

# **Реструктуризация и банкротство: актуальные вопросы глазами иностранного инвестора**

Перепелкина Елена  
к.ю.н., Вице-президент юридического департамента  
ООО «Дойче Банк»  
13 октября 2009 г.

# Проблемы действующего правового регулирования I

- **неопределенность и непоследовательность в регулировании и правоприменительной практике в отношении**
  - банкротства
  - обременения отдельных видов имущества
    - залог прав
    - залог ценных бумаг
    - залог недвижимости (право следования: залог права аренды vs. залог здания/сооружения)
- **отсутствие достоверной и доступной для участников оборота информации об обеспечении**
  - создание обеспечения (за исключением некоторых видов залога) не подлежит государственной регистрации
  - залог большинства объектов движимого имущества не подлежит регистрации
  - незащищенность сторон залогового правоотношения и третьих лиц от злоупотреблений
- **пробелы в регулировании перехода прав по обеспечению к новому кредитору**
  - в случае залога ценных бумаг, учитываемых у депозитария, путем блокировки заложенных бумаг на счету депо залогодателя
  - перерегистрация ипотеки в пользу нового залогодержателя

# Проблемы действующего правового регулирования II

- **не всегда реализуема обеспеченность требований кредитора**
  - «неравенство» залогов: неопределенность в соотношении залога, возникающего на основании договора, залога, устанавливаемого в силу закона, и права удержания
  - неоднозначность в решении вопроса об удовлетворении требований третьих лиц за счет заложенного имущества. В связи с чем необходимо
    - точное и последовательное определение круга требований, а именно только
      - требования граждан за причинение вреда жизни/здоровью, компенсации морального вреда
      - требования по выплате выходных пособий, оплате труда и авторским договорам
    - установление условий и порядка удовлетворения таких требований
      - момент возникновения права залога – как критерий
      - в рамках конкурсного производства – только на основании судебного акта.
      - вне банкротства только (1) по решению суда и (2) если установленная цена превышает размер требований залогодержателя
      - при оставлении залогодержателем имущества за собой – только если (1) залогодержатель заинтересован, (2) должник/иные кредиторы несут убытки, (3) предпочтительное удовлетворение, (4) 6-месячный срок
- **усовершенствованный порядок обращения взыскания на заложенное имущество оставляет без ответа ряд вопросов**
  - когда порядок обращения взыскания считается согласованным сторонами?
  - как следует толковать положения о внесудебной реализации заложенного имущества в действующих договорах, заключенных до 11 января 2009 года?
  - депозит нотариуса: вопросы с практической реализацией
  - проблема практической реализации нового порядка обращения взыскания на учитываемые на счетах депо ценные бумаги в свете действующего регулирования
- **права держателей облигаций в случае дефолта пока специально не урегулированы, не защищены**

# Проблемы действующего правового регулирования III

- **позитивные изменения, внесенные в законодательство о банкротстве часто непоследовательно толкуются/непротестированы на практике**
  - в свете реструктуризаций особенно актуален вопрос признания сделок потенциально несостоятельного должника недействительными
- **наличие императивных норм и закрепившихся подходов в судебной и рыночной практике зачастую препятствуют внедрению новых механизмов, способных совершенствовать существующие конструкции**
  - специальный субъектный состав применительно к единственному неакцессорному способу обеспечения (банковской гарантии)
  - отсутствие гибкости в регулировании вопроса формы и порядка выдачи поручителем согласия на увеличение собственного обязательства/смену должника
  - практический пример: признание судом недействительной банковской гарантии, выданной в рамках обязательного предложения, в связи с тем, что сумма гарантии была определяемой по формуле, а не зафиксирована изначально
- **несбалансированность интересов должников и кредиторов**
  - право залогодателя на отсрочку обращения взыскания
  - возможность (со стороны залогодателя) оспаривать наличие оснований для обращения взыскания
  - чрезмерная защищенность залогодателей на стадии обращения взыскания на заложенное имущество

# Сделки с участием иностранных инвесторов

## Специфические вопросы I

- **синдицированное кредитование: множественность кредиторов и российское обеспечение**
  - распространенные на практике концепции:
    - параллельный долг/солидарность на стороне кредиторов с предоставлением обеспечения в пользу одного из солидарных кредиторов
    - заключение договора комиссии с последующим заключением обеспечивающих договоров комиссионером
  - отсутствие судебной практики/разъяснений законодательства по данному вопросу
- **сочетание основного обязательства по иностранному праву с российским обеспечением**
  - основания обращения взыскания на обеспечение/привлечение к ответственности гаранта/поручителя
    - Неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства (в том числе «по обстоятельствам за которые отвечает») и event of default
  - привлечение к обеспечению третьего лица
    - описание основного обязательства в договоре с обеспечителем
    - корпоративные одобрения
    - порядок перехода прав по обеспечению в связи с уступкой кредита

# Специфические вопросы II

## Event of Default в свете потенциального банкротства российского должника

- **признаки банкротства**
  - долг в размере больше 100 000 рублей
  - долг подтвержден судебным/арбитражным решением
  - долг не погашен 3 месяца
- **судебное разбирательство как EOD**
  - вряд ли автоматически применим, так как стандартная сумма гораздо больше суммы долга, при наличии которого в отношении российского должника можно начинать производство по делу о банкротстве
- **несостоятельность и соответствующие процедуры как EOD**
  - типичное положение, основанное на ЛМА стандарте, обычно оперирует концепциями:
    - «неспособность платить по долгам»
    - «приостановление осуществления платежей»
  - до тех пор пока не введен мораторий вряд ли можно говорить о каком-либо «приостановлении»
- **существенное негативное обстоятельство как EOD**
  - английские суды вполне могут отрицать наличие существенного негативного обстоятельства в связи с возбуждением дела о банкротстве, ссылаясь на то, что имеют место другие специальные основания досрочного исполнения, которые на такое обстоятельство специально не ссылаются
- **ложное заверение (misrepresentation) как EOD**
  - кредитор должен доказать, что заверение было ложным по существу в тот момент, когда давалось
  - зачастую квалифицировано MAE (существенным негативным последствием – сложно доказуемо с учетом того, что дело о банкротстве может быть возбуждено при наличии долга на сумму USD3,000