

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 инициируются 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.¹

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

¹ 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.