

ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

THEORETICAL ASPECTS OF CROSS-BORDER INSOLVENCY

**M. Zhovtonozhko
D. Belyaev**

Summary. The article is devoted to the analysis of theoretical approaches to the definition of cross-border bankruptcy. Until now, the contradictions between the two main conceptual approaches — universalistic and territorial to cross-border insolvency — have not been resolved. In this regard, an average approach was developed — a modified universalism, on the basis of which the main legal documents in the field of cross-border insolvency were created. However, even this averaged approach faces criticism of the appropriateness of its use and application. The article discusses the relationship of these concepts and concludes on the appropriateness of their application.

Keywords: cross-border bankruptcy, universalism, territorialism, modified universalism, lex fori concursus.

Жовтоножко Максим Алексеевич

Финансовый университет при Правительстве РФ,
г. Москва
maxsim-sev02@mail.ru

Беляев Даниил Александрович

Финансовый университет при Правительстве РФ,
г. Москва
da_belyaev@mail.ru

Аннотация. Статья посвящена анализу теоретических подходов к определению трансграничного банкротства. До сих пор не разрешены противоречия между двумя основными концептуальными подходами — универсалистским и территориальным к трансграничной несостоятельности. В связи с этим был разработан усредненный подход — модифицированный универсализм, на основе которого были созданы основные правовые документы в области трансграничной несостоятельности. Однако, даже данный усредненный подход сталкивается с критикой целесообразности его использования и применения. В статье рассматриваются соотношения данных концепций и делается вывод о целесообразности их применения.

Ключевые слова: трансграничное банкротство, универсализм, территориализм, модифицированный универсализм, lex fori concursus.

Законодательство о банкротстве, чаще всего, является отражением экономического развития во всех частях мира. Экономика всегда играла ключевую роль в развитии законодательства о банкротстве, поскольку несостоятельность — это явление, которое в равной степени можно рассматривать как с юридической, так и с экономической точки зрения. Двойственность природы данного явления отражена и в наиболее распространенном определении: несостоятельность (банкротство) — признанная судом или иным уполномоченным органом неспособность должника расплатиться по своим обязательствам.

Следует отметить, что существует позиция, согласно которой законодательство о банкротстве также является отражением всех особенностей страны и развитости правовой культуры, из чего следует, что несостоятельность или банкротство — это многомерное явление, а не только экономико-правовое. Однако, в любом случае, несостоятельность — это сложное явление, при исследовании которого требуется учитывать различные факторы, благодаря которым представляется возможным более точно определить первоосновы банкротства физического или юридического лица, среди которых: личные качества должника, уровень закре-

дены рыночные условия (которые представляют собой подмножество факторов), а также наличие всех денежных активов лица и его производственные возможности.

Необходима достаточная информация о вышеперечисленных характеристиках субъекта несостоятельности, чтобы проверить их и дать точную оценку данному лицу, однако очень часто всю необходимую и интересующую информацию о хозяйственном субъекте не представляется возможным получить в силу наличия принципа конфиденциальности. Таким образом, можно легко сказать, что несостоятельность хозяйствующего субъекта — это трудноустанавливаемое юридическое понятие, которое может быть подтверждено при наличии определенных элементов.

В наше время все меняется с огромной скоростью. Влияние экономики на законодательство о банкротствах огромно. При этом, подходы к пониманию несостоятельности очень часто имеют циничный окрас. Например, существует мнение, что несостоятельность сама по себе не обязательно является негативным фактором, поскольку экономический рост по своей сущности требует свертывания некоторых нерентабельных видов де-

тельности, чтобы освободить место для новых, и поэтому неудачные проекты и замена нерентабельных фирм должны рассматриваться как фундаментальный элемент экономического роста [1].

Необходимо отметить, что несостоятельность — это коллективное производство. Существенными элементами несостоятельности в каждом национальном законодательстве являются упорядоченное выявление имущества должника, проверка требований кредиторов и распределение делимого имущества должника для удовлетворения этих требований в соответствии с законодательно установленными правилами.

Индивидуальные частные права контрагентов хозяйствующего субъекта, в случае его ликвидации, трансформируются в возможность участия в коллективном управлении, а в случае реорганизации влияют на позицию кредитора при коллективном утверждении плана [2].

При наличии в деле о банкротстве иностранного элемента, имеет место так называемая «трансграничная несостоятельность». В случае трансграничной несостоятельности поднимаются основные вопросы международного частного права: выбор суда (вопрос юрисдикции); признание и исполнение судебных решений, выбор права (применимое право). При этом судебная практика, сложившаяся в национальных правовых системах в отношении решения данных вопросов, часто сильно различается.

Вышеуказанные различия являются основной причиной проблем, которые возникают в делах о трансграничном банкротстве. Нахождение чего-то общего в национальных законах, а также их унификация, являются сложными задачами. Гармонизация норм рассматривается как «более легкая» задача, однако представляется, что это не совсем так, поскольку в мировой юридической практике очень мало примеров «успешных» международных документов, которым после долгих лет неудач удалось гармонизировать некоторые области законодательства [3]. Кроме того, даже тогда интерпретация гармонизированных правил национальными судами часто давала разные результаты.

В связи с этим, регулирование проблемы трансграничного банкротства представляется сложной задачей. Для ее решения выдвигались две противоположные теории: теория универсализма и теория территориализма. Универсализм предполагает единство банкротства: одно производство для каждого несостоятельного должника, где бы ни находились его кредиторы и/или активы. Каждый суд будет вести производство по делу о трансграничной несостоятельности, применяя *lex fori concursus*

(право государства банкротства субъекта), то есть свои собственные правила, регулирующие открытие, ведение, и завершение производства по делу о несостоятельности, а все решения будут иметь силу во всех странах, где находятся активы должника [4]. Основными преимуществами универсализма являются повышенная предсказуемость, снижение издержек и рисков, а также гарантированно равная защита всех кредиторов.

Территориальный подход предполагает множественность производств по делам о несостоятельности: для каждого должника открыто столько производств по делам о несостоятельности, сколько стран, в которых находятся его активы на момент открытия дела о его несостоятельности. Каждое судебное производство включает и управляет только активами, находящимися на его территории, применяет свое собственное законодательство о несостоятельности и к судопроизводству допускает участие только местных кредиторов, «практически не принимая во внимание иностранные производства в отношении того же должника» [4]. Теория территориализма подчеркивает важность различий между национальными правовыми режимами и указывает на то, что применение формального универсалистского подхода можно было бы рассматривать как вмешательство во внутреннюю политику и нарушение государственного суверенитета.

Дискуссия об универсализме и территориализме кажется бесконечной, она длится на протяжении долгого времени с необычайной интенсивностью. Тем не менее, ситуация изменилась за период в несколько десятилетий — стало очевидным несовершенство обеих теорий (что в дальнейшем поставило вопрос о разработке новой, усредненной теории).

Универсализм способствует достижению целей законодательства о несостоятельности, то есть эффективности и справедливости, а также равного отношения к кредиторам, оказавшимся в схожей ситуации. Для обеспечения эффективности и справедливости в рамках универсалистской модели государства должны отказаться от суверенитета в делах о трансграничной несостоятельности, что является трудновыполнимым [4].

Вполне справедливо отмечается, что чистый универсализм не может быть реализован без принятия международной конвенции, также предполагается, что он был бы недостижим в нынешних мировых условиях. Утверждается, что переход к «идеальному» универсализму «может занять десятилетия или даже столетия». «Остается только ждать появления «нового мирового общества» — и, по сути, мирового правительства, способного урегулировать несостоятельность хозяйствующих субъектов» [5].

Одним из последствий универсализма является повсеместное применение *lex fori concursus*. Соответственно, применяемые в результате использования такой коллизионной привязки нормы о распределении активов несостоятельного должника могут не рассматриваться кредиторами в других странах (кроме той, где открыто производство по делу о несостоятельности) как благоприятные для удовлетворения их требований, поскольку данные нормы часто предполагают применение местного законодательства.

Государствам зачастую трудно, если не невозможно, согласиться с тем, что законодательство о несостоятельности какого-либо другого государства (а именно это законодательство зачастую является *lex fori concursus*) будет устанавливать приоритетность удовлетворения требований из имущественной массы, где бы эти требования ни возникли. Многим государствам (и их судам) трудно изменить свое прежнее отношение к трансграничной несостоятельности, поскольку государства не могут смириться с тем, что местные нормативно-правовые акты не будут применяться при распределении местных активов.

Однако, при этом, территориальный подход кажется недостаточным для решения особых проблем трансграничной несостоятельности в связи с тем, что «территориальный подход может оказаться контрпродуктивным для реорганизации или эффективной ликвидации целой международной компании, если каждая юрисдикция будет рассматривать только часть дела», а также множественность процедур увеличивает затраты и затрудняет достижение полной продажи активов или реструктуризации бизнеса в целом [6].

Противники теории территориализма часто задаются вопросом, зачем разрешать параллельное производство по делу о несостоятельности. В качестве основных причин выдвигаются следующие: дань уважения национальным судам, обладающим юрисдикцией в отношении активов, расположенных в их государствах, а также оправдание ожиданий национальных кредиторов, что их права будут регулироваться внутренним законодательством о несостоятельности. Утверждается, что параллельное производство необходимо для того, чтобы воспрепятствовать нарушению суверенитета других государств [7].

В связи с отсутствием единого мнения о том, какой подход является наиболее приемлемым, был разработан «средний» подход к регулированию трансграничной несостоятельности — модифицированный универсализм. Модифицированный универсализм, похоже, почти везде в настоящее время является доминирующим подходом для решения проблемы трансгранич-

ной несостоятельности. Именно на основе модифицированного универсализма велась работа по созданию «Европейской конвенции»: Конвенции Европейского союза о производстве по делам о несостоятельности 1995 года» [8]; (Европейская конвенция — так и не вступила в силу, в итоге ее положения были закреплены в Регламенте Совета Европейского Союза 1346/2000 от 29 мая 2000 г. О процедурах банкротства [9]. Именно этот подход был избран в рамках Типового закона ЮН-СИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года [10]. Он был предложен американскими учеными 25 лет назад, как лучшее промежуточное решение на пути к оптимальному решению — «истинному/идеальному универсализму».

Модифицированный универсализм представляет собой компромиссный вариант между универсализмом и территориализмом, по сути своей данная теория берет за основу теорию универсализма, но делает ее применимой на практике, модифицирует ее за счет использования элементов, свойственных территориализму. Данный подход предполагает наличие основного производства (главного производства, в котором суд уполномочен распоряжаться всеми активами должника, в том числе за рубежом), но при этом оставляет возможность возбуждать вторичные производства в иных государствах, в рамках которых участвуют только местные кредиторы и местные активы [11].

В последние годы были выдвинуты и другие предложения о возможностях регулирования трансграничной несостоятельности. Одним из них является «универсальный процессуальный подход или универсальный процессуализм». Этот подход основан на принципе выбора права, который его сторонники называют «виртуальной территориальностью» [12].

Согласно этому предложению, «цель состоит в том, чтобы облегчить дело о банкротстве, управляемое в центре основных интересов должника (COMI), которое процессуально является глобальным, но фактически — территориальным». Универсальный процессуализм предполагает возбуждение основного (и единственного) производства, в рамках которого к различным иностранным активам и кредиторам применяется иностранное право, как если бы были возбуждены вторичные производства. Таким образом, универсальный процессуализм от модифицированного универсализма отличается тем, что вторичные производства фактически не возбуждаются, а имитируются внутри единого производства. Сторонники модифицированного универсализма верят в режим «одно дело по одному закону», а сторонники универсального процессуализма — в режим «одно дело по многим законам».

Сторонники универсального процессуального подхода обвиняют модифицированный универсализм в «асимметричной вежливости». Они утверждают, что «это улица с односторонним движением», значит, согласно этому подходу, суды вспомогательной юрисдикции должны подчиняться суду страны происхождения, даже если кредиторы получают там существенно иное отношение. Сторонники универсального процессуального подхода считают, что в отличие от этого суд основной юрисдикции будет применять только свое право и не будет делать ничего, чтобы минимизировать различия в результатах.

Но это парадоксальный аргумент. Уважение основного производства путем применения принципа вежливости не означает, что суды вспомогательной юрисдикции отдают что-то, чтобы получить что-то взамен. Это означает, что они способствуют упорядоченному управлению банкротством и что в аналогичных делах они ожидают, что суды других стран будут делать то же самое (хотя такое подразумеваемое ожидание взаимности не является формальным требованием, это лишь надежда).

Также не совсем понятно, почему сторонники универсального процессуализма утверждают, что модифицированный универсализм создает «порочный круг выбора права». По такой логике, осуждению подвергается сама возможность выбора применимого права, свойственная международному частному праву, благодаря которой применимым правом в определенных вопросах будет иностранное право, а в случае банкротств — не обязательно *lex fori concursus*.

Конечно, модифицированный универсализм работает лучше всего, если режимы банкротства заинтересованных стран согласованы, однако это не так просто сделать, но сказать, что «модифицированный универсализм сам по себе создает стимул для юрисдикционной дифференциации и закладывает семена собственного поражения» — это преувеличение [13]. Это означало бы, что режимы банкротства будут меняться из-за страха, что в случае трансграничного банкротства им придется сотрудничать в соответствии с теорией модифицированного универсализма.

С другой стороны, есть и другие мнения, которые резко высказываются о модифицированном универсализме. Так, утверждается, что, позволяя вспомогательным судам сохранять свое право применять собственное законодательство и защищать своих местных кредиторов, модифицированный универсализм является территориалистическим по своей природе, и в этом его недостаток. Предсказуемость, которую гарантирует чистый универсализм, при применении модифицированного универсализма приносится в жертву, поскольку «режим или режимы, которые в конечном итоге будут распреде-

лять активы должника, могут зависеть от страны, в которой эти активы находятся на момент банкротства».

Кроме того, отмечается, что модифицированный универсализм не решает проблему «forum shopping» (проблему выбора «удобного» суда), которая считается одним из главных зол чистого универсализма [14].

Поэтому был предложен другой подход — «кооперативный территориализм». Согласно этому подходу, каждая страна может открыть и вести свое собственное дело о банкротстве, применяя каждый свое собственное законодательство. Ни одно из этих дел не может считаться основным или вспомогательным делом. При этом в отличие от традиционного территориализма, кооперативный территориализм предполагает сотрудничество юрисдикций, в которых возбуждены параллельные производства, в целях эффективного распределения конкурсной массы, путем заключения специальных протоколов [11].

Как было заявлено, «ни у одной страны нет желания признавать иностранную власть над национальными активами или жертвовать интересами местных должников или кредиторов в конкретных делах. Устранение этого универсалистского противоречия закладывает основу, которое будет взаимовыгодным в каждом конкретном случае, необходимую для сотрудничества между судами и представителями» [11].

Хотя кооперативный территориализм может иметь некоторые преимущества, например, то, что он решает проблему «основной» страны и обеспечивает большую предсказуемость для кредиторов, он все равно кажется слишком оптимистичным подходом, учитывая тот факт, что подход, на котором он основан, не подразумевает сотрудничества.

В настоящее время высказывается мнение, что модифицированный универсализм может стать нормой обычного международного права [4]. Однако такая возможность кажется сомнительной.

Утверждается, что «мы являемся свидетелями постепенного воссоединения частного и публичного международного права как в теории, так и на практике» [4]. Также указывается, что речь идет не о слиянии международного частного права и международного публичного права, а о «международно-ориентированной миссии международного частного права», которое «должно продолжать развиваться» и учиться у международного публичного права [4].

Тем не менее, возникает вопрос, будет ли это чем-то новым. По крайней мере, в странах континентальной

Европы международное частное право никогда не было действительно национально-ориентированным, применение иностранного права было и остается почти всегда гарантированным, если на это указывают нормы международного частного права. Исключение публичного порядка используется только в особых обстоятельствах. Напротив, в странах общего права (конечно, с многочисленными различиями между ними) международное частное право очень часто указывает на *lex fori* как на применимое право.

Различные подходы к выбору применимого права, очевидно, определяются различными правовыми традициями. Если применимым правом является иностранное право, то очевидно, что очень трудно, если не невозможно, его действительно применить в случае трансграничного банкротства, где ставки чрезвычайно высоки.

Даже в европейских континентальных странах до вступления в силу Регламента 1346 существовали разногласия относительно применения иностранного законодательства в случае несостоятельности, не ограниченной одной страной.

Например, Франция и Германия (и ряд других стран) хотели, чтобы их решения по делам о несостоятельности имели универсальную силу, но отказывали в такой силе иностранным решениям по делам о несостоятельности и, соответственно, отказывались признавать их и применять иностранное право, например, путем отказа в передаче активов, находящихся на их территории, иностранному управляющему в соответствии с нормами иностранного *lex fori concursus*. Они поддерживали методы универсализма и территориализма, в отношении внутренней и внешней несостоятельности соответственно. Напротив, Греция была среди тех (довольно немногих) стран, которые признавали иностранную несостоятельность и, следовательно, применяли иностранный *lex fori concursus*. Очевидно, что модифицированный универсализм является скорее недостатком для этих стран: их международное частное право действительно имело международно-ориентированную миссию, которая постепенно была ограничена из-за регулирующих норм Регламента 1346 и принятия законодательства, включающего положения Типового закона.

Как было сказано выше, модифицированный универсализм не решает проблему «forum shopping». Однако, научное сообщество имеет различные позиции по вопросу того, является ли концепция «forum shopping» проблемой — как положительные, так и отрицательные. Те, кто выступают против использования данной концепции, утверждают, что во внедоговорных условиях «forum shopping» является проблематичным

и таит в себе опасности. Те, кто выступает за его использование, утверждают, что принцип обладает многими неочевидными достоинствами на глобальном уровне. Однако, аргументы против применения данной концепции в современной международной системе кажутся более убедительными.

Концепция «forum shopping» может нанести вред в процессе производства по делу о несостоятельности ввиду того, что последствия, благоприятно влияющие на одну сторону, имеют неблагоприятное влияние для другой стороны. Кроме того, это снижает правовую определенность производства, поскольку применимое законодательство может быть изменено [15]. Отсутствие правовой определенности дает возможность самим должникам или руководителям компаний, находящихся в тяжелом положении, пренебрегать правомерным использованием концепции из-за различий между различными законами о несостоятельности. Когда должник выбирает юрисдикцию и, следовательно, применимое право (наиболее благоприятное для собственных интересов), существует возможность, что некоторые кредиторы могут пострадать от этого выбора. Скрытые правовые нюансы в силах вызвать неожиданные денежные расходы и обязательства, дискриминацию между внутренними и иностранными кредиторами, изменения характера выплат [16].

Концепция «forum shopping» имеет большой простор для злоупотребления правом. Так, должники или директора компаний могут поставить кредиторов в чрезмерно невыгодное процессуальное положение, выбрав юрисдикцию, которая позволит им избежать личной ответственности или затянуть производство.

Концепция «forum shopping» содержит две наиболее часто применяемых стратегий использования. Первая — должник стремится перенести свой зарегистрированный офис в другую страну. Вторая стратегия — корпоративный должник переносит свой административный центр управления за границу, но оставляет за собой зарегистрированный офис.

В США использование концепции «forum shopping» при рассмотрении дел о банкротстве стало обычным делом. «Начиная с 1990 года, выбор места проведения банкротства привел к неожиданной динамике. В течение шести лет почти 90 процентов всех крупных публичных компаний, подающих иски о банкротстве в США, подавали иски в штате Делавэр» [17].

Стоит отметить, что данная концепция имеет место только в случаях, когда суд применяет собственное законодательство в делах о должниках, имеющих лишь ограниченную связь с юрисдикцией суда.

ЛИТЕРАТУРА

1. Kammel AJ (2008) The law and economics of corporate insolvency — some thoughts. In: Omar P (ed) International insolvency law. Themes and perspectives. Routledge, London and New York, pp 61–79
2. Mason R (2008) Cross-border insolvency law: where private international law and insolvency law meet. In: Omar P (ed) International insolvency law. Themes and perspectives. Routledge, London and New York, pp 27–60
3. Anderson K (2000) The cross-border insolvency paradigm: a defence of the modified universal approach considering the Japanese experience. *Univ Pa J Int Econ Law* 21:679–779
4. Mevorach I (2018a) The future of cross-border insolvency. Overcoming biases and closing gaps. Oxford University Press
5. LoPucki LM (2000) The case for cooperative territoriality in international bankruptcy. *Mich Law Rev* 98:2216–2251
6. Mevorach I (2014) Cross-border insolvency of enterprise groups: the choice of law challenge. *Brooklyn J Corp Financ Commer Law* 9:226–249
7. Pottow JAE (2006) Greed and pride in international bankruptcy: the problems of and proposed solutions to “local interests”. *Mich Law Rev* 104:1899–1949
8. «Европейская конвенция»: Конвенция Европейского союза о производстве по делам о несостоятельности 1995 года». Режим доступа: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-4-1999-0234_EN.html#title1
9. Регламент Совета Европейского Союза 1346/2000 от 29 мая 2000 г. О процедурах банкротства. Режим доступа: <https://base.garant.ru/2570577/>
10. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год). Режим доступа: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/1997-model-law-insol-2013-guide-enactment-r.pdf>
11. Мохова Е.В. Модификации традиционных доктрин правового регулирования трансграничной несостоятельности юридических лиц: проблемы и перспективы реализации в международном праве / Е.В. Мохова // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2007. № 8. С. 102–109.
12. Janger EJ (2007) Universal proceduralism. *Brooklyn J Int Law* 32:819–849
13. Moss G (2007) Group insolvency — choice of forum and law: the European experience under the influence of English pragmatism. *Brooklyn J Int Law* 32:1005–1018
14. Mevorach I (2013) Forum shopping in times of crisis: a directors’ duties perspective. *Eur Company Financ Law Rev* 10:523–553
15. McCormack G (2014) Bankruptcy forum shopping: the UK and US as venues of choice for foreign companies. *Int Comp Law Q* 63:815–842
16. Almaskari BJ (2016) Towards legal certainty: European cross-border insolvency law and multinational corporate groups. Thesis submitted for the degree of Doctor of Philosophy at the University of Leicester School of Law
17. LoPucki L (2005) *Courting failure: how competition for big cases is corrupting the bankruptcy courts*. University of Michigan Press, Ann Arbor, MI

© Жовтоножко Максим Алексеевич (maxsim-sev02@mail.ru), Беляев Даниил Александрович (da_belyaev@mail.ru).

Журнал «Современная наука: актуальные проблемы теории и практики»