

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

## Протоколы банкротства как особый «инструмент» регулирования процедуры трансграничного банкротства (Часть 2)

*Хизунова А.Н.\**

В первой части данной статьи рассматриваются проблемы реализации разработанных принципов и моделей проведения процедур трансграничного банкротства, анализируются различные международные документы, разработанные как основа взаимодействия государств в рамках трансграничных банкротств, а также практика иностранных государств по данной проблеме. Кроме того, в первой части статьи автор анализирует документы о принципах сотрудничества участников процедуры трансграничного банкротства, которые могут использоваться и в Протоколах банкротства.

Во второй части статьи автор предпринимает попытку ближе рассмотреть такой правовой инструмент как Протокол банкротства, выделяя общие черты (элементы) Протоколов банкротства. Автор анализирует Протокол банкротства по делу одного из крупнейших инвестиционных банков США. Делается вывод об эффективности использования Протоколов банкротств, широко утверждаемых судами за рубежом, и возможности применения Протоколов банкротства в России, в том числе, в силу существования сложностей признания Россией иностранных банкротств.

**Ключевые слова:** трансграничная несостоятельность (банкротство); протокол (трансграничного) банкротства; соглашение о координации

\* Хизунова Александра Николаевна – LL.M., юрист Коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и Партнеры» города Москвы. a.khizunova@rospravo.ru.

иностранных производств по делам о несостоятельности (банкротстве); измененный универсализм; взаимность.

## **3.2. Общая структура Протоколов банкротства**

### **3.2.1. Общая цель заключения Протоколов банкротства**

Согласно решению по делу *MacFadyen* (1908 г.) Протокол банкротства – это «надлежащая и разумная форма делового сотрудничества, которое должно иметь место, явно заключенная во благо всех заинтересованных сторон»<sup>1</sup>. В преамбулах Протоколов банкротства подчеркивается, что такие документы регулируют поведение всех заинтересованных лиц в рамках производства по делу о банкротстве<sup>2</sup>.

В тоже время, наверное, не следует соглашаться с утверждением о том, что Протоколы банкротства могут быть охарактеризованы как «международные частноправовые договоры по вопросам банкротства» (*“private international insolvency treaties”*), поскольку Протоколы банкротства в сравнении с международным договором не имеют обязательной для суда силы, и каждый кредитор вправе не утвердить Протокол банкротства<sup>3</sup>.

Необходимо указать, что инициаторами переговоров, дальнейшего составления и заключения Протоколов банкротства выступают как должники, так и управляющие по делу о банкротстве, а также и сами суды<sup>4</sup>. Следовательно, как и публичные участники процедуры банкротства (суды, иные органы), так и должники, кредиторы, иные лица вправе предложить заключение (утверждение) Протокола банкротства в целях регламентации процедуры трансграничного банкротства.

### **3.2.2. Протоколы банкротства наиболее широко используются при взаимодействии правовых систем США и Канады**

В основном Протоколы банкротства заключаются и утверждаются в рамках процедур трансграничной несостоятельности компаний США и Канады. Однако участники процедур трансграничного банкротства иных юрисдикций также используют данные правовые инструменты.

Примером урегулирования трансграничного банкротства в отношении английского товарищества *P. Macfadyen & Co* посредством заключения Протокола банкротства между английским и индийским управляющими по делам о несостоятельности является дело *MacFadyen*

(1908 г.): соглашение (Протокол) содержало условие об утверждении судами Англии и Индии<sup>5</sup>. По делу *Lancelot Investors Fund Ltd.* Протокол банкротства был утвержден судами США и Каймановых островов<sup>6</sup>. В деле компании *SENDO INTERNATIONAL LIMITED* (2006 г.) управляющим по делам о банкротстве в Англии (основное производство) и во Франции (неосновное) удалось заключить Протокол банкротства, который также подписывался французским судом<sup>7</sup>.

Таким образом, все же имеются примеры заключения Протоколов банкротства не только в рамках США и Канады. Однако представляется, что причина многочисленных случаев взаимодействия судов США и Канады (участников производств о несостоятельности в отношении американских и канадских корпораций) кроется в длительном опыте взаимодействия и возможном сходстве регулирования процедур несостоятельности (банкротства) этих юрисдикций.

### **3.2.3. Содержание Протоколов банкротства**

Важно отметить, что первые Протоколы банкротства были достаточно короткими (от 8 до 10 страниц), не учитывая текст определения суда об утверждении Протокола банкротства<sup>8</sup>. Постепенно содержание Протоколов банкротства увеличилось до 20–25 страниц в среднем (текст положений Протокола занимает примерно 14 страниц, но Протокол включает в качестве приложения Руководящие принципы сотрудничества судов)<sup>9</sup>.

По своему содержанию Протоколы банкротства отличаются друг от друга тем, что некоторые из них содержат исключительно общие положения, другие же Протоколы более детально регламентируют условия, на основе которых будет проводиться процедура трансграничного банкротства.

В большинстве случаев Протоколы банкротства, как правило, заключаются до возбуждения официальной процедуры банкротства<sup>10</sup>.

Прежде всего, в Протоколах банкротства содержатся, наряду с иным, положения, регулирующие следующие вопросы:

– факты по делу (описание ситуации, сведения о должнике: организационно-правовая форма, полное фирменное наименование, государство инкорпорации, центр ведения коммерческой деятельности, установление связей между материнской и дочерней компаниями (пар. 1-7 дела *Calpine Corporation*<sup>11</sup>, пар. 1-4 дела *Laidlaw Inc.*<sup>12</sup>), установление наличия иных компаний или фондов, созданных для достижения

особой цели (“*Special Purpose Vehicle*”) (например, пар. 1 дела *Lancelot Investors Fund Ltd.*)<sup>13</sup>;

- цели Протокола банкротства и намерения сторон;
- правила толкования и терминология;
- порядок внесения изменений в текст Протокола банкротства;
- порядок доступа к информации и конфиденциальность;
- режим требований (распределение требований по категориям и порядок их удовлетворения);
- порядок урегулирования разногласий и споров;
- процесс распределения активов должника в пользу кредиторов, пределы использования активов должника и распоряжения ими;
- вопросы возможности/невозможности предъявления требований к менеджерам должника в период приостановления производства по делу о банкротстве<sup>14</sup>;
- применимое право, приоритет производств;
- язык взаимодействия;
- порядок и форма направления уведомлений;
- распределение ответственности между сторонами Протокола банкротства;
- схема сотрудничества судов различных государств (международная вежливость и независимость) и распределение ответственности между управляющими в делах о банкротстве;
- лица, выступающие в качестве представителей кредиторов и должника в каждой юрисдикции;
- вопросы координации процедуры (плана) реорганизации или реструктуризации;
- вопросы распределения издержек и сборов;
- вопросы рассмотрения споров в отношении активов должника;
- вопросы возбуждения будущих производств;
- вопрос сохранения прав в соответствии с материальным правом той или иной юрисдикции.

Проанализировав вышеуказанный перечень, нельзя не прийти к выводу о том, что данные соглашения в значительной степени «напоминают» частноправовую сделку. Тем не менее, публично-правовой элемент Протокола банкротства редко остается за «ширмой», поскольку важным является именно согласования с судами различных юрисдикций вопросов взаимодействия между ними в целях наиболее эффективной реализации процедуры трансграничной несостоятельности.

Кроме того, из перечня положений Протоколов банкротства можно сделать вывод о том, что данные соглашения заключаются не только по процессуальным вопросам, а также и по вопросам материального права (вопросы применимости того или иного материального права к конкретному аспекту, вопросы полномочий управляющих в деле о банкротстве, режим требований, порядок расторжения недействительных сделок, квалификация сделки как недействительной и так далее). Следовательно, нельзя утверждать, что данные соглашения представляют собой лишь воплощение сотрудничества судов и участников производства по процессуальным аспектам.

Достаточно часто в качестве приложений к Протоколу о банкротстве используются *Принципы, применимые к отношениям между судами по трансграничным судебным делам (между странами НАФТА), опубликованные Американским юридическим институтом (16 мая 2000 г.) и принятые Международным институтом по вопросам несостоятельности (10 июня 2001 г.)* (далее – **«Руководящие принципы сотрудничества судов по трансграничному банкротству»**)<sup>15</sup>. Следовательно, в последнее время именно на базе данного документа в рамках Протоколов банкротства устанавливаются основы сотрудничества судов различных юрисдикций между собой в рамках процедуры трансграничного банкротства.

Таким образом, как показывает практика, Протоколы банкротства в большинстве своем представляют собой детально разработанные соглашения о том, каким образом будет осуществляться банкротство той или иной многонациональной корпорации. При этом то, от какого субъекта процедуры банкротства (от суда, управляющего в деле о банкротстве, от должника, кредитора и так далее) будет исходить инициатива о разработке и составлении Протокола банкротства, не имеет принципиального значения. Важно также понимать, что данные Протоколы банкротства включают в себя согласование не только процессуально-правовых аспектов, но и материально-правовых аспектов, позволяя сложной процедуре трансграничного банкротства стать более эффективной и даже гибкой.

Однако такие соглашения не должны служить средством злоупотребления правом или средством обхода норм того или иного государства, вовлеченного в процедуру трансграничного банкротства<sup>16</sup>. Во избежание подобной трактовки Протоколы банкротства содержат специальные оговорки о силе и обязательности выполнения требований

законодательства той или иной юрисдикции (такие положения содержатся и в Руководящих принципах сотрудничества судов по трансграничному банкротству).

### 3.3. Краткий анализ Протокола банкротства по делу **Lehman Brothers**

В целях иллюстрации изложенного выше, представляется важным проанализировать один из Протоколов банкротства. В качестве примера обратимся к Протоколу банкротства финансового гиганта *Lehman Brothers*<sup>17</sup>.

В Протоколе содержится предыстория утверждения Протокола банкротства, что в свою очередь создает более глубокое понимание необходимости принятия такого документа.

#### 3.3.1. *Предыстория утверждения Протокола банкротства по делу Lehman Brothers*

По данному делу головная компания *Lehman Brothers Holdings Inc.* и иные аффилированные с этой компанией должники обратились в Суд США по делам о банкротстве Южного Округа Нью-Йорка с ходатайством о вынесении судом приказа об утверждении разработанного данными заявителями Протокола трансграничного банкротства группы компаний *Lehman Brothers* (далее – «**Протокол**», «**данный Протокол**», «**Протокол банкротства по делу Lehman Brothers**») (Приказ Суда США по делам о банкротстве Южного Округа Нью-Йорка от 17 июня 2009 г. об утверждении предложенного Протокола трансграничного банкротства группы компаний *Lehman Brothers* (“**Cross-Border Insolvency Protocol for the Lehman Brothers Group of Companies**”)).

Первые две особенности данного дела о банкротстве заключаются в том, что:

- инициатива о составлении и утверждении Протокола банкротства исходила от группы компаний-должников;
- должники обратились с ходатайством об утверждении Протокола в суд США, предусмотрев особый механизм «присоединения» к Протоколу в других юрисдикциях.

Как известно, компания *Lehman Brothers* занимала четвертую по величине позицию среди инвестиционных банков в США<sup>18</sup>

(пар. В Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Головная компания *Lehman Brothers* находилась в Нью-Йорке, а региональные штаб-квартиры – в Лондоне, Токио; компания имела сеть офисов в Северной Америке, Европе, Ближнем Востоке, Латинской Америке и Азиатско-Тихоокеанском регионе (пар. В Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). В группу компаний *Lehman Brothers* входило более 7 000 юридических лиц более чем в 40 государствах, а до возбуждения процедуры банкротства на балансе компании числились активы стоимостью более 630 миллиардов долларов<sup>19</sup>.

Подобное рассредоточение активов и коммерческой деятельности *Lehman Brothers* в рамках различных государств привело к тому, что на данные активы и деятельность распространялось действие права нескольких юрисдикций (форумов), и при наступлении банкротства (и введения иных аналогичных процедур) по инициативе должников (компания *Lehman Brothers* и ее дочерние компании)<sup>20</sup> потребовалось управление активами и деятельностью внутри данных юрисдикций, в том числе во избежание «конфликтов» между судами различных государств (пар. С Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

В связи с банкротством данного инвестиционного банка было инициировано 75 производств<sup>21</sup> в 16 различных юрисдикциях<sup>22</sup>.

Таким образом, необходимость утверждения Протокола по делу *Lehman Brothers* была продиктована пониманием важности эффективного управления отдельными производствами в отношении каждого из аффилированных должников группы компаний. В целях такого эффективного управления требовалось обеспечить сотрудничество между представителями должников. Более того, должники осознавали и необходимость организации взаимодействия между судами и иными органами (далее совместно именуемые – «трибуналы»)<sup>23</sup> для обеспечения «эффективного управления делом и согласованности судебных решений» (пар. С Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Уникальность данного Протокола состоит в том, что Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* был рассчитан на применение как в странах англо-саксонской, так и в странах романо-германской правовых систем, поскольку в процесс банкротства *Lehman Brothers* были вовлечены наряду с США ряд стран Европы и Азии (пар. 13 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

### 3.3.2. *Общая структура Протокола банкротства по делу Lehman Brothers*

В Протоколе банкротства группы компаний *Lehman Brothers* рассматриваются следующие вопросы/представлены следующие разделы:

– предыстория: вопросы возбуждения процедуры банкротства и иных аналогичных процедур в отношении головной и дочерних компаний, предшествующая банкротству деятельность компании, необходимость принятия Протокола банкротства;

– условия данного Протокола:

1. цели и задачи;
2. порядок направления уведомлений;
3. право уполномоченных официальных (законных) представителей и кредиторов на участие в производстве по делу в судах и иных органах правосудия (трибуналах);
4. общение и доступ официальных (законных) представителей к сведениям и информации;
5. общение трибуналов между собой;
6. общение комитетов кредиторов различных должников в рамках группы;
7. сохранение активов должника при управлении ими в различных юрисдикциях;
8. предъявление требований к должнику;
9. особые процедуры для внутрифирменных споров ("*Special Procedures for Intercompany Claims*");
10. представление плана прекращения деятельности (ропуска) компании, плана реорганизации или ликвидации или сделки по урегулированию долгов компании;
11. принцип международной вежливости ("*Comity*");
12. внесение изменений в Протокол банкротства;
13. строгое соблюдение условий Протокола банкротства;
14. подписание и применение.

Приложением к Протоколу банкротства по делу *Lehman Brothers* также являются Принципы, применимые к сношениям между судами по трансграничным судебным делам. При этом каждому официальному (законному) представителю должника<sup>24</sup> предлагается обеспечить утверждение данных принципов трибуналом для более эффективного взаимодействия в рамках данного дела о трансграничном банкротстве (пар. 22(с) Ходатайства должников об утверждении Протокола



о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.). В случае возникновения противоречия между Протоколом банкротства и Принципами, применяется Протокол (пар. 5.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Таким образом, в целом Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* содержит положения, которые являются стандартными для подобного рода документов.

### ***3.3.3. Субъекты, на которых распространялось действие Протокола банкротства по делу Lehman Brothers***

Данный Протокол применяется не только в отношении сторон, но сохраняет свое действие для «их правопреемников, цессионариев, представителей, наследников, исполнителей, управляющих в делах о несостоятельности, доверительных управляющих, управляющих конкурсной массой должника <...>» и иных лиц (пар. 14.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### ***3.3.4. Обязательность Протокола банкротства по делу Lehman Brothers и возможность следования данному Протоколу без его подписания***

Должники предложили рассматривать данный Протокол банкротства скорее не как юридически обязательный документ, а как совокупность намерений, некое руководство, создающие основу для сотрудничества (пар. 18 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.). Более того, осознавая, что, вероятно, не все представители кредиторов будут иметь возможность (сочтут необходимым) подписать Протокол банкротства, *Lehman Brothers* предусмотрели, что даже без подписания данного Протокола стороны могут руководствоваться его положениями (пар. 20 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

Механизм для принудительного обеспечения данного Протокола не предусмотрен. Следовательно, этот Протокол в отличие от многих других Протоколов банкротства не является юридически обязательным для исполнения.

Тем не менее, согласно данному Протоколу, предполагается, что постепенно большее количество участников присоединится к нему (пар.

пар. 18-20 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

Чтобы Протокол банкротства обрел обязательную юридическую силу в отношении конкретных официальных (законных) представителей и имущества, согласно пар. 14.6 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*, такой Протокол должен быть ими подписан и представлен в компетентный суд для утверждения или в соответствующий комитет кредиторов, если такое требование установлено применимым правом.

### ***3.3.5. Задача утверждения Протокола банкротства по делу Lehman Brothers***

В Протоколе банкротства по делу *Lehman Brothers* указывается, что задача данного Протокола — «минимизация расходов и увеличение взыскиваемой суммы каждого из кредиторов должников за счет улучшения обмена необходимой информацией сторонами и обеспечения транснационального сотрудничества в рамках производства» (пар. 1.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Особо подчеркивается, что Протоколом на официальных (законных) представителей не могут быть возложены такие обязанности, которые будут несовместимы или будут противоречить обязанностям официальных (законных) представителей согласно применимому праву (пар. 1.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Протокол также не может содержать положения, которые противоречат интересам сохранения имущества должника (пар. 1.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### ***3.3.6. Право управляющих в делах о банкротстве на заключение с другими сторонами по производствам в отношении конкретных должников самостоятельных двусторонних соглашений***

Протоколом предусмотрено право официальных (законных) представителей на заключение самостоятельных (двусторонних) протоколов в развитие данного Протокола банкротства, в том числе для обеспечения взаимодействия (пар. 1.3 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Протокол допускает заключение официальными (законными) представителями двусторонних протоколов в отношении конкретных должников по этому делу при условии, что все участники процедуры проинформированы о заключении таких двусторонних соглашений (пар. 1.5 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### **3.3.7. Право управляющих в деле о банкротстве выступать в суде**

За официальными (законными) представителями признается право выступления во всех производствах согласно применимому праву, как перед любым трибуналом, так и на собраниях, проводимых по нормам применимого права каждого форума (пар. 3.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). При необходимости признания официального (законного) представителя в каком-либо форуме может требоваться получение экзекватуры или проведение иного аналогичного производства (пар. 3.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Однако если официальный (законный) представитель не может присутствовать в суде, он вправе направить письменные замечания для включения в материалы дела и представления сторонам по делу (пар. 3.3 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### **3.3.8. Обязанность взаимного информирования участников по делу о банкротстве**

Протоколом устанавливается общая обязанность официальных (законных) представителей информировать друг друга о развитии ситуации в отношении положения должников (пар. 4.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Так, официальные (законные) представители должны предоставлять другим официальным (законным) представителям сведения о должниках, активах и пассивах должников в той степени, в которой это допустимо, не нарушая режим конфиденциальности (пар. 4.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Официальным (законным) представителям запрещается распространять информацию, не имеющую статус публичной, которая была получена от другой стороны, за исключением случаев а) наличия согласия такой другой стороны на данное разглашение, б) определения любого трибунала, в) требований применимого права (пар. 4.4 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Данный Протокол не может нарушать режим конфиденциальности информации, режима иной тайны (например, юридической (адвокатской), профессиональной тайны) (пар. 4.5 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Комитеты кредиторов призваны передавать непубличную информацию комитетам кредиторов других должников в иных юрисдикциях, если такая информация затрагивает интересы такого должника (пар. 6.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). При этом передача

информации сопровождается подписанием соглашения о конфиденциальности и защищается режимом конфиденциальности (тайны) согласно правилам о доказательствах или применимому праву (пар. 6.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### **3.3.9. Контроль трибунала над активами**

В рамках данного Протокола банкротства на суд, иной трибунал возложена обязанность осуществлять надзор за активами, которые находятся в рамках его юрисдикции (пар. 7.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### **3.3.10. Активы должника**

*«Если официальному представителю становится известно или у него имеются опасения, что у другого должника также существует заинтересованность в отношении конкретного актива, стоимость которого и/или возможность возмещения долга за счет данного имущества находится в опасности, то такой официальный представитель может уведомить об этом официального представителя должника, имущественный фонд которого включает данный актив, при условии, что это действительно выполнимо и не противоречит полномочиям данного официального представителя согласно применимому праву»* (пар. 7.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*). Так, официальный (законный) представитель должника, которому принадлежит такой актив, должен обратиться к официальному (законному) представителю должника, у которого имеется имущественный интерес в этом активе, до момента продажи, отказа от имущества, прекращения управления данным имуществом, возбуждения производств, затрагивающих данное имущество и так далее (пар. 7.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Заинтересованные должники в лице официальных (законных) представителей вправе осуществить финансирование данного объекта, чтобы сохранить стоимость актива и увеличить стоимость его реализации (пар. 7.4 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### **3.3.11. Предъявление требований. Требования внутри группы компаний**

Если в отношении одного и того же должника возбуждено несколько производств (основных производств, в которых суды (иные трибуналы)

рассматривают дело как обладающие полной юрисдикцией и/или вторичных ограниченных производств), требование может быть заявлено лишь в рамках того производства (производств), которое определено официальным (законным) представителем должника (пар. 8.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Официальными (законными) представителями было принято решение не пересматривать внутрифирменные данные банковского учета, касающиеся движения средств между должниками внутри группы компаний (пар. 9.1 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*) в целях экономии временных ресурсов и сокращения затрат в рамках данного производства, для более эффективного разрешения дела о банкротстве компаний группы и удовлетворения требований кредиторов. Тем не менее, механизм урегулирования требований в рамках группы компаний *Lehman Brothers*, связанных с перераспределением денежных средств, обязательств внутри группы компаний, Протоколом предусмотрен.

### **3.3.12. Принцип международной вежливости**

В данном Протоколе также нашел отражение принцип международной вежливости, согласно которому каждый трибунал сохраняет свою суверенную независимость, имеет самостоятельную юрисдикцию и полномочия при проведении производства в рамках данного форума, включая разрешение вопросов назначения официального (законного) представителя и его вознаграждение (пар.пар 11.1 и 11.2 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

### **3.3.13. Прекращение действия Протокола банкротства**

Примечательными являются основания прекращения действия данного Протокола банкротства. Так Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* (в отношении конкретного должника) прекращает свое действие для официального (законного) представителя должника и в отношении управления конкретным имуществом:

- при условии, что производство с участием данного официально (законного) представителя завершено применимому праву;
- решением суда или компетентного комитета кредиторов при условии, что все цели, указанные в Протоколе банкротства, в отношении данного конкретного производства были реализованы (пар. 14.7 Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers*).

Таким образом, на основании примера *Lehman Brothers* можно сделать вывод о том, что на практике Протоколы банкротства представляют собой весьма гибкий и эффективный инструмент, способствующий рассмотрению дела о трансграничном банкротстве должным образом. Важной отличительной чертой Протокола банкротства по делу *Lehman Brothers* является то, что он изначально предназначался для применения, как в государствах англо-саксонской правовой системы, так и романо-германской правовой системы. Поскольку компания *Lehman Brothers* по своей корпоративной природе является мультинациональной, и ее банкротство затрагивает многие государства, такой подход представляется весьма обоснованным.

Протокол банкротства по делу *Lehman Brothers* был утвержден Приказом Суда США по делам о банкротстве Южного Округа Нью-Йорка от 17 июня 2009 г. и подписан лишь несколькими представителями компаний, указанными в качестве подписантов. Следует также отметить, что данный Протокол не будет иметь для конкретного официального (законного) представителя должника обязательной силы, пока он не будет утвержден должным образом судом или комитетом кредиторов в той или иной юрисдикции. Однако участники процедуры трансграничного банкротства вправе руководствоваться положениями данного Протокола, даже если официально не подписывали его.

Принципы сотрудничества между управляющими в делах о банкротстве (иными официальными (законными) представителями должников), между трибуналами, комитетами кредиторов содержат необходимые основы для более быстрого рассмотрения дела в разных юрисдикциях, получения информации в полном объеме, сохранения активов должников, удовлетворения требований кредиторов в максимально возможном размере. Более того, тот факт, что инициатива утверждения Протокола банкротства исходила от группы компаний *Lehman Brothers*, в определенной степени свидетельствует о добросовестности должников.

Итак, поскольку на международном уровне не выработаны действительно эффективные международно-правовые нормы о механизмах регламентации процедуры трансграничных банкротств, представляется, что Протоколы банкротства могут быть использованы для регламентации процедуры трансграничного банкротства в различных юрисдикциях. Несмотря на наличие публично-правового элемента,

такие Протоколы по своей природе напоминают больше гражданско-правовую сделку, что позволяет в свою очередь придать таким документам необходимую гибкость, предусмотрев особенности конкретной ситуации.

Важно понимать, что благодаря использованию этих документов в значительной степени можно снизить издержки на производство в деле о трансграничном банкротстве, ускорить процесс его рассмотрения, урегулировать материально-правовые коллизии и процессуальные аспекты, обеспечить эффективное управление активами должника. Такой подход, с одной стороны, сократит для должника негативный эффект от сложной и запутанной (возможно беспорядочной) процедуры банкротства в различных юрисдикциях, с другой же, создаст необходимую гарантию и кредиторам (в том числе из различных юрисдикций) на максимально возможное удовлетворение их требований.

Несмотря на то, что чаще всего Протоколы банкротства заключаются (утверждаются) в делах, затрагивающих США и Канаду, иные страны также прибегают к использованию данного инструмента. Более того, и сами Протоколы банкротства могут предполагать использование этих документов, как в государствах англо-саксонской правовой системы, так и романо-германской.

Международное научное сообщество также не останавливается на достигнутом и продолжает разрабатывать такие правовые инструменты (пусть и не имеющие обязательной силы), которые бы во многом способствовали упрощению разрешения дел о трансграничной несостоятельности, устранению коллизий правовых систем, закреплению принципов взаимодействия судов, управляющих в делах о банкротстве, иных лиц.

Так во Всеобщих принципах сотрудничества, опубликованных сравнительно недавно, отмечается, что данный документ разработан с учетом особенностей англо-саксонской и романо-германской правовых систем и предназначен для применения в странах, принадлежащих к обеим системам<sup>25</sup>. Таким образом, ведется активная работа по созданию основ для взаимодействия при разрешении дел о трансграничном банкротстве в различных юрисдикциях.

Безусловно, Протоколы банкротства не могут заменить собой единый международно-правовой акт, посвященный трансграничному банкротству. Однако в отсутствие такого акта Протоколы банкротства

позволяют разрешить значительное количество проблемных вопросов, возникающих при столкновении различных юрисдикций.

Могут ли Протоколы банкротства использоваться в делах о трансграничной несостоятельности в Российской Федерации? Представляется, что использованию Протоколов банкротства судами РФ и участниками процедуры в РФ ничто не мешает. Однако для их использования необходимо нарабатывать нормативно-правовую базу.

Как известно, в действующем законодательстве отсутствует понятие «**трансграничное банкротство (несостоятельность)**» (данный термин упоминается лишь в ст. 29 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ<sup>26</sup> и в нескольких нормативно-правовых актах). Возбуждение процедуры банкротства в отношении иностранного лица также не предусмотрено.

В п. 6 ст. 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» установлено 2 основания признания на территории РФ решений иностранных судов по делам о банкротстве:

1. наличие соответствующего международного договора РФ;
2. на основе принципа взаимности.

Поскольку РФ не является стороной ни одного из международных договоров, посвященных трансграничному банкротству, решения иностранных судов по делам о банкротстве должны признаваться российскими судами на основе принципа взаимности (“*reciprocity*”) (такая практика имеется, но она крайне незначительна<sup>27</sup>). При этом, согласно действующей позиции судов, российскими арбитражными судами признаются только судебные акты, которыми заканчивается рассмотрение дела по существу<sup>28</sup>. Следовательно, если иностранный управляющий в делах о банкротстве представляет в арбитражный суд в РФ, например, определение иностранного суда в отношении имущества иностранного должника-банкрота, которое находится в РФ, российский суд, вероятнее всего, откажет в признании такого акта.

Как указывалось ранее, п. 2 ст. 17 проект Федерального закона Российской Федерации «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» предлагает использовать «*соглашения о координации производств по делам о банкротстве*» как форму сотрудничества в деле о банкротстве (калька со ст. 27(d) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности)<sup>29</sup>.

Представляется, что Протоколы банкротства могут быть использованы при трансграничном банкротстве с участием судов РФ или



резидентов РФ. В связи с этим целесообразно в будущем разработать некий проект, шаблон Протокола банкротства для российских судов и лиц, вовлеченных в процедуру трансграничного банкротства.

<sup>1</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re P. MacFayden & Co. Ltd.* between the English Court of King's Bench and the Insolvent Court of Madras, India. Order issued by the English Court of King's Bench (Bigham J.) [1908] 1 K.B. 675, (January 20, 1908). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/5988.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>2</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re Intertan Canada Ltd. and Tourmalet Corporation (Circuit City Stores)* between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz) Case No. 08-CL-7841 (April 26, 2010) and United States Bankruptcy Court for the Eastern District of Virginia (Mr. Justice Huennekens) Case No. 08-35653. URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/4669.html> (дата обращения: 27.01.2013); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re Calpine Corporation* between the United States Bankruptcy for the Southern District of New York (Hon. Burton R. Lifland), Case No. 05-60200 (April 9, 2007) and Court of Queens Bench of Alberta (Madam Justice B.E.C. Romaine), Case No. 0501-17864 (April 7, 2007). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/574/1803.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>3</sup> Sexton A.V., Current Problems and Trends in the Administration of Transnational Insolvencies Involving Enterprise Groups: The Mixed Record of Protocols, the UNCITRAL Model Insolvency Law, and the EU Insolvency Regulation // 12 Chi. J. Int'l L. 811 (2012). Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы "LexisNexis".

<sup>4</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. — Нью-Йорк: Издание Организации Объединенных Наций по праву международной торговли, 2010. — 156 с. С. 35. — ISBN 978-92-1-433075-2. URL: [http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/Practice\\_Guide\\_Ebook\\_russian.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/russian/texts/insolven/Practice_Guide_Ebook_russian.pdf) (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>5</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re P. MacFayden & Co. Ltd.* (1908).

<sup>6</sup> Cross-Border Insolvency Order and Protocol in *Re Lancelot Investors Fund Ltd.* between the Grand Court of the Cayman Islands, Case No. 479-2008 (September 17, 2009) and the United States Bankruptcy Court for the Northern District of Illinois (Hon. Jacqueline P. Cox), Case No. 08-28225 (September 8, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/6092.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>7</sup> Cross-Border Insolvency Protocol in *Re Sendo International Limited* between the commercial Court of Nanterre, France (Mr. Justice Jerome Mandrillon) and the Chancery Division of the High Court of Justice, London (June 1, 2006). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1734.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>8</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in *Re P. MacFayden & Co. Ltd.* (1908); Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in *Re Maxwell Communication plc* between the United States and the United Kingdom. United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Tina L. Brozman), Case No. 91 B 15741, (January 15, 1992) and the High Court of Justice, Chancery Division, Companies Court,

Case No. 0014001 of 1991, (December 31, 1991). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1523.html> (дата обращения: 27.01.2013); Cross-Border Insolvency Protocol in Re Commodore Electronics Limited and Commodore International Limited between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York and the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (December 8, 1994). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1525.html> (дата обращения: 27.01.2013); Orders Approving Cross-Border Insolvency Protocol between Canada and the United States in Re Everfresh Beverages Inc., Ontario Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 32-077978, (December 20, 1995) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York. (Hon. Burton R. Lifland), Case No. 95 B 45405, (December 20, 1995). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1527.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>9</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Intertan Canada Ltd. and Tourmalet Corporation (2010); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Calpine Corporation (2007); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Eddie Bauer Holdings, Inc., et al. between the Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-8240-CL (June 25, 2009) and the United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Mary F. Walrath), Case No. 09-12099 (June 24, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3868.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>10</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. С. 33.

<sup>11</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Calpine Corporation (2007).

<sup>12</sup> Cross-Border Insolvency Protocol in Re Laidlaw Inc. (2001) between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 01-CL-4178, (August 10, 2001) and United States Bankruptcy Court for the Western District of New York (Hon. Michael J. Kaplan), Case No. 01-14099, (August 20, 2001). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1542.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>13</sup> Cross-Border Insolvency Order and Protocol in Re Lancelot Investors Fund Ltd. (2009).

<sup>14</sup> Пар. 19 Протокола трансграничного банкротства по делу компании Nortel Networks Corporation (Cross-Border Insolvency Protocol in Re Nortel Networks Corporation between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-7950 (January 14, 2009) and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Kevin Gross), Case No. 09-10138 (KG), (January 15, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1826.html> (дата обращения: 27.01.2013)).

<sup>15</sup> Например, Cross-Border Insolvency Protocol in Re PSINet Inc. et al. between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice J.M. Farley), Case No. 01-CL-4155, (July 10, 2001) and United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. Robert E. Gerber), Case No. 01-13213, (July 10, 2001). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/1541.html> (дата обращения: 27.01.2013); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Intertan Canada Ltd. and Tourmalet Corporation (Circuit City Stores) (2010); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Calpine Corporation (2007); Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Barzel Industries Canada Inc. between Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Mr. Justice Geoffrey B. Morawetz), Case No. 09-CL-8363 (September 15, 2009), and United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (Hon. Christopher S. Sontchi), Case No. 09-13204 (CSS) (September 17, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3872.html> (дата

обращения: 27.01.2013); и иные. Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases as adopted and promulgated in Transnational Insolvency: Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries by the American Law Institute (at Washington, D.C., on May 16, 2000) and as adopted by the International Insolvency Institute (at New York, June 10, 2001) (URL: <http://www.ali.org/doc/Guidelines.pdf> (дата обращения: 27.01.2013)).

<sup>16</sup> Практическое руководство ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности. С. 32–33.

<sup>17</sup> Cross-Border Insolvency Protocol and Order in Re Lehman Brothers Holdings Inc., et. al. issued by the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Hon. James M. Peck), Case No. 08–13555 (June 17, 2009). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/395/3684.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>18</sup> В США существует разделение банков на коммерческие и инвестиционные.

<sup>19</sup> Lehman Brothers' press release on cross-border insolvency protocol, May 26, 2009. P. 1. URL: <http://documents.epiq11.com/ViewDocument.aspx?DocumentPk=400A7F75-7140-4BC3-990E-4B9733B51CF2> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>20</sup> Иностранцами должниками ("Foreign Debtors") в Протоколе именуются около 80 дочерних компаний Lehman Brothers, непосредственно или косвенно принадлежащие Lehman Brothers.

<sup>21</sup> Lehman Brothers' press release on cross-border insolvency protocol. P. 1.

<sup>22</sup> Пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.

<sup>23</sup> Под «трибуналами» ("Tribunals") в Протоколе по делу Lehman Brothers предлагается понимать в совокупности «суды и иные государственные, надзорные и административные органы» ("courts and governmental, regulatory, or administrative bodies") (пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.).

<sup>24</sup> Под «официальными представителями» ("Official Representatives") должника понимаются «управляющие распродажей имущества должника при его ликвидации, управляющие в делах о несостоятельности, доверительные управляющие, лица, управляющие капиталами, лица, осуществляющие надзор, или попечитель в деле о банкротстве» (пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.). Указание на различных официальных (законных) представителей связано с одновременным возбуждением различного рода процедур в отношении группы компаний Lehman Brothers таких как, например, банкротство, ликвидация, реорганизация, конкурсное производство, реабилитация (оздоровление) и иные виды процедур (пар. 8 Ходатайства должников об утверждении Протокола о трансграничном банкротстве от 26 мая 2009 г.)

<sup>25</sup> Transnational Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases (Report to ALI) (March 30, 2012). URL: <http://www.iiiglobal.org/component/jdownloads/finish/557/5932.html> (дата обращения: 27.01.2013).

<sup>26</sup> Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)»: 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ; в ред. Федерального закона от 29 декабря 2012 г. № 282-ФЗ // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>. – 30 декабря 2012 г.; Собр. законодательства Рос. Федерации. –2012 г. — № 53 (ч. 1), ст. 7607. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>27</sup> См., например, Определение Арбитражного суда г. Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 26 февраля 2006 г. по делу № А56-56528/2005. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 20 сентября 2007 г. по делу № А56-14945/2004 (со ссылками на Определение Высшего Арбитражного Суда РФ об отказе в передаче дела в Президиум Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ для пересмотра судебного акта в порядке надзора от 11 октября 2006 г. № 7592/06). Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28 августа 2008 г. по делу № А56-22667/2007. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс».

<sup>28</sup> П. 26 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 7 июля 2004 г. № 78 // «Вестник ВАС РФ», № 8, 2004 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; п. 33 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 октября 2006 г. № 55 «О применении арбитражными судами обеспечительных мер» // «Экономика и жизнь», № 47, ноябрь, 2006 г. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 14 июля 2005 г. № 13АП-3952/05 по делу № А56-7455/2000. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Определение Федерального арбитражного суда Московского округа от 9 сентября 2009 г. № КГ-А41/5232-09-ж по делу № А41-14639/08. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Определение Высшего Арбитражного Суда от 23 июня 2008 г. № 11934/04 по делу № А56-7455/2000. Документ опубликован не был. Доступ из справ.-правовой системы «КонсультантПлюс»; Беляева Н.Г. Особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц в арбитражном суде: практ. пособие. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2012. – 192 с. С. 103.

<sup>29</sup> Проект Федерального закона Российской Федерации «О трансграничной несостоятельности (банкротстве)» // URL: [http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/corpmangement/bankruptcy/doc20110225\\_04](http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/corpmangement/bankruptcy/doc20110225_04). (дата обращения: 27.01.2013); Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency). Принят ЮНСИТРАЛ 30 мая 1997 г. (приложение к Резолюции Генеральной ассамблеи ООН A/RES/52/158 30 January 1998, принятой на 72 пленарном заседании 15 декабря 1997 г.) // URL: [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency/1997Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model.html) (дата обращения: 27.01.2013).

# Cross-border Insolvency Protocols as Special Instrument of Cross-border Insolvency Proceedings (Part 2) (Summary)

*Alexandra N. Khizunova*\*

In the first part of this article author discusses the principles and models applicable to cross-border insolvency cases and problems of their direct application. Moreover author considers different international documents worked out as the basis for cooperation in case of cross-border bankruptcy that may be used in Insolvency protocols, as well as the case law of foreign states on that problem.

In the second part of the article author examines the basic elements of Insolvency protocols. Author analyzes Insolvency protocol drafted in the case of one of the largest US investment bank.

Author concludes that the Insolvency protocols are quite effective and are widely applied by the foreign courts. The application of Insolvency protocols in Russia is possible among other issues due to the difficulties in recognition of foreign bankruptcies in Russia.

**Keywords:** Cross-border Insolvency (Bankruptcy); (Cross-border) Insolvency Protocol; Agreements concerning the Coordination of Foreign Insolvency (Bankruptcy) Proceedings; Amended (Modified) Universalism; Reciprocity.

---

\* Alexandra N. Khizunova – LL.M., associate at Muranov, Chernyakov and Partners Law Firm. a.khizunova@rospravo.ru.