, Barbara Romaine, Janis Sarra, and Ignacio Tirado, *The Modular Approach to MSME Insolvency* (working paper, 2016), 14–15; см. также: Oya Pinar Ardic, Nataliya Mylenko, Valentina Saltane, *Small and Medium Enterprises a Cross Country Analysis with a New Data Set*, The World Bank Financial and Private Sector Development Consultative Group to Assist the Poor, Policy Research Working Paper 5538, январь 2011 г. P. 6–8.

<sup>3</sup> André Boraine and Jani van Wyk, *Various Aspects to Consider with Regard to Special Insolvency Rules for Small and Medium-Sized Enterprises in South Africa*, 24 Int. Insolv. Rev. 2015, 228, 240–241; см. также: Brian A. Blum, *The Goals and Process of Reorganizing Small Businesses in Bankruptcy*, 4 J. Small & Emerging Bus. L., 2000. P. 181, 193.

На самом деле есть две специфические характеристики, которые могут быть использованы.

### 10.1.1. Ограниченные ресурсы, ограниченные ожидания третьих лиц

748. Основным препятствием для проведения регулярных процедур реструктуризации или производства по делу о несостоятельности в случае с малым бизнесом является нехватка ресурсов<sup>1</sup>. Как правило, такие компании вступают в процедуру с небольшим количеством свободных активов или вообще без них. В то же время бизнес-идеи обычно очень распространены и взаимозаменяемы (магазин, ресторан, гараж и т.д.)<sup>2</sup>. В результате мало чего удается добиться и, таким образом, нет сил для поиска ресурсов в целях получения возможных решений для необеспеченных кредиторов в процессе ликвидации или реструктуризации даже в ускоренном режиме<sup>3</sup>. Существует также незначительный интерес инвесторов, которые могли бы инициировать процедуру торгов на активы фирмы или бизнес-идеи. Наконец, в фирме практически нет денег на оплату консультаций экспертов<sup>4</sup>, должностного лица в деле о банкротстве или суда. В целом ограниченные ресурсы приводят к ограниченным ожиданиям.

### 10.1.2. Предприниматель

749. Второй характерной особенностью малого бизнеса является его взаимозависимость с предпринимателем<sup>5</sup>. Малый бизнес обычно процветает на идеях и энтузиазме своего предпринимателя и обеспечивает средства к существованию предпринимателя и зачастую семьи предпринимателя. Затруднения такого малого бизнеса являются в то

<sup>1</sup> Там же. P. 195. См. также: Donald R. Korobkin, Vulnerability, Survival, and the Problem of Small Business Bankruptcy, 23 Cap. U. L. Rev. 1994. P. 413, 428: resource poverty.

<sup>2</sup> С этой точки зрения ситуация может быть иной в случаях запуска новой экономики, когда инвесторы могут захотеть инвестировать в новую идею или оригинальный дизайн.

<sup>3</sup> Brian A. Blum, The Goals and Process of Reorganizing Small Businesses in Bankruptcy, in 4 J. Small & Emerging Bus. L. 2000. P. 181, 200.

<sup>4</sup> Ibid. P. 194; Donald R. Korobkin, Vulnerability, Survival, and the Problem of Small Business Bankruptcy, 23 Cap. U. L. Rev. 1994, 413, 427.

<sup>5</sup> André Boraine and Jani van Wyk, Various Aspects to Consider with Regard to Special Insolvency Rules for Small and Medium-Sized Enterprises in South Africa, 24 Int. Insolv. Rev. 2015, 228, 242; Donald R. Korobkin, Vulnerability, Survival, and the Problem of Small Business Bankruptcy, 23 Cap. U. L. Rev. 413, 425 (1994).

же время затруднениями предпринимателя. Этот факт включает в себя не только психологический аспект, который обычно приводит к очень поздним заявлениям о банкротстве и, таким образом, ресурсов в процедуре еще меньше. Это также влияет на социальный аспект, потому что затруднения затрагивают в первую очередь не финансово заинтересованные стороны в бизнесе (поскольку зачастую есть только несколько сотрудников или финансовых кредиторов со значительным объемом требований), а в основном предпринимателей и их семьи. Наконец, сам предприниматель также представляет из себя ограниченный ресурс, что касается его ограниченных навыков и индивидуальных особенностей.

750. Тот факт, что (индивидуальный) предприниматель управляет малым бизнесом, также является важной характеристикой, исключающей случаи несостоятельности групп лиц из сферы действия процедур ММП. Члены группы лиц могут быть малым бизнесом с точки зрения выручки и количества работников, но они не имеют характеристики индивидуального предпринимателя. Вместо этого они принадлежат другим компаниям (будучи их акционерами) и управляются профессиональными руководителями.

### 10.1.3. Нерелевантные факторы

751. Система специальных правил для малого бизнеса основывается на предположении, что общие правила реструктуризации или ликвидации бизнеса не могут применяться в достаточной степени из-за нехватки ресурсов, ожиданий со стороны и иногда навыков участников процедуры. Законодатели должны соответствующим образом определить рамки процедур ММП. Распространенные ссылки на пороговые значения по доходам или работникам, по-видимому, не отражают эти рамки должным образом, поскольку они слишком высоки (в частности, при включении компаний среднего размера).

752. То же самое можно сказать о правилах, которые исключают корпоративных должников из структур ММП. Соответствующая нехватка ресурсов, а также описанные взаимозависимости с предпринимателем могут присутствовать независимо от того, использует предприниматель корпоративную организационно-правовую форму или нет<sup>1</sup>. Учитывая тот факт, что корпоративная вуаль может быть снята личными гарантиями предпринимателя в малом бизнесе в любом

---

<sup>1</sup> André Boraine and Jani van Wyk, Various Aspects to Consider with Regard to Special Insolvency Rules for Small and Medium-Sized Enterprises in South Africa, 24 Int. Insolv. Rev. 2015. P. 228, 242–244.

случае, исключение корпоративных форм малого бизнеса не представляется оправданным.

## **10.2. Специфические проблемы процедур ММП**

753. Применение общих положений о реструктуризации и несостоятельности сталкивается с проблемами в делах ММП на двух уровнях.

### **10.2.1. Микроэкономические проблемы**

754. В микроэкономическом разрезе малый бизнес на пороге несостоятельности зачастую обладает небольшим количеством активов или вообще не имеет активов. Нехватка активов влечет множество последствий. Наиболее очевидным является вопрос о том, как финансировать производство. Оставляя в стороне косвенные издержки каждого лица в деле о банкротстве сопряжено с затратами в виде сборов и вознаграждений, которые уже трудно покрыть (если вообще возможно) для небольшой несостоятельной компании<sup>1</sup>.

755. Кроме того, ограниченный объем активов, подлежащих продаже при ликвидации, не дает стимулов для необеспеченных кредиторов даже активно участвовать в разбирательстве, поскольку такая деятельность обычно связана с дополнительными расходами (на поездки, юридические консультации, почтовые расходы). Ограниченные ожидания приводят к рациональной пассивности кредиторов. Единственным исключением из этого является обеспеченный кредитор, зачастую единственный местный банк, который является движущей силой таких разбирательств, обеспечивающий максимальную отдачу от своего кредита. Обеспеченный кредитор и должник/предприниматель (и, возможно, их семья и сотрудники) являются основными бенефициарами упорядоченной реструктуризации и процедур несостоятельности для типичного малого бизнеса.

756. В целом на микроэкономическом уровне образуется ситуация, в которой преобладают внутренние стимулы проводить процедуру должным образом, в то время как внешние заинтересованные стороны склонны сохранять пассивность<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> См., например, польский Обзор законодательства по Q10.2, в котором говорится, что процедуры банкротства часто слишком дороги для малого бизнеса в Польше.

<sup>2</sup> См. также эмпирическое исследование: Andrea Polo, Secured Creditor Control in Bankruptcy: Costs and Conflict, Andrea Polo, Secured Creditor Control in Bankruptcy. Costs

### 10.2.2. Макроэкономические проблемы

757. Несмотря на то что участники процедуры, кроме предпринимателей и их основного обеспеченного кредитора, мало на что могут рассчитывать, важность усложненного регулирования для ММП обусловлена макроэкономической перспективой. Именно огромное количество малого бизнеса в наших экономиках требует законодательную базу, которая не игнорирует их конкретные потребности. Сегодня предприятия ММП доминируют в экономике во всех государствах-членах по количеству и составляют 99% всего бизнеса в ЕС<sup>1</sup>. Обзор законодательства Англии и Уэльса ссылается на государственную статистику, которая также показывает, что 99% всего бизнеса в Великобритании является малым и средним (с числом занятых менее 250 человек), а 95% всего бизнеса (более миллиона) — это микропредприятия (в которых занято менее 10 человек)<sup>2</sup>. Недавние исследования Международной финансовой корпорации показали, что в глобальном масштабе в 132 странах существует 125 млн «официальных» микро-, малых и средних предприятий, по которым собираются данные, в том числе 89 млн на развивающихся рынках; 83% составляют микропредприятия<sup>3</sup>.

758. Следовательно, хорошо функционирующая платформа реструктуризации и несостоятельности ММП должна быть подготовлена для рассмотрения большого количества дел с незначительными активами или деятельностью кредиторов. В противном случае огромное количество дел может стать бременем для судебной системы и связанных с ней учреждений. В то же время система должна быть эффективной при рассмотрении дел на предмет мошенничества, чтобы быстро дисквалифицировать или, скажем откровенно, вывести из оборота предпринимателя, который потерпел неудачу с бизнес-

---

and Conflict, 2012 (доступно на: <https://ssrn.com/abstract=2084881>), предлагает для бизнеса с нематериальными активами (человеческий капитал), стоимость которых может быть потеряна в процессе публичного предложения, обеспечить эффективность за счет предварительной подготовки продажи актива стороне, связанной с процедурой.

<sup>1</sup> Европейская комиссия, What is an SME (см.: [http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendlyenvironment/sme-definition\\_de](http://ec.europa.eu/growth/smes/business-friendlyenvironment/sme-definition_de)).

<sup>2</sup> Библиотека Палаты общин, бизнес-статистика, 23.11.2016 (доступно на: <http://www.parliament.uk/business/publications/research/briefing-papers/SN06152/business-statistics>).

<sup>3</sup> Khrystyna Kushnir, Melina Laura Mirmulstein and Rita Ramalho, Counting MSMEs Across the World, IFC (доступно на: <http://www.ifc.org/msmecountryindicators>).

идеям. Недавнее макроэкономическое исследование определило расчетные последствия для роста экономики и занятости, которые могут быть получены путем реинтеграции обанкротившихся предпринимателей на рынок<sup>1</sup>.

### **10.3. Конкретные инструменты процедур ММП**

759. Современная структура реструктуризации и несостоятельности ММП должна решать конкретные проблемы этого вида бизнеса как на микро-, так и на макроэкономическом уровне.

#### **10.3.1. Реагирование на микроэкономические проблемы**

760. Ограниченные ресурсы, имеющиеся при несостоятельности ММП, вызывают проблему финансирования, которая не должна решаться путем отказа таким компаниям в доступе к процессуальным действиям. В настоящее время большее число государств-членов даже не открывают<sup>2</sup> или не прекращают производство по делу (например, Бельгия и Испания), если у должника нет достаточных ресурсов для покрытия хотя бы расходов суда и должностного лица в деле о банкротстве; некоторые даже требуют, чтобы должник покрыл все расходы по делу о несостоятельности (например, Польша). Отказ в упорядоченном коллективном разбирательстве для большей группы лиц дает стимул либо к ранней реструктуризации (при наличии достаточного количества времени и средств для успеха), либо к закрытию бизнеса очень поздно — при недостатке активов для оплаты упорядоченного производства, которое позволило бы тщательно проанализировать поведение должника (и кредиторов) в условиях кризиса.

Без должного исследования мошеннические переводы или другие неправомерные действия директоров и кредиторов остаются незамеченными и безнаказанными. Вместо этого законодатели должны обеспечить, чтобы все компании, которые не были добровольно ликвидированы, подчинялись своей схеме несостоятельности (или аналогичного расследования).

---

<sup>1</sup> Jean-Charles Bricongne, Maria Demertzis, Peter Pontuch and Alessandro Turrini, *Macroeconomic Relevance of Insolvency Frameworks in a High-debt Context: An EU Perspective*, Discussion Paper 032 (июнь 2016 г.).

<sup>2</sup> См., например, Австрия, Германия, Греция, а также Великобритания (процедура ликвидации).

### *Финансирование*

761. Финансирование разбирательств в сфере малого бизнеса может быть обеспечено с помощью того, что имущественная масса может пополняться за счет эффективного исполнения требований, связанных с мошенническими переводами и действиями по признанию сделок недействительными, а также исками по привлечению к ответственности бывших директоров. В Германии, например, дела о несостоятельности инициируются только после удостоверения в возможности пополнения ликвидности в результате успешного исполнения требований в процедуре банкротства. Дополнительное финансирование, в частности, для микробизнеса также может быть обеспечено за счет государственной поддержки, например, путем отсрочки оплаты процессуальных издержек (судебные издержки, вознаграждение в области интеллектуальной собственности) до момента окончания разбирательства<sup>1</sup>. Финансирование третьей стороной, например, членами семьи или сторонниками бизнеса в местном сообществе, а также от профессиональных организаций, занимающихся финансированием судебных процессов, следует не только разрешать, но и стимулировать (возможно, путем введения налогового вычета или приоритета для погашения осуществленных вложений после оплаты расходов).

762. В то же время законодатели должны обеспечить, чтобы разбирательства по ММП проводились с учетом затрат на процедуру<sup>2</sup>. Существует несколько государств-членов (см., например, Венгрия, Нидерланды, Швеция и Латвия), которые уже предоставили упрощенные (ликвидационные) процедуры. Здесь затраты на разбирательства уменьшаются на установленный законом период действия разбирательств. Затраты также можно свести к минимуму, если не вводить в процедуру дорогостоящих представителей заинтересованных сторон, таких как комитеты кредиторов<sup>3</sup>, или назначать должностное лицо

---

<sup>1</sup> Например, в Германии большинство дел о банкротстве потребителей началось благодаря положению, введенному только в 2001 г. (Кодекс о несостоятельности, 4а), которое позволяет суду откладывать платежи по издержкам до самого конца процедуры освобождения от обязательств. Во многих случаях расходы покрываются за счет имущества в этот момент. Если это не удастся, то компенсация расходов ложится на государство.

<sup>2</sup> См., например: Обзор законодательства Великобритании по Q10.1, где подчеркивается, что номинал/кандидат в процедуре добровольного урегулирования долгов должен всегда оценивать, достаточно ли у компании средств для ведения торговли в течение периода моратория.

<sup>3</sup> См., например, Германия: в случаях небольших банкротств формирование предварительного комитета кредиторов не обязательно (Положение о несостоятельности, 22а).

в деле о банкротстве только в каждом конкретном случае, если это необходимо и экономически эффективно.

### *Сложность*

763. Процедура для малого бизнеса должна быть легко доступна. Предприниматель должен быть в состоянии инициировать такое разбирательство, если оно кажется полезным или необходимым. Несмотря на свои обычно ограниченные знания в вопросах процедур реструктуризации бизнеса и ограниченные ресурсы для получения консультации предпринимателям, как только они поймут, что у их бизнеса есть проблемы, должен быть предложен вариант реструктуризации, к которому они могут легко получить доступ самостоятельно. Юридические требования к подаче документов, в частности, к процессу реструктуризации, должны отражать эти обстоятельства. Наши обзоры показывают, что чрезмерно сложная или изощренная процедура, в частности, в отношении требований к подаче заявок<sup>1</sup>, практически никогда не используется на практике<sup>2</sup>. Интервью с национальными консультантами также показали, что ликвидация малого бизнеса, которая, конечно, может также включать в себя продажу действующего бизнеса (или продажу обратно владельцу), является доминирующей стратегией во всех юрисдикциях. Тем не менее наши авторы предполагают, что предварительно неплатежеспособные малые предприятия, скорее всего, будут ликвидированы по частям<sup>3</sup>. Такие компании подают заявления о банкротстве слишком поздно (если вообще подают, так как зачастую заявления подаются кредиторами), а для реструктуризации или продажи в качестве действующего бизнеса практически ничего не остается. Хорошо продуманный, простой вариант инициирования реструктуризации в суде обеспечит альтернативу пострадавшему предпринимателю на ранней стадии кризиса.

### *Пассивность*

764. Ограниченные ожидания необеспеченных кредиторов в отношении какого-либо распределения их требований в мелких де-

<sup>1</sup> Последние реформы в Великобритании решили проблему сложности путем смягчения процедурных требований, например, требования о проведении личных встреч.

<sup>2</sup> См., например, в Обзоре законодательства Великобритании по Q10.1 оценку процедуры добровольного урегулирования долгов с мораторием.

<sup>3</sup> См.: Обзор законодательства по Q10.2 из Греции, Италии, Латвии, Нидерландов, Польши, Испании или Англии и Уэльса.

лах о несостоятельности часто приводят к рациональному решению не участвовать в таких разбирательствах. Кредиторская пассивность рациональна. Однако такое поведение вызывает проблему, если разработка структуры реструктуризации и несостоятельности ориентирована на автономию кредиторов и принятие решений кредиторами. Законодатели могут по-разному реагировать на эту особенность банкротных дел малого бизнеса.

765. В одном из вариантов принятие решений будет переложено с кредиторов на суд. Таким образом, пассивность кредиторов не повлияет на законность разбирательства. Недостатком этого перевода полномочий на принятие решения является бремя, которое будет возложено на судей, которые могут быть недостаточно подготовлены для принятия бизнес-решения, когда их просят принять решение о плане реструктуризации<sup>1</sup>.

766. Предпочтительным решением может быть особый подход к пассивности в процессе принятия решений, который остается за кредиторами. В этом случае их активное участие стимулируется тем, что все затронутые кредиторы голосуют по плану (или предложению о продаже) в строгие сроки, а голоса всех неучаствующих кредиторов подсчитываются, как если бы они голосовали за («предполагаемое согласие»). Пассивность будет рассматриваться как одобрение того, что предлагается и делается в ходе разбирательства. При таком одобрении пассивные кредиторы также могут потерять право на обжалование решения. Такая структура должна быть в состоянии активировать несогласных кредиторов при одновременном снижении общих затрат на участие, поскольку кредиторы должны будут фактически участвовать (с учетом всех затрат), если они чувствуют, что могут добиться большего успеха, следуя другой стратегии или плану. Рациональная пассивность больше не наносит ущерба процессу, а облегчает их.

### *Злоупотребление*

767. Любые усилия по содействию доступу к инструментам реструктуризации и несостоятельности, а также успех таких разбирательств

---

<sup>1</sup> Douglas G. Baird and Edward R. Morrison, Bankruptcy Decision Making, J. L. Econ. & Org. 356, 366–367 (2001): «...судья в деле о банкротстве обладает скудными полномочиями по принятию решения о закрытии». См. также: Barry E. Adler and Ian Ayres, A Dilution Mechanism for Valuing Corporations in Bankruptcy, 111 Yale L. J. 2001–2002. P. 83, 90; Yaad Rotem, Better Positioned Agents: Introducing a New Redeployment Model for Corporate Bankruptcy Law, 10 U. Pa. J. Bus. & Emp. L. 2007–2008. P. 509, 525.

допускают злоупотребление этими процедурами. Быстро инициируемая процедура, основанная на упрощенном предложении, результат которой был одобрен в основном пассивными кредиторами, буквально приглашает нечестных предпринимателей, которые ищут способ избежать ответственности перед своими кредиторами. Лучший способ противостоять таким стратегиям не должен включать в себя жесткие требования к подаче документов или большие препятствия для того, чтобы план был утвержден кредиторами. Вместо этого законодатели должны обратиться к заинтересованным сторонам, которые также действительно заинтересованы в результатах небольших дел о несостоятельности или реструктуризации. Заинтересованные стороны, такие как основной финансовый кредитор (обычно обеспеченный кредитор), основной торговый кредитор или государственный орган (например, налоговый или социальный орган), имеют ресурсы, а также стимулы для инициирования и пристального наблюдения даже за небольшими делами и должного реагирования, если они подозревают недобросовестное поведение должника.

768. Представляется предпочтительным не устанавливать строгую проверку на предмет злоупотребления на этапе возбуждения дела (что обычно влечет за собой строгие обязанности должника по предоставлению большого объема информации). Вместо этого следует использовать ход разбирательства для сбора информации и принятия решения о возможной недобросовестности в стратегии должника. Кроме того, такая стратегия может быть подорвана путем ограничения гарантированных последствий начавшегося разбирательства, в частности, с самого начала предоставления лишь короткого моратория (например, 14 дней в Великобритании IVA<sup>1</sup>) или короткого срока для попыток реструктуризации (см., например, Польша). Законодатели могут также рассмотреть возможность уравнивания негативных последствий правила «не голосовал, значит, поддержал», не предоставляя право голоса совсем или ограничивая его сотрудникам должника в тех случаях, когда они имеют право голосовать, поскольку они являются кредиторами.

### 10.3.2. Макроэкономические проблемы

769. Еще один важный аспект любого регулирования, касающегося дел о банкротстве малого бизнеса, связан с тем, что их очень много. Ис-

---

<sup>1</sup> Закон о несостоятельности 1986 г., 255 (5).

ходя из структуры экономики во всех государствах-членах, в которой доминирует малый бизнес, эффективная структура реструктуризации и несостоятельности таких компаний может привести к большому числу дел. Огромное количество дел представляет собой усложнение для правовых и институциональных рамок несостоятельности малого бизнеса. Эту проблему можно решить путем децентрализации и автоматизации управления делами, с одной стороны, и сокращения таких процедур – с другой.

### *Децентрализация и автоматизация*

770. Традиционное производство по делу о несостоятельности и реструктуризации является судебным разбирательством. Поскольку количество судов и судей во всех государствах-членах ограничено и, как правило, загружено до предела, дополнительная нагрузка по делу, вызванная эффективными разбирательствами дел малого бизнеса, может привести к дополнительной задержке и увеличению длительности любой судебной процедуры. Поэтому любое регулирование относительно дел малого бизнеса должно пытаться спасти скудные ресурсы судебной системы от перегрузки.

771. Один из вариантов может потребовать от должника попытаться провести внесудебное урегулирование, прежде чем ему разрешат обратиться в суд. Такое требование побудит должников начать переговоры со своими кредиторами, прежде чем обращаться в суд. Это, однако, также означает, что должники не могут просто и быстро начать процедуру реструктуризации или производства по делу о несостоятельности в условиях кризиса. Таким образом, требование об обязательной попытке внесудебного урегулирования противоречило бы цели низкого входного барьера, а именно эта цель должна иметь определяющее значение. Опыт Германии, где требование об обязательной попытке внесудебного урегулирования существует для неплатежеспособного потребителя более 15 лет, показывает, что такое препятствие не приводит к значительному количеству успешных процедур внесудебного урегулирования и, следовательно, мало влияет на ограничение числа случаев, доходящих до суда<sup>1</sup>. Кроме того, чем позже начинается реструктуризация, тем выше будут финансовые затруднения (в частности, связанные с отвлечением предпринимателя от ведения реального бизнеса).

---

<sup>1</sup> Опыт Германии см.: Werner Sternal, Uhlenbruck, Insolvenzordnung, § 305, п. 11.

772. Предпочтительный способ освободить судей от чрезмерного бремени по делам малого бизнеса состоит в том, чтобы передать такие дела для их разрешения другому учреждению и привлекать суды только тогда, когда это необходимо в отношении конституционных прав заинтересованных сторон. Как правило, конституционное право быть заслушанным судьей имеет значение, если заинтересованная сторона процедуры активно возражает против решения, затрагивающего ее права<sup>1</sup>. В зависимости от конституционного требования в государстве-члене законодатели должны разрешать администрирование дел малого бизнеса, осуществляемое местными властями (возможно, властями и органами, которые предназначены для выполнения этой задачи)<sup>2</sup>. Управление делами также может быть поручено частным лицам, в частности мажоритарному финансовому кредитору, который будет определять судьбу большей части активов должника в частном порядке, за рамками закона о несостоятельности<sup>3</sup>.

773. Кроме того, следует минимизировать рабочую нагрузку любого субъекта, которому поручено рассмотрение дел малого бизнеса, с использованием современных инструментов информационных технологий для сбора и распространения информации. Законодатель должен предусмотреть простые формы для подачи документов<sup>4</sup> или, по возможности, только интерактивные шаблоны, которые не только позволят должнику легко инициировать разбирательство, но и позволят административному органу легко обрабатывать и распространять всю соответствующую информацию.

---

<sup>1</sup> См., в частности, процедуру добровольного урегулирования долгов в соответствии с английским законодательством, где решение суда не требуется, если пострадавший кредитор не подал никаких возражений.

<sup>2</sup> См., например, «группу урегулирования кризисов» для плана погашения задолженности и списания физических лиц в Италии.

<sup>3</sup> В Нидерландах главный финансовый кредитор малого бизнеса (обычно голландский банк) уже активно участвует в «интенсивной стратегии коучинга и поддержки для сопровождения должника в трудные финансовые времена»; см. Обзор законодательства в Нидерландах по Q10.2. Отсюда следует, что это лишь маленький шаг, чтобы привлечь их к проведению официальной реструктуризации или ликвидации; Carsten Jungmann, Grundpfandgläubiger und Unternehmensinsolvenz, Deutschland – England – Schottland (Bonn, Köln, Berlin, München 2004), 422; Andrea Polo, Secured Creditor Control in Bankruptcy: Costs and Conflict, 2016. P. 4–7 (доступно на: <http://ssrn.com/abstract=2084881>).

<sup>4</sup> См., например, немецкий закон, который требует использования официальной формы для подачи ходатайства о несостоятельности потребителя. См.: Положение о несостоятельности, 305 (5)2 (доступно на: [http://www.bmjv.de/DE/Service/Formulare/Formulare\\_node.html](http://www.bmjv.de/DE/Service/Formulare/Formulare_node.html)).

### *Ускорение разбирательства*

774. Наконец, бремя, связанное с количеством дел, можно уменьшить, ограничив время их разрешения в суде. Любая (добровольная и недобровольная) процедура ликвидации должна проводиться быстро. Обзор законодательства Испании и Франции указывает на использование сроков ускоренной ликвидации. Кроме того, ликвидация в целом может быть оставлена для обеспеченного кредитора вне производства, если в имуществе малого предприятия нет необремененных активов.

775. В случае процедуры реструктуризации для небольших дел короткие сроки (например, 14 дней) должны ограничивать возможность приостановления, а также время для представления плана и голосования. Если кредиторы приходят к выводу, что должник только тратит время на процедуру реструктуризации, они должны иметь возможность подать ходатайство о прекращении реструктуризации и начале ликвидации. Такое предложение должно удовлетворяться, если оно подано кредитором или рядом кредиторов с правом голоса наложить вето на любой план.

### *Быстрое освобождение предпринимателей от обязательств*

776. В настоящее время большинство дел о несостоятельности ММП не направлены на реструктуризацию (что можно изменить, сделав вариант реструктуризации более жизнеспособным, следуя нашим рекомендациям); они инициируются для того, чтобы закрыть бизнес и добиться освобождения предпринимателя от долга, связанного с бизнесом. В таких случаях основная цель производства по делу о несостоятельности смещается — от максимизации выплат для кредиторов до обеспечения справедливости погашения. Большинство из этих (многочисленных) дел ведутся без удовлетворения требований необеспеченных кредиторов. Тем не менее проведение таких разбирательств является обязательным во всех государствах-членах, чтобы прийти к освобождению от обязательств<sup>1</sup>.

777. Макроэкономическая задача, позволяющая предпринимателям начать все с нуля, завершается либо путем переустройства их про-

---

<sup>1</sup> Это справедливо даже в таких юрисдикциях, как Германия, в которых предусмотрены отдельные процедуры для производства по делу о несостоятельности и освобождения от обязательств: производство по делу о несостоятельности должно быть завершено в первую очередь до того, как должнику будет разрешен доступ к процессу освобождения от обязательств. См.: Положение о несостоятельности. С. 286.

блемного, но жизнеспособного бизнеса в процессе реструктуризации, либо путем освобождения от обязательств индивидуального предпринимателя во время или после продажи или ликвидации их бизнеса. Для решения последней задачи ряд юрисдикций отводит предпринимателю процедуру урегулирования задолженности, доступную для всех лиц<sup>1</sup>; только несколько государств-членов сообщили о конкретных положениях по освобождению от обязательств несостоятельных предпринимателей<sup>2</sup> или торговцев<sup>3</sup>.

778. Необходимо отметить, что в нынешних условиях индивидуальный предприниматель часто не освобождается от долга, связанного с предпринимательской деятельностью, одновременно с завершением процедуры ликвидации (за исключением лишь нескольких юрисдикций)<sup>4</sup>. Вместо этого несостоятельные предприниматели часто обязаны «заработать на освобождение от обязательств» с будущих доходов, распределяя основную часть своих будущих доходов на годы, чтобы в конечном счете освободиться от обязательств<sup>5</sup>. Кажется, что добропорядочность должника не просто вытекает из факта, что он теряет все свои активы в результате несостоятельности. Вместо этого

---

<sup>1</sup> См. обзоры законодательства по Q10.3 из Австрии, Германии, Нидерландов, Польши и Испании.

<sup>2</sup> См. Бельгия или Латвия, где добросовестных предпринимателей немедленно освобождают от обязательств по запросу после завершения дел, в которых их бизнес был продан или закрыт. Честность предполагается. В Италии предприниматель, который соблюдает требования, предусмотренные законом, и который частично погасил свои долги, освобождается от ответственности в случае прекращения производства по делу о несостоятельности. Согласно английскому законодательству увольнение должника происходит автоматически в конце периода в один год начиная с даты, когда был вынесен приказ о банкротстве (Закон о несостоятельности 1986 г., 279 (1)). Предприниматель-банкрот может быть освобожден от обязательств даже раньше, если управляющий направит в суд уведомление о том, что расследование поведения и дела банкрота не является необходимым или завершено (Закон о несостоятельности 1986 г., 279 (2)).

<sup>3</sup> См. Греция, где освобождение предпринимателей от обязательств может быть предоставлено через два года после объявления о банкротстве. Требуется добросовестность должника на момент объявления о банкротстве и в ходе производства по делу о несостоятельности, а также его добросовестное сотрудничество с участниками процедуры банкротства. Кроме того, несостоятельность не должна быть результатом мошенничества должника (Кодекс о банкротстве. Ст. 168 и 169). Лица, не являющиеся коммерсантами, могут получить выписку только через три года.

<sup>4</sup> Такое немедленное увольнение будет отражать стандарт, установленный Принципами Европейского закона о несостоятельности (2003). § 13.2.

<sup>5</sup> См. Австрия (3–7 лет), Германия (3–6 лет). Согласно испанскому законодательству требуются определенные минимальные платежи для немедленного освобождения от обязательств.

должникам необходимо доказать, что они могут быть освобождены от обязательств, отработав (пытаясь отработать) свой оставшийся старый долг. И даже если они делают это, некоторые правовые режимы ограничивают эффект освобождения от обязательств таким образом, что он даже не включает значительную часть оставшегося долга. Такое правовое регулирование не представляется подходящим для достижения быстрой и макроэкономически желательной реинтеграции предпринимателей в экономику<sup>1</sup>. Вместо этого законодатели должны обеспечить, чтобы предприниматели, которые предоставляют все свои активы для погашения старого долга, имели надежный путь для погашения их из всех<sup>2</sup> долгов, связанных с предпринимательской деятельностью<sup>3</sup>, к концу производства по делу о несостоятельности, если нет возражений в связи с каким-либо мошенническим поведением. Если такое поведение обнаруживается позднее, освобождение от обязательств должно быть отменено. В результате «цена» освобождения от обязательств требует от должника, который не действовал недобросовестно, предоставить все свои оставшиеся активы. Если должник намеревается сохранить часть своего состояния во время освобождения от обязательств, он должен предоставить план платежей, который вступает в силу, если кредиторы соглашаются с оговоренным большинством.

#### 10.4. Рекомендации

**Рекомендация 10.01:** Государствам-членам следует определить сферу применения специальных положений для дел о реструктуризации малого бизнеса и делах о несостоятельности с уделением особого внимания микро- и малому бизнесу. Государства-члены не должны кон-

---

<sup>1</sup> См.: DG Justice, Initiative on insolvency – Inception Impact Assessment, 03/03/2016. P. 2–3. В более общем виде см.: Stephan Madaus, The Impact on SMEs of the Proposal of Preventive Restructuring, Second Chance and Improvement Measures, an In-Depth Analysis (PE 583.151, май 2017 г.) по запросу Департамента политики Европейского парламента в отношении граждан. «Права и конституционные вопросы» (доступно на: [www.europarl.europa.eu/RedData/etudes/IDAN/2017?583151/IPOL\\_IDA\(2017\)583151\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RedData/etudes/IDAN/2017?583151/IPOL_IDA(2017)583151_EN.pdf)).

<sup>2</sup> Это основное правило не исключает узких исключений из полного освобождения от штрафов и взысканий.

<sup>3</sup> Различие долга, связанного с бизнесом, и частного долга может быть затруднительно для многих предпринимателей малого бизнеса. Законодатели должны разработать определенное правило относительно освобождения от обязательств и, возможно, не проводить различия между обоими типами долга с целью эффективного освобождения от обязательств.

центрироваться на среднем бизнесе, поскольку он обычно не требует особого отношения.

**Рекомендация 10.02:** Государства-члены должны обеспечить, чтобы несостоятельный (стоящий на грани несостоятельности) микро- и малый бизнес имел доступ к процедуре банкротства независимо от имеющихся активов для покрытия расходов на производство.

**Рекомендация 10.03:** Государствам-членам следует разрешить отсрочку оплаты процессуальных издержек (процедура по делу о несостоятельности), чтобы обеспечить тщательное расследование и эффективное исполнение требований касательно вывода активов, действий по признанию сделки недействительной, а также требований о привлечении к ответственности директора должника.

**Рекомендация 10.04:** Государствам-членам следует рассмотреть вопрос о финансировании процедурных расходов на реструктуризацию и производство по делу о несостоятельности по делам, не связанным с активами, за счет государственных средств и дальнейшего стимулирования финансирования третьей стороной процесса реструктуризации и производства по делу о несостоятельности (например, путем первоочередной выплаты этих средств и (или) налогового вычета).

**Рекомендация 10.05:** Государствам-членам следует снизить сложность и продолжительность дел малого бизнеса, чтобы ограничить расходы, а также облегчить доступ к процедурам для индивидуальных предпринимателей, обладающих слабой квалификацией.

**Рекомендация 10.06:** Государствам-членам следует учитывать рациональную пассивность кредиторов в правилах принятия решения о плане реструктуризации, продаже бизнеса или частичной ликвидации по условному правилу одобрения. Для обеспечения скорости и эффективности разбирательства неучаствующие кредиторы также не должны иметь возможность откладывать разбирательство на более позднем этапе путем обращения в (вышестоящие) суды.

**Рекомендация 10.07:** Государствам-членам следует обеспечить, чтобы упрощенные процедуры для микро- и малого бизнеса не использовались для лишения прав кредиторов. Однако добросовестность должника не должна подвергаться проверке в первый день разбирательства на основании обширных требований к подаче заявления, а должна подвергаться тщательному анализу в ходе рассмотрения дела о несостоятельности в суде, участниками дела о банкротстве, соответствующими государственными органами (налоговыми или социальными) и кредиторами (финансирующий банк; торговый кредитор). В случае доказанной недобросовестности эффективной

санкцией должен послужить отказ от освобождения предпринимателя от обязательств.

**Рекомендация 10.08:** Государствам-членам следует рассмотреть вопрос о том, чтобы разбирательства в отношении микро- и малого бизнеса осуществлялись вне судебной системы (государственными органами или обеспеченными кредиторами или другими частными организациями), и привлекать суды только к рассмотрению возражений и апелляций, если их законы это позволяют.

**Рекомендация 10.09:** Государствам-членам следует ограничить административное бремя ведения дел микро- и малого бизнеса, используя обязательные шаблоны и современные инструменты информационных технологий, такие как интерактивные шаблоны.

**Рекомендация 10.10:** Государствам-членам следует устанавливать короткие периоды для приостановления или выработки проекта плана, чтобы ограничить возможности для злоупотреблений, а также снизить общую продолжительность разбирательства.

**Рекомендация 10.11:** Государствам-членам следует предусмотреть безопасный способ для неплатежеспособных предпринимателей для погашения всей задолженности, связанной с предпринимательской деятельностью, к концу производства по делу о несостоятельности, если нет возражений, основанных на недобросовестном поведении должника.

## **ПРИЛОЖЕНИЯ**

## АНКЕТА ДЛЯ НАЦИОНАЛЬНЫХ КОНСУЛЬТАНТОВ ПО НАЦИОНАЛЬНЫМ ОБЗОРАМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

### Проект спасения бизнеса ИЕП: анкета для национальных консультантов

#### *Руководство для национальных консультантов при ответе на анкету*

1. Анкета соответствует 10 темам, указанным в проекте ИЕП.
2. Двух национальных консультантов для каждой юрисдикции просят связаться друг с другом, чтобы сформулировать ответы на анкету, а затем предоставить один ответ, набрав ответы на каждый поставленный вопрос и вернув заполненный документ авторам до [Дата представления].
3. При ответе на вопросы, пожалуйста, предоставьте краткие и точные ответы.
4. Все вопросы относятся к национальной правовой системе национального консультанта, за исключением норм международного частного права.
5. За некоторыми вопросами следуют соответствующие вопросы/предложения, которые при необходимости также должны рассматриваться национальными консультантами.
6. Национальным консультантам предлагается указать следующие специальные термины и их значение:
  - «Спасение бизнеса»: за исключением случаев, когда в вопросе указано иное, ссылки на «спасение бизнеса» следует понимать как спасение должника (так, чтобы сама компания выжила), так и спасение действующего бизнеса должника (продолжается ли ведение бизнеса в той же организации или нет). Это следует противопоставлять продаже активов должника по частям или единым лотом.
  - «Процедура (пред)банкротства» или «пред(банкротное) производство»: в вопросах 1.1.2 и 1.1.4 предлагается, чтобы респонденты определили формальные процедуры перед неплатежеспособностью и формальные процедуры несостоятельности, которые можно использовать для достижения результатов спасения бизнеса. За исключением случаев,

когда в вопросе указано иное, любые ссылки в последующих разделах на «*процедура (пред)банкротства*» или «*(пред)банкротное производство*» должны толковаться как относящиеся к процедурам, указанным в ответах на вопросы 1.1.2 и 1.1.4, т.е. они относятся только к тем формальным процедурам, которые могут быть использованы для достижения результата спасения бизнеса, тем самым исключая все другие формальные процедуры.

«*Должник*»: ссылки на должников следует интерпретировать таким образом, чтобы исключить ссылки на банковских и страховых должников и ссылки на банкротства потребителей. Во избежание сомнений к должникам относятся самозанятые и предприниматели, а также юридические лица.

7. Национальных консультантов просят конкретно указать источник любого правила при обозначении ответа, к которому они относятся (например, указать соответствующий закон и номер раздела/статьи; случай, который привел к тому, что правило интерпретируется определенным образом), и т.д.

8. В ответ на вопрос о том, существует ли конкретное правило, национальным консультантам предлагается рассмотреть вопрос о том, существует ли другой тип правила, выполняющего эквивалентную функцию, если они ответят, что такого правила не существует, определить его.

9. При ответе «Неприменимо» на поставленный вопрос национальных консультантов просят объяснить причину такого ответа, если только это не будет очевидно.

10. Вопросы в основном касаются текущего состояния законодательства в каждой юрисдикции. Национальным консультантам также будет предложено высказать свое мнение о недостатках в законодательстве и своих рекомендациях по исправлению положения в отдельном «нормативном отчете». Список из 5–10 открытых вопросов будет предоставлен на более позднем этапе, чтобы помочь структурировать данный краткий отчет.

Любые запросы по вопроснику следует направлять авторам по адресу электронной почты: [businessrescue@europeanlawinstitute.eu](mailto:businessrescue@europeanlawinstitute.eu)

*ИЕП и авторы благодарят национальных консультантов за время, потраченное на подготовку ответов на данный вопросник.*

## **1. Управление и надзор за спасением в суде и вне суда**

### **1.2. Условия для внесудебного урегулирования, условия для иницирования таких «процедур», условия для иницирования формальных предбанкротных и банкротных процедур**

#### **1.2.1. Внесудебное урегулирование:**

(а) Существуют ли какие-либо устоявшиеся методы для облегчения внесудебного урегулирования (т.е. урегулирование проводится без какой-либо формальной процедуры реструктуризации или несостоятельности)?

*Например: некоторые юрисдикции разработали (например, через свой Центральный банк или Банковскую ассоциацию) структуру, позволяющую вести переговоры о реструктуризации для должников, работающих с несколькими банками.*

(b) Включает ли закон конкретные правила, позволяющие или облегчающие внесудебное урегулирование?

*Например: существуют ли нормы налогового законодательства, которые способствуют реструктуризации или продаже действующего бизнеса путем предоставления стимулов или устранения препятствий для реструктуризации? Предусматривает ли закон государственный орган, судью, суд или трибунал для оказания помощи в переговорах о внесудебном урегулировании?*

#### **1.2.2. Процедуры перед несостоятельностью:**

(а) Предусматривает ли закон какую-либо формальную процедуру перед несостоятельностью в дополнение к основным формальным процедурам несостоятельности, которые могут использоваться для обеспечения спасения бизнеса должником в период затруднения или в преддверии такого периода?

(b) Каковы общие условия для иницирования/начала производства по делу о несостоятельности?

*Например: должны ли они быть иницированы только должником или также кредиторами (и если последнее, то требуется ли минимальное количество кредиторов или минимальная сумма требований)? Требуется ли уведомление кредиторов по инициативе должника? Разрешено ли иницировать процедуру другим сторонам, таким как государственное учреждение или прокурор? Можно ли запретить должнику или (определенным) кредиторам запрашивать такое разбирательство (например, на основании принципа злоупотребления правом)?*

(c) В тех случаях, когда должник является юридическим лицом: какие органы имеют право принимать решение о том, следует ли компании иницировать предбанкротные процедуры?

*Например: требуется ли предварительное одобрение общего собрания акционеров? Защищены ли миноритарные акционеры от вытеснения в ходе таких разбирательств, инициированных основными акционерами? Требуется ли предварительная консультация или одобрение совета компании или любая другая форма консультации с работниками?*

(d) Какие правила раскрытия информации применяются к подаче и открытию таких процедур несостоятельности (исключая любые требования, установленные законодательством о ценных бумагах для зарегистрированных на бирже компаний)?

*Например: публикуется ли запрос об инициировании производства? Инвесторы уведомляются о таком запросе? Если да, оповещены ли они индивидуальным уведомлением или сообщением, содержащим общую информацию для всех кредиторов? Форма публичного сообщения: официальная газета, иные газеты, судебный реестр, торговый реестр, онлайн? Существуют ли специальные правила для иностранных кредиторов?*

### 1.2.3. Формальные процедуры несостоятельности в целом:

(a) Какие формальные процедуры несостоятельности доступны для должников, ведущих коммерческую деятельность, и каковы (если есть) заявленные цели этих процедур?

(b) Предусматривает ли закон какую-либо иерархию или порядок приоритетов в отношении цели и (или) результатов производства по делу о несостоятельности?

*Например: требует ли закон проведения санации до частичной продажи активов должника и (если так) требует ли проведения реструктуризации до продажи действующего бизнеса?*

1.2.4. Формальные процедуры несостоятельности, которые могут быть использованы для достижения результатов спасения бизнеса:

(a) Какие из процедур несостоятельности, указанных в п. 1.2.3 (примечание переводчика: исправлена ошибка нумерации в первоисточнике) выше, могут быть использованы для обеспечения спасения бизнеса?

(b) Каковы общие условия подачи ходатайства о возбуждении производства по делу о несостоятельности?

*Например: должны ли они быть инициированы только должником или также кредиторами (и, если требуются кредиторы, существует ли минимальное количество кредиторов или минимальный объем требований?).*

*Разрешено ли инициировать другим сторонам, таким как государственное учреждение или прокурор? Можно ли запретить должнику или (определенным) кредиторам инициировать такое разбирательство (например, на основании принципа злоупотребления правом)?*

(с) Если должник является юридическим лицом и имеет право инициировать производство по делу о своей несостоятельности, какие органы должника имеют право принимать такое решение?

*Например: требуется ли предварительное одобрение общего собрания акционеров? Защищены ли миноритарные акционеры от вытеснения в ходе таких разбирательств, инициированных основными акционерами? Требуется ли предварительная консультация или одобрение совета компании или любая другая форма консультации с работниками?*

(d) Имеется ли временной промежуток между подачей заявления и принятием решения об инициировании процедуры? Вправе ли суд накладывать временные обеспечительные меры в отношении имущественной массы?

*Например: может ли суд назначить предварительное приостановление или назначить предварительного администратора, чтобы защитить имущество при исследовании условий введения процедуры?*

(е) каковы общие условия для инициирования/начала производства по делу о несостоятельности?

*Например: каковы соответствующие условия/требования, которые должны быть выполнены, чтобы открыть разбирательство? Всегда ли они актуальны или могут быть отменены, чтобы способствовать спасению бизнеса (например, по решению суда или голосованием кредиторов)? Может ли суд расследовать все соответствующие факты в силу возложенных на него обязанностей (ex officio)? Если нет, какую информацию и документы должен предоставить заявитель вместе с их запросом (например, финансовые коэффициенты, предложение плана, свидетельство эксперта о возможности предполагаемого спасения бизнеса, предварительное согласие кредиторов)? Предусматривает ли закон состязательный процесс, включая слушание и полный объем доказательств? Что такое стандарт доказательств и кто несет бремя доказывания? Какие заинтересованные стороны должны быть услышаны? Должно ли решение об открытии производства приниматься независимым беспристрастным судом (см. ст. 6 Европейской конвенции по правам человека)? Предоставляет ли закон любому заинтересованному лицу право на обжалование открытия процедуры? Если да, задерживает ли такое обжалование течение процедуры?*

(f) Исключает ли закон использование процедур несостоятельности должниками, деятельность которых нецелесообразна (т.е. экономически, а не просто должниками, испытывающими финансовые затруднения), и если да, то каким образом?

(g) Какие правила раскрытия информации применяются к инициированию и открытию процедур неплатежеспособности (исключая

любые требования, установленные законодательством о ценных бумагах для зарегистрированных на бирже компаний)?

*Например: опубликован ли запрос об открытии производства? Инвесторы активно информированы о такой регистрации? Если да, оповещены ли они индивидуальным уведомлением или сообщением, содержащим общую информацию для всех кредиторов? Существуют ли конкретные требования в отношении раскрытия информации относительно открытия производства по делу о несостоятельности? Если да, предназначены ли они для того, чтобы сделать процесс видимым в другом государстве-члене? Форма рекламы: официальная газета, иные газеты, судебный реестр, торговый реестр, онлайн? Уведомление иностранных кредиторов?*

### **1.3. Роль суда, судьи в порядке надзора или иного государственного органа**

#### **1.3.1. Кто контролирует (пред)банкротные процедуры?**

*Например: если надзор не входит в зону судебного контроля, существует ли другая форма надзора, и если да, то кем (комитет кредиторов; агентство; управляющий и (или) надзор за этими управляющими со стороны органа, лицензирующего управляющих)? В таком случае, сохраняются ли полномочия суда?*

1.3.2. Если суд выполняет надзорную функцию в отношении (пред)банкротных процедур:

#### **а) Каков характер и объем полномочий суда?**

*Например: участвует ли суд в определенных (существенных) решениях, принятых должником или банкротным управляющим, и если да, то в каких? Может ли суд дать обязательные инструкции должнику или банкротному управляющему, если это применимо (например, по запросу участников процедуры или по его собственному ходатайству)?*

(b) исполняется ли эта функция специализированным судом по делам о несостоятельности, или специализированным отделом по вопросам несостоятельности в рамках суда, или специализированным судьей по делам о несостоятельности?

(c) Являются ли действия суда подлежащими пересмотру, и если да, то кем и на каком основании?

1.3.3. Кто несет ответственность за разработку регулирования практики и процедур, которые применяются к тем (пред)банкротным процедурам, которые связаны с судом?

1.3.4. Какие (если таковые имеются) государственные органы участвуют в спасении бизнеса и с какой целью?

*Например: уполномочены ли некоторые государственные регулирующие органы издавать нормативные акты или устанавливать (необязатель-*

ные) руководящие принципы по вопросам несостоятельности, такие как советы по несостоятельности или служба несостоятельности? Какие именно задачи им поручены? Назначены ли лица для самостоятельной работы? Уполномочены ли какие-либо органы на вмешательство от имени правительства в санацию стратегически важных компаний?

#### **1.4. Статус, полномочия и надзор за управляющими в деле о банкротстве; обязанности и ответственность директоров**

1.4.1. Включают ли (пред)банкротные процедуры участие управляющих?

1.4.2. В любой (пред)банкротной процедуре, в которой участвуют управляющие:

(а) Кто может быть назначен на должность управляющего в деле о банкротстве?

*Например: должен ли управляющий в деле о банкротстве иметь лицензию или быть зарегистрированным в официальном списке или иным образом иметь официальное разрешение? Применяются ли конкретные квалификационные требования к управляющим в деле о банкротстве (например, общий опыт работы в сфере бизнеса и (или) законодательства о банкротстве, обязательная (последипломная) профессиональная подготовка и какие-либо требования в отношении непрерывной подготовки, обязательное членство в профессиональной ассоциации, подтверждение отсутствия судимости)?*

(b) как назначаются управляющие?

*Например: Какова процедура назначения? Процедура ведется судом? На это могут повлиять или принять решение кредиторы? Может ли оспариваться назначение, и если да, то кем и на каком основании?*

(c) Какие полномочия имеют управляющие в каждой процедуре?

*Например: имеет ли управляющий в деле о банкротстве право управлять бизнесом должника, заключать новые контракты от его имени и продавать активы должника? Имеет ли управляющий в деле о банкротстве право на принудительное изготовление документов должником или его руководством или другими третьими лицами? Требуется ли управляющему в деле о банкротстве предварительное разрешение (например, утверждение суда или комитета кредиторов) для осуществления своих полномочий, и если да, то при каких обстоятельствах? Какие санкции применяются, если управляющий в деле о банкротстве действует без разрешения или вне сферы своих полномочий? Если активы должника включают в себя акции компании, может ли управляющий в деле о банкротстве пользоваться правами акционера согласно корпоративному законодательству?*

(d) Какие обязательства несут управляющие и перед кем? Какие санкции применяются за нарушение обязанностей управляющих и включают ли они какой-либо риск личной ответственности?

(e) Какие обязательства по отчетности несут управляющие?

*Например: Какую информацию нужно предоставить кредиторам или акционерам? Какая информация должна быть общедоступной (например, кадастры, публичные отчеты и т.д.)? Как публикуется такая информация (например, онлайн, в суде) и как часто?*

(f) Как оплачивается работа управляющих?

*Например: является ли вознаграждение основанным на почасовой ставке, фиксированной ставке, проценте от реализации имущества должника или комбинации вышеуказанного? Это общая ставка или ее можно скорректировать, основываясь, например, на опыте банкротного управляющего и сложности дела? Влияет ли на вознаграждение результат процедуры (например, через выплату «бонуса» за максимальный размер возмещения или спасение бизнеса должника)? Существует ли тарифная система, ограничивающая максимальный размер вознаграждения, которое может получить банкротный управляющий?*

1.3.3.<sup>1</sup> Налагает ли закон какие-либо особые обязанности на директоров проблемных компаний и (если так) каковы последствия нарушений?

*Например: существует ли обязанность директоров подавать заявление о возбуждении производства по делу о несостоятельности или предбанкротного производства, или существуют ли другие мотивы у директоров для совершения этих действий (например, применение защитных мер или защита от персональной ответственности директоров и т.д.)? Каковы последствия задержки или преждевременной подачи заявления о банкротстве директором должника (гражданская и (или) уголовная ответственность)?*

1.3.4. Если должник является юридическим лицом, после начала (пред)банкротных процедур:

(а) Разрешает ли закон должникам оставаться во владении активами, и если да, то при каких обстоятельствах и при каких (пред)банкротных процедурах? Есть ли какие-либо ограничения в их управленческих полномочиях?

(б) Предусмотрена ли особая ответственность для директоров, управляющих должником, сохраняющим владение?

---

<sup>1</sup> Некорректная нумерация в первоисточнике. — *Примеч. пер.*

(с) Позволяет ли закон заменять отдельных директоров должника во владении кредиторами, специальными советниками и (или) управляющим в деле о банкротстве, и если да, то при каких обстоятельствах?

(d) Если должники не остаются во владении, какие (если таковые имеются) остаточные полномочия остаются у директоров в каждой соответствующей (пред)банкротной процедуре и предъявляются ли какие-либо особые требования к осуществлению таких полномочий?

*Например: требуется ли директору согласие управляющего, кредиторов, акционеров или суда на осуществление любых остаточных полномочий?*

#### **1.4. Как неудачные попытки спасения бизнеса в (пред)банкротных процедурах прекращаются или переходят в другие процедуры?**

1.4.1. Ограничивает ли закон время, в течение которого (пред)банкротные процедуры могут использоваться для спасения бизнеса, например, время для подготовки и представления плана финансового оздоровления?

1.4.2. В более общем смысле при каких обстоятельствах эти (пред)банкротные процедуры:

а) будут прекращены;

б) преобразованы в другую процедуру, такую как (в случае корпоративного должника) ликвидация?

1.4.3. Если любая форма процедуры несостоятельности приводит к прекращению деятельности и ликвидации должника (как в случае, когда бизнес должника продается как действующий, а оставшаяся компания ликвидируется), какие правила применяются в тех случаях, когда впоследствии обнаруживаются дополнительные активы должника?

*Например: можно ли подать заявление о восстановлении компании в реестре, чтобы актив можно было вернуть и распределить среди кредиторов?*

## **2. Финансирование спасения, включая особо важных поставщиков, и другое влияние на ликвидность; приостановление исполнения требований**

### **2.1. Текущие расходы и их возмещение**

2.1.1. Какие текущие расходы понесены в ходе (пред)банкротного производства?

*Например: плата за любую интеллектуальную собственность, суд; или юридический/финансовый консультант, участвующий в разбирательстве*

### 3.1.2.<sup>1</sup> Как эти текущие расходы компенсируются?

*Например: оплачиваются ли текущие расходы из активов должника, и если да, то в каком порядке приоритетности? Как распределяются текущие расходы, если активы должника недостаточны для их удовлетворения?*

## 2.2. Финансирование спасения

2.2.1. Предусматривает ли закон возможность предоставления финансовых средств должнику после начала (пред)банкротного производства?

*Например: может ли сторона, подающая заявление о банкротстве, быть обязана внести первоначальный взнос на расходы по делу (например, зарплата банкротного управляющего)? Какие требования применяются к финансовым соглашениям «после начала производства», например, одобрение управляющим или судом таких договоренностей или ограничений относительно размера и (или) объема такого финансирования? Разрешает ли закон приоритетное или специальное обеспечение (например, особый приоритет) лицу, предоставляющему финансирование после начала работы? Предоставляется ли кредиторам, финансирующим утвержденный судом план оздоровления должника, освобождение от какой бы то ни было гражданской или уголовной ответственности, которая может быть связана с продолжением коммерческой деятельности должника или с риском возмещения расходов в случае последующей несостоятельности?*

2.2.2. Если должник является юридическим лицом:

(а) Содержит ли закон о компаниях или законодательство о несостоятельности конкретные правила для акционеров и (или) связанных компаний по оказанию финансовой (прямой или косвенной) помощи должнику?

(б) Субординируются ли займы акционеров при последующей ликвидации и распределении активов должника в рамках процедуры несостоятельности?

## 2.3. Приостановление исполнения требований/мораторий

2.3.1. В тех случаях, когда предварительное производство или производство по делу о несостоятельности используются для спасения бизнеса, какое приостановление исполнения требований/мораторий (если таковой имеется) предусмотрено законом для защиты активов должника и когда и как он возникает?

---

<sup>1</sup> Некорректная нумерация в первоисточнике. — *Примеч. пер.*

*Например: предусматривает ли закон правила опечатывания неплатежеспособного имущества или охраны/обеспечения безопасности определенных активов. Приостановление исполнения требований происходит автоматически или только по решению суда? В какой момент это возникает? Есть ли какое-либо временное или промежуточное приостановление исполнения требований, которое возникает при подаче уведомления о намерении подать заявление о банкротстве/заявления о возбуждении дела о банкротстве до официального начала процедуры?*

2.3.2. Какое влияние оказывает такое приостановление исполнения требований/мораторий на:

(а) Залоговых кредиторов (включая реализацию внесудебных обеспечительных прав, если таковые имеются)?

*Например: имеет ли право арбитражный управляющий использовать, потреблять или распоряжаться заложенными активами в течение срока приостановления исполнения требований/моратория? Если так: имеет ли право заинтересованный кредитор на возмещение убытков и (или) может ли он потребовать замену обеспечения? Может ли залоговый кредитор подать заявление в суд с просьбой разрешить использовать свои права, как если бы приостановление исполнения требований не применялось?*

(б) Текущие судебные процессы и неисполненные судебные решения?

(с) Заявления о ликвидации корпоративных должников?

2.3.3. Есть ли какие-либо исключения из приостановления исполнения требований?

2.3.4. Может ли приостановление исполнения требований быть ограничено по времени?

2.3.5. Предусматривает ли закон какую-либо форму приостановления исполнения требований на период проведения переговоров относительно плана оздоровления должника, которые проводятся вне официальных процедур?

*Например: возможно ли приостановление исполнения требований в случае, когда должник находится в процессе переговоров, ведущих к плану реструктуризации? Как возникает такое приостановление исполнения требований (например, постановление суда) и на каких условиях? Например, демонстрация потенциальных преимуществ реструктуризации; демонстрация определенного процента кредиторов, заинтересованных в дальнейших переговорах? Какова максимальная продолжительность такого приостановления?*

### **3. Длющиеся контракты, в том числе договоры аренды, IP-лицензирования; расторжение и изменение договоров; передача договоров**

#### **3.1. Длющиеся контракты**

3.1.1. Как длющиеся контракты в целом влияют на начало (пред)банкротного производства?

*Например: кто имеет право расторгнуть или продолжить такие контракты и на каких условиях?*

3.1.2. Существуют ли какие-либо особые правила в отношении договоров аренды с правом выкупа и лизинга (включая любые договоры аренды, касающиеся коммерческих помещений)?

3.1.3. Существуют ли какие-то особые правила в отношении договоров об оказании коммунальных услуг?

*Например: запрещает ли закон поставщикам коммунальных услуг требовать «выкуп» платежей от должника в обмен на продолжающиеся поставки коммунальных услуг?*

3.1.4. Существуют ли особые правила в отношении интеллектуальной собственности, доменного имени и лицензионных договоров?

#### **3.2. Прекращение и изменение договорных прав**

3.2.1. Рассматривает ли закон действительность договорных положений, которые имеют целью предоставить контрагенту право прекратить или изменить права по договору в случае несостоятельности должника или его вступления в (пред)банкротные процедуры, и если да, то как?

#### **3.3. Передача контрактов**

3.3.1. Могут ли договоры, стороной которых является должник, быть переданы покупателю бизнеса должника, и если да, то как и при каких обстоятельствах?

### **4. Очередность требований кредиторов; методика управления кредиторов**

#### **4.1. Кредиторы, возникшие до открытия производства (реестровые кредиторы)**

4.1.1. Как кредиторы, возникшие до открытия производства (реестровые кредиторы), ранжируются в целях очередности распределения активов должника? Пожалуйста, перечислите в порядке приоритета.

4.1.2. Как требования этих кредиторов проверяются до распределения активов?

4.1.3. Какие (если таковые имеются) из этих требований кредиторов имеют привилегированный статус и в какой степени?

4.1.4. Какие (если таковые имеются) из этих требований кредиторов являются субординированными и в какой степени?

4.1.5. Могут ли эти требования кредиторов быть проданы в ходе (пред)банкротной процедуры?

## **5.2. Кредиторы после открытия процедуры (текущие кредиторы)**

5.2.1. Предусматривает ли закон какое-либо специальное положение для урегулирования долгов, имеющих у должника во владении или у банкротного управляющего, после начала (пред)банкротных процедур, и если да, то что предусматривает закон?

5.2.2. Если нет, то как рассматриваются такие требования?

## **5.3. Управление, осуществляемое кредиторами**

5.3.1. Комитет кредиторов:

(а) Предусматривает ли закон комитет кредиторов в (пред)банкротных процедурах?

(b) Как составлен такой комитет?

(c) Какова роль и полномочия такого комитета?

(d) Несут ли члены комитета кредиторов персональную ответственность за свои действия в качестве членов комитета, и если да, то на каком основании?

(e) Оплачивается ли работа членов комитета кредиторов, и если да, то как и на каком основании?

(f) Если закон не предусматривает комитет кредиторов, существует ли какая-либо альтернативная форма представительства кредиторов?

5.3.2. Общие собрания кредиторов:

(а) Требуется ли закон проведение общих собраний кредиторов в (пред)банкротных процедурах, и если да, то когда?

(b) Какие правила голосования применяются на таких собраниях?

## **6. Трудовые и пенсионные вопросы**

### **6.1. Трудовые договоры**

6.1.1. Существуют ли какие-либо специальные положения о несостоятельности, контрактах, компаниях или трудовом законодательстве, касающиеся режима трудовых договоров или коллективных соглашений, когда работодатель находится в затруднительном положении или в (пред)банкротной процедуре?

*Например: существуют ли конкретные правила расторжения этих контрактов, например, требуется ли предварительное одобрение суда или некоторый период уведомления? При каких обстоятельствах работник может подать в суд на несостоятельного должника или (где применимо) на банкротного управляющего за неправомерное увольнение?*

6.1.2. Предоставляет ли законодательство о несостоятельности какие-либо специальные или дополнительные инструменты для реструктуризации трудовых договоров или коллективных соглашений?

*Например: предусматривает ли закон передачу трудовых обязательств должника третьей стороне, если она приобретает действующий бизнес должника?*

6.1.3. Как регламентируются/защищаются требования в отношении невыплаченной заработной платы (и любые связанные с этим льготы, например, отпуска) работников в ходе (пред)банкротных процедур?

*Например: получают ли права на невыплаченную заработную плату какой-либо преимущественный статус при распределении доходов от продажи активов должника (см. также вопрос 4.1.1 выше)? Предусматривает ли государство другой механизм погашения таких начислений?*

## **6.2. Пенсии**

6.2.1. Обеспечивает ли законодательство о несостоятельности, корпоративное право, трудовое право или закон о социальном обеспечении особую защиту пенсионных прав работников несостоятельных должников или должников, находящихся в затруднительном положении?

*Например: какие правила применяются к взысканию пенсионных выплат, начисленных работникам должника до начала производства по делу о несостоятельности, но неоплаченных (см. также вопрос 4.1.1 выше)<sup>1</sup>? Имеет ли должник или управляющий какое-либо обязательство продолжать выплаты, которые начисляются после начала (пред)банкротного производства (см. также вопрос 4.2 выше)<sup>2</sup>? Предусмотрена ли защита сотрудников, которым не была выплачена государственная пенсия, в виде обращения в государственный фонд?*

6.2.2. Могут ли пенсионные выплаты, начисленные до открытия производства, быть реструктурированы при спасении бизнеса, и если да, то как?

**7. Полномочия по оспариванию, включая возражения против оспаривания неудачных операций по спасению бизнеса в ходе более поздних стадий банкротства, и полномочия по оспариванию сделок в предбанкротных процедурах и внесудебном урегулировании**

### **7.1. Оспаривание сделок в процедурах несостоятельности**

7.1.1. Предусматривает ли закон оспаривание сделок, совершенных должником до начала производства по делу о несостоятельности, и если да, то на каком основании?

---

<sup>1</sup> Некорректная ссылка в первоисточнике на вопрос 5.1.1. — *Примеч. пер.*

<sup>2</sup> Некорректная ссылка в первоисточнике на вопрос 5.2. — *Примеч. пер.*

*Например: предусматривает ли закон оспаривание выплат с предпочтением кредиторам в преддверии банкротства? Предусматривает ли закон предотвращение вывода активов по заниженной цене или в результате недобросовестных действий кредиторов? Кто уполномочен оспаривать такие сделки и при каких обстоятельствах? Каков эффект оспаривания?*

7.1.2. В каких процедурах несостоятельности, указанных в вопросе 1.2.3, предусмотрены такие действия по оспариванию сделок?

7.1.3. Как финансируется судебный процесс по оспариванию сделок?

*Например: доступны ли государственные средства или средства из имущества должника для финансирования конкретных действий банкротного управляющего (например, для борьбы с незаконными операциями и мошенническими действиями)?*

7.1.4. Кто имеет право подать заявление об оспаривании сделки? Могут ли кредиторы также обратиться в суд напрямую относительно сделки, заключенной должником?

## **7.2. Предбанкротные процедуры и внесудебное урегулирование**

7.2.1. Имеются ли какие-либо полномочия по оспариванию сделки в предбанкротной процедуре, указанной в вопросе 1.2.2 выше, или в процедурах внесудебного урегулирования, указанных в вопросе 1.2.1<sup>1</sup> выше?

*Например: существуют ли полномочия по оспариванию, которые позволяют аннулировать некоторые сделки (например, недобросовестные переводы) независимо от того, находится ли должник в процедуре банкротства?*

7.2.2. Обеспечивает ли закон какую-либо особую защиту от уклонения от соглашений, достигнутых в ходе внесудебного урегулирования или предбанкротных процедур?

*Например: если новое финансирование согласовано (по индивидуальной договоренности или как часть плана оздоровления), освобождаются ли эти меры от возможного оспаривания (см. также вопрос 3.2.1)<sup>2</sup>?*

## **7.<sup>3</sup> Продажа практически всех активов должника как действующего бизнеса**

7.1. Возможна ли такая продажа в (пред)банкротном производстве?

7.2. Кто готовит/ведет переговоры о такой продаже и кому нужно ее разрешить? Какие условия должны быть выполнены?

---

<sup>1</sup> Исправлена ошибка нумерации в первоисточнике. — Примеч. пер.

<sup>2</sup> Исправлена ошибка нумерации в первоисточнике. — Примеч. пер.

<sup>3</sup> Некорректная нумерация в первоисточнике. — Примеч. пер.

*Например: если активы реализуются управляющим, нужно ли их продавать на публичных торгах или они могут быть реализованы посредством частной продажи? Должна ли частная продажа быть разрешена судом и (или) комитетом кредиторов? Как защищены кредиторы (например, независимая оценка бизнеса, информация, авторизация)?*

7.3. Возможно ли достичь подготовленной продажи (в которой договор купли-продажи обсуждается конфиденциально до начала процедуры несостоятельности, без консультации со всеми кредиторами, которая вступает в силу немедленно после начала официального производства)?

## **8. План реструктуризации (спасения): порядок и структура; вопросы распределения**

### **8.1. Инструменты для достижения плана**

8.1.1. Какие формальные инструменты предусмотрены законом для согласования и утверждения плана реструктуризации, способного примирить конфликтующие заинтересованные стороны?

8.1.2. Доступны ли эти формальные инструменты во всех (пред)банкротных процедурах?

8.1.3. Доступны ли эти формальные инструменты вне (пред)банкротных процедур?

### **8.2. Объем плана**

#### 8.2.1. Кредиторы

(а) На какие классы требований кредиторов могут повлиять такие планы реструктуризации?

*Например: могут ли обеспеченные или привилегированные кредиторы быть связаны планом; могут ли потенциальные или условные кредиторы (например, потенциальные деликтные кредиторы) быть связанными планом; могут ли налоговые претензии перед государством (например, налог) быть частью плана?*

(b) Предусматривает ли закон количество и типы классов кредиторов?

*Например: зависит ли количество классов кредиторов от конкретного случая или классы установлены законом (например, обеспеченные и необеспеченные; финансовые и торговые)?*

(c) В тех случаях, когда такие планы реструктуризации могут затронуть обеспеченных или привилегированных кредиторов, предоставляет ли закон им какую-либо особую защиту при обсуждении и (или) одобрении плана?

(d) Все ли кредиторы, потенциально затронутые предлагаемым планом реструктуризации, имеют право на уведомление о нем и на участие в переговорах по его содержанию?

(е) Могут ли кредиторы предложить план реструктуризации, и если да, могут ли они сделать это в конкуренции с планом, предложенным должником?

#### 8.2.2. Акционеры

(а) Могут ли права акционеров повлиять на план реструктуризации?

(б) Если да, то при каких обстоятельствах?

#### 8.2.3. Содержание плана

(а) Существуют ли какие-либо законодательные ограничения в отношении содержания и (или) сферы действия плана?

*Например: существуют ли какие-либо ограничения по уменьшению основной суммы долга перед кредиторами в плане или изменению какого-либо обеспеченного интереса?*

### 8.3. Переговоры о плане

8.3.1. Кто отвечает за предложение плана и согласование его условий?

8.3.2. Какие права имеют заинтересованные стороны по вопросам уведомления о предлагаемом плане и участия в переговорах по его содержанию?

### 8.4. Голосование

8.4.1. Кто имеет право голосовать по вопросам, связанным с планом, и кто это определяет?

8.4.2. Как разрешаются споры по поводу права голоса?

8.4.3. Какие режимы голосования предусмотрены?

*Например: разрешено ли кредиторам голосовать по плану реструктуризации посредством дистанционных средств связи (например, онлайн)?*

8.4.4. Запрещается ли голосование коммерческими требованиями новых кредиторов?

### 8.5. Подтверждение и ограничение

8.5.1. Какие правила применяются относительно кворума для голосования на собрании относительно плана?

8.5.2. Каким большинством (по стоимости или количеству) должен быть утвержден план?

*Например: разделены ли заинтересованные стороны на классы и требуется ли каждому классу утверждение плана определенным большинством?*

8.5.3. Если должник является юридическим лицом, должны ли акционеры утверждать план?

8.5.4. Если необходимое большинство заинтересованных сторон или классов заинтересованных сторон одобряют план, есть ли какие-либо дополнительные требования для подтверждения плана, и если да, то какие?

*Например: существуют ли требования для утверждения судом, и если да, то какие факторы повлияют на суд для подтверждения плана? (например, (i) соблюдены процедурные требования к уведомлению затронутых кредиторов и принятию плана, (ii) план не уменьшает права несогласных и неизвестных кредиторов ниже того, что они разумно получили бы в случае ликвидации компании, и (или) (iii) план не меняет порядок очередности, который был бы предоставлен кредиторам в случае ликвидации?).*

8.5.5. Оценивает ли суд общую справедливость плана, включая составление классов кредиторов для целей голосования?

8.5.6. Можно ли обжаловать решение об утверждении плана? Задерживает ли обжалование реализацию утвержденного плана?

8.5.7. После утверждения плана реструктуризации, на кого план накладывает обязательства?

## **9. Вопросы организаций с множеством членов/группы лиц**

9.1. Предусматривает ли законодательство о несостоятельности особое регулирование для несостоятельных групп лиц в национальном контексте? Если нет, то как регулируются такие случаи?

*Например: предусматривает ли закон специальное положение о сотрудничестве между управляющими в деле о несостоятельности или судами на национальном уровне в делах о несостоятельных группах?*

9.2. Допускает ли законодательство о несостоятельности процессуальную консолидацию производства по делу о несостоятельности в отношении компаний, входящих в группу лиц?

*Например: допускает ли законодательство о несостоятельности какое-либо совместное ведение процедуры (т.е. последовательное процессуальное совместное рассмотрение дел о несостоятельности), например, в одном суде, а не в разных судах в пределах юрисдикции? Может ли управляющий определить свое вознаграждение исходя из консолидированных активов группы?*

9.3. Допускает ли законодательство о несостоятельности сущностную консолидацию производства по делу о несостоятельности в рамках всей группы компаний в единую процедуру, и если да, то как и с какими ограничениями?

*Например: если консолидация происходит в ущерб отдельным кредиторам, имеют ли такие кредиторы право на компенсацию консолидированных активов?*

**10. Специальные нормы для малых и средних предприятий (МСП), включая физических лиц (но не потребителей)**

10.1. Предусматривает ли закон какое-либо особое регулирование для решения вопросов МСП, и если да, то какова (если она имеется) цель заявленных положений?

*Например: предусмотрен ли законом простой план оздоровления для МСП или упрощенная процедура несостоятельности?*

10.2. Какова доминирующая стратегия в деле о несостоятельности МСП на практике? (Ликвидация или продажа активов по частям? Реструктуризация? Продажа как действующего бизнеса?).

10.3. В тех случаях, когда у должника МСП нет реализуемых активов, доступны ли какие-либо процедуры несостоятельности, указанные в вопросе 1.2.3 (примечание переводчика: ошибочная ссылка в первоисточнике)? Доступно ли предпринимателю освобождение от обязательств?

## АНКЕТА НОРМАТИВНЫХ ОТЧЕТОВ НАЦИОНАЛЬНЫХ КОНСУЛЬТАНТОВ

### Нормативный отчет национальных консультантов

#### *Пояснительные примечания*

В своих национальных отчетах национальные консультанты (НК) идентифицировали и описали (пред)банкротные процедуры (т.е. те, которые предусмотрены законом), которые могут быть использованы для достижения «результата оздоровления бизнеса» (в широком смысле) в их юрисдикции, и описали их ключевые особенности. НК также определили любые правовые нормы, которые способствуют достижению результатов оздоровления бизнеса вне суда (например, посредством внесудебных процедур, не предусмотренных законом). Эта памятка относится к нормативному отчету.

В своем нормативном отчете НК предлагается критически оценить эти процедуры и правила, а также любые другие аспекты правового регулирования, которые можно было бы отнести к препятствиям для достижения результатов оздоровления бизнеса. НК предлагается структурировать свои ответы, используя приведенные ниже вопросы, однако мы настоятельно рекомендуем отмечать любые дополнительные проблемы, которые не затрагиваются этими вопросами, но должны быть отмечены авторами.

Пожалуйста, верните нормативный отчет до [Дата отправки] по электронной почте: [businessrescue@europeanlawinstitute.eu](mailto:businessrescue@europeanlawinstitute.eu)

Согласно анкете:

- **«спасение бизнеса»** должно толковаться в широком смысле как охватывающее и спасение должника (так, чтобы сама компания выжила), и спасение действующего бизнеса должника (независимо от того, будет ли продолжаться бизнес в том же виде). Это следует противопоставлять продаже активов должника по частям или в раздробленном виде;
- **«должник»** должен включать в себя самозанятых и предпринимателей, а также юридических лиц, за исключением банков, страховых компаний, а также банкротств потребителей.

Дополнительно:

«(Пред)банкротные процедуры» имеют то же значение, что и в вопросе (т.е. те предбанкротные процедуры и процедуры неплатежеспособности, которые могут использоваться для достижения результатов оздоровления бизнеса).

## Вопросы

1. Не могли бы вы, учитывая закон о банкротстве в вашей стране, сказать, что закон (как материальный, так и процессуальный) облегчает или препятствует разрешению финансовых проблем должника, занимающегося коммерческой деятельностью? Пожалуйста, дайте ответ применительно:

(а) к реструктуризации активов или пассивов финансово несостоятельного бизнеса;

(б) продаже действующего бизнеса несостоятельной компании.

Пожалуйста, объясните свой ответ.

2. Существующее национальное законодательство препятствует или поощряет каким-либо образом:

а) переговоры о неофициальных решениях финансовых затруднений, например, соглашения с некоторыми кредиторами о паузе, не влекущей юридических последствий;

б) переговоры о решении затруднений в договорном порядке, либо *ex ante* (т.е. стороны предварительно договариваются о реструктуризации в случае возникновения затруднений), либо *ex post* (т.е. по факту возникновения затруднений)?

3. В отношении (пред)банкротных процедур вы определили:

а) какие должники, скорее всего, прибегнут к этим процедурам для достижения результатов спасения бизнеса?

б) какова будет их типичная структура долгового капитала (например, будет ли она фрагментирована или сконцентрирована как в случае, когда мажоритарный кредитор контролирует большинство требований)?

с) в целом, сказали бы вы, что эти процедуры подходят или не подходят для достижения результатов спасения бизнеса для такого рода должников?

4. Следует ли реформировать указанные вами (пред)банкротные процедуры, и если да, то почему и как?

Отвечая, пожалуйста, рассмотрите как материальное право, так и процессуальное и обычаи оборота (например, правила, регулирующие нормативно-правовой статус, расходы, временную помощь, обжалование) в качестве возможных объектов для реформы.

*5. Существует ли спрос на (или против) реформирование правил и процедур, регулирующих оздоровление бизнеса, в вашей юрисдикции, и если да, то в каких группах субъектов?*

*6. В той степени, в которой вы определили необходимость реформирования внутренних правил или процедур в своих ответах выше, считаете ли вы, что такие реформы лучше всего осуществить:*

*а) исключительно на местном уровне;*

*б) посредством какой-либо формы гармонизации этих правил/процедур на уровне ЕС?*

*в) через какую-то форму «мягкого права» через «Руководство для законодательных органов Института европейского права» (с акцентом на национальное законодательство), как предусмотрено авторами?*

Пожалуйста, объясните свой ответ.

*7. В более общем плане рассматриваете ли вы предложения по гармонизации на уровне ЕС (такие, как Рекомендация Комиссии от 12 марта 2014 г., которая поощряет большую согласованность между национальным регулированием несостоятельности [вводная часть II]) в области оздоровления бизнеса как:*

*а) разумно в принципе;*

*б) выполнимо на практике?*

Пожалуйста, объясните свой ответ.

*8. По вашему мнению, какой отклик от консультантов будет наиболее ценным и почему?*

Результатами, представленными авторами в их проектном предложении, являются: руководство для законодательных органов и (если это оправданно) законодательное предложение (возможно, директива). Другие предложения приветствуются. Такие результаты, очевидно, являются дополнением к публикации обзоров национальных авторов.

## ПОСЛЕСЛОВИЕ

Идея перевода уникального труда о реструктуризации родилась в апреле 2020 г., определенно вошедшего в историю. Пишущие люди припоминали болдинскую осень, мы же с коллегами по юридическому цеху решили не упускать возможность московской весны.

Вокруг бушевали страсти по мораторию в банкротстве, один за другим составлялись прогнозы массовой корпоративной несостоятельности. Ликвидационная направленность банкротных процедур как единственный модус конкурса к этому времени во всем мире уже ставилась под сомнение, в воздухе витала необходимость перемен в банкротном законодательстве. Буквально через несколько месяцев среди передовых правовых порядков начнется парад новых моделей реструктуризаций, конкурирующих между собой: реформа английской реструктуризации, германская модель, голландская схема.

Российские специалисты по реструктуризации и банкротству остро нуждались в передовой базе знаний для завершения отечественной реформы законодательства о несостоятельности.

В этом контексте в нашей практикующей группе адвокатского бюро «Синум АДВ» и созрела мысль представить экспертному сообществу для ускоренного введения в научный и практический оборот лучшую базу знаний. При этом мы поставили задачу не просто сделать подборку материалов, но перевести их на русский язык, чтобы их использование было максимально удобным.

После тщательных поисков наш выбор пал на самый масштабный труд по данному вопросу – Отчет Института европейского права «Спасение бизнеса в банкротном праве».

Мы немедленно связались с основной командой проекта – крупнейшими европейскими специалистами в области реструктуризации и банкротства – профессором Лейденского университета Бобом Вессельсом (Нидерланды), профессором Университета Мартина-Лютера, Галле-Виттенберг, Стефаном Мадаусом (Германия) и господином Герт-Яном Бооном, Лейденский университет (Нидерланды). Предстояли переговоры с Институтом европейского права, штаб-квартира которого расположена в Вене. С теплотой вспоминаем заинтересованный и профессиональный подход доктора Кристиан Вендерхорст, президента Института.

Погружаясь в перевод обширнейшего труда по реструктуризации, мы все больше понимали его актуальность, тем более что в работе собран огромный материал континентального права и осмысление главы 11 Кодекса о банкротстве США как раз в этом ключе. Более того, на сентябрь 2020 г. была назначена презентация данного труда, выпущенного в виде книги издательством Oxford University Press. Русскоязычные специалисты по реструктуризации и банкротству получают своевременную поддержку. Следует признать, что в настоящее время столь объемный системно изложенный материал по реструктуризационной компаративистике в мире существует только на английском и русском языках.

Многие годы практики в области реструктуризации и банкротства позволили нам ответственно взглянуть на вопросы реструктуризации, исследуемые в Отчете.

Осмысливая основной предмет переведенного исследования, мы приходим к мысли об активном проявлении особых *реструктуризационных отношений*.

Традиционно в системе права выделяют определенную структуру: отрасли, подотрасли, институты. Классификация может быть и более сложной. Важно отметить, что появление и обособление каждого элемента не носит волюнтаристский характер, а обусловлено изменениями в общественных отношениях с учетом разнообразных подходов к их анализу.

Институты права охватывают родственные отношения, как правило, внутри отрасли. Терминологически такого рода институты именуются правом. Термин «Банкротное право» уже давно занял свое место в профессиональном лексиконе. Книга Е.Д. Суворова «Судебное банкротное право» на доктринальном уровне закрепляет такой подход к наименованию института банкротного права.

Так, уже и в самом банкротном праве все большее развитие получает группа норм, доктринальные исследования и подходы, касающиеся конкретно реструктуризации. Соответствующие отношения дрейфуют в сторону внутреннего обособления, поскольку проявляют специфику как в предмете, так и в методе регулирования. Видится, что в отношениях реструктуризации ослабевает акцент на *pari passu*, оттесняется проблематика конкурсного производства, проявляется все больше диспозитивности, нарастает договорный элемент, принципиально смещаются цели взаимодействия участников данных отношений, корректируется метод правового регулирования, снижается роль суда в пользу заинтересованных сторон.

Одним словом, на наших глазах в российской правовой системе происходит рождение нового института — *реструктуризационного права*.

Конечно, сам феномен пока находится в бутонированном состоянии. Параграф о реструктуризации долгов гражданина в Законе о банкротстве не отражает всей полноты. Новый проект закона о банкротстве и введение корпоративной реабилитационной процедуры будут способствовать следующему шагу. Однако требуются усилия доктрины и правовой политики, чтобы за концептом следовала реализация.

Уже на данном этапе требуют своего разрешения самые разные вопросы, преломляющиеся в отношениях реструктуризации.

Необходимо определиться с новыми участниками реструктуризационных процедур: управляющие, представители кредиторов, третьи лица, участвующие в финансировании.

Каким образом должно регулироваться финансирование реструктуризации: внутренне, внешнее. Каковы правила раскрытия информации и формы участия представителей финансового рынка.

По каким принципам должна определяться судьба действующих договоров в период реструктуризации.

Реструктуризация требует учета интересов разных групп кредиторов. Возможно, что без ставшего уже классическим определения классов кредиторских требований вообще реструктуризация будет неполноценной. Каковы новые управленческие полномочия сообщества кредиторов.

Специфика участия и отношений с работниками должника в реструктуризационных процедурах.

Отдельная тема, пока слабо изученная и редко практикуемая в России, — внесудебные процедуры реструктуризации.

Уже сейчас следует в полной мере заняться раскрытием потенциала предбанкротных процедур, направленных на реструктуризацию.

Требуется совершенствование правил продажи действующего бизнеса, осуществляемого в процедуре реструктуризации.

Большая отдельная тема — план реструктуризации. Масса нерешенных вопросов, связанных с составлением, согласованием, реализацией, изменением плана.

Конечно, требуется внимательный анализ договорных отношений между кредиторами. Необходимо раскрыть различные договорные формы взаимодействия: субординационные соглашения, соглашения о поддержке плана и иных форм участия в судьбе должника и его бизнеса, соглашения об определении порядка голосования на собраниях, соотношение с корпоративными договорами, пределы подобных со-

глашений, ответственность за нарушение, раскрытие информации о заключении соглашений и условиях соглашений, недействительность соглашений, подсудность споров, вытекающих из соглашений, возможность передачи споров в третейские суды, круг возможных участников соглашений кредиторов.

Развитие реструктуризации расширит практику трансформации требований кредиторов в участие в бизнесе.

Спасаемый бизнес не должен быть изолирован от инструментов финансового рынка. Возникает потребность в дополнительном изучении возможностей выпуска ценных бумаг в процедуре реструктуризации.

Претерпевают корректировку и отношения с иными связанными лицам, входящими в группу с должником, вовлеченными в реструктуризацию.

Смена ликвидационного дискурса по-новому ставит вопросы корпоративной реорганизации в процедурах реструктуризации.

Иначе будет выглядеть и судебный контроль реструктуризации, претерпевает коррекцию роль суда.

Вот лишь примерный перечень вопросов, требующих специального изучения в реструктуризационном срезе. Исследования и практическое применение позволит раскрыть потенциал реструктуризации в российском правовой системе.

К слову, в российском законодательстве и деловой практике реструктуризация получила прописку в облигационных займах. Толчком послужили принятые в 2014 г. поправки в Закон о рынке ценных бумаг, которыми введены институты представителя владельцев облигаций и общего собрания владельцев облигаций. Держатели облигаций и эмитенты получили достаточно эффективные инструменты для взаимной коммуникации, в том числе для случаев реструктуризации обязательств. Финансовая сфера формирует спрос на новые гибкие инструменты разрешения ситуаций неисполнения обязательств и их реструктуризации.

Мы надеемся, что перевод на русский язык масштабного и самого актуального труда «Спасение бизнеса в банкротном праве» позволит российским специалистам быть в первых рядах мировой гонки порядков, стремящихся провести настойку реструктуризационных начал банкротной отрасли.

*Партнеры Московского адвокатского бюро «Синум АДВ»  
Александр Задорожный и Артем Казанцев*