

ПРАВОВЫЕ КОНЦЕПЦИИ РЕГУЛИРОВАНИЯ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

Бандина А. П.,

аспирант кафедры гражданского процесса Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова

Аннотация

Автор рассматривает правовые концепции регулирования международного банкротства, разработанные зарубежной правовой наукой. На основе анализа зарубежных концепций автор приходит к выводу, что для дальнейшего развития правового регулирования в Российской Федерации вопросов трансграничной несостоятельности, необходимо выстраивать нормативную правовую базу России на принципе территориальности, основанной на сотрудничестве.

The author examines the concept of legal regulation of international bankruptcy, developed by foreign legal science. Based on the analysis of foreign concepts, the author concludes that further development of legal regulation in the Russian Federation, the issues Cross-Border Insolvency, it is necessary to build the regulatory framework in Russia the principle of territoriality, based on cooperation.

Ключевые слова: международное банкротство, трансграничная несостоятельность, правовые концепции, должник, процессуальная эффективность.

International bankruptcy, cross-border insolvency, legal concepts, the debtor, the remedial efficiency.

Зарубежной правовой наукой за время изучения института трансграничной несостоятельности было разработано несколько концепций регулирования правоотношений, складывающихся в случае международного банкротства. Они различаются подходами к определению порядка производства по делу о трансграничной несостоятельности: в рамках каждой из концепций индивидуальным образом представлен процесс рассмотрения и разрешения дела, а также существенно отличается объем полномочий судебных органов, в компетенцию которых входит рассмотрение дел о несостоятельности транснациональных юридических лиц.

Первоначально была разработана концепция универсальности (единого производства), которая на протяжении нескольких десятилетий рассматривалась, как единственный корректный подход к разрешению дел о банкротстве транснациональных корпораций. Традиционно концепцию универсальности определяют, как принцип, в соответствии с которым «все основные процедуры и главные процессуальные действия должны проходить в одном месте (домиции должника или в месте ведения им основного бизнеса)» [1]. Имущество должника подлежит учету в рамках единого производства по делу о банкротстве вне зависимости от территориальной привязки активов и долгов [2]. Основным постулатом концепции единого производства является выражение

«одно право, один суд» [3].

Парадигму универсальности можно раскрыть следующим образом: производство по делу в отношении такого должника должно быть единое, то есть проводиться в уполномоченном суде одного государства. В рамках такого производства должен быть осуществлен учет всех требований кредиторов, должна быть подвергнута анализу вся имущественная масса должника, принято решение о реорганизации или ликвидации должника. В случае ликвидации по нормам законодательства государства, в котором открыто и ведется производство, должна быть определена очередность удовлетворения требований кредиторов. Согласно установленной очередности должно быть произведено распределение имущественной массы несостоятельной транснациональной корпорации.

Попытки выработать многостороннее соглашение между большим числом государств, которое бы закрепило свод правил о применении принципа универсальности при рассмотрении дел о трансграничной несостоятельности, оказывались неудачными в связи с существенным различием как материального, так и процессуального внутреннего законодательства государств. При этом случаи наступления финансового краха компаний, осуществлявших предпринимательскую деятельность одновременно на территории нескольких государств, имели место и требовали адекватного правового разрешения. Ответом на отсутствие

единого подхода к регулированию вопросов банкротства транснациональных корпораций стала разработка концепции территориальности, получившая в дальнейшем широкое распространение.

Согласно концепции территориальности (параллельных производств или множественности производств) правовое регулирование трансграничной несостоятельности на территории каждого отдельного государства осуществляется на основе внутреннего права данного государства. В рамках этой концепции допускается возможность возбуждения производств о признании лица несостоятельным в двух и более государствах. Например, первое производство может быть возбуждено по месту регистрации юридического лица, а второе производство открыто по месту нахождения иностранных активов этого юридического лица. В результате, в отношении одного должника может осуществляться несколько производств, причем без какого либо согласования между ними. Принцип территориальности ведет к возбуждению процедур по числу стран, в которых расположены активы или подразделения должника [4].

А.А. Рягузов отмечает, что «в основе принципа территориальности лежит доктрина *separate entity doctrine*, согласно которой кредиторы вправе предъявлять свои требования в ходе «местной» процедуры банкротства только в отношении «местных» активов иностранного должника» [5]. Если имущества должника недостаточно для удовлетворения требования кредитора, то такой кредитор вправе обратиться с требованием о погашении его требования в оставшейся части в параллельное иностранное производство.

Сближение концепций универсальности и территориальности виделось специалистам в области банкротства правовым «мостиком» между двумя антагонистическими теориями, одна из которых неприменима на практике, а другая не отвечает государственным и частным интересам. Мировая практика пошла по пути формирования модифицированных концепций универсальности и территориальности. В результате переработки базовых концепций или их конвергенции было построено сразу несколько таких «мостиков»: концепция модифицированного универсализма, универсального процедурализма, учредительно-контрактualизма и территориальности, основанной на сотрудничестве. Следует отметить, что данные концепции являются новациями, которые обладают значительным правовым потенциалом.

Зарубежная правовая наука связывает будущее трансграничной несостоятельности с последующим развитием и применением на практике данных модифицированных концепций.

Теория модифицированного универсализма была разработана Джейм Лауренсом Вестбруком, который полагает, что Кодекс о банкротствах США [6] построен именно на концепции модифицированного универсализма [7]. По мнению Эдварда Джей Джанжерома, Регламент Совета ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности [8] также основан на концепции модифицированного универсализма [9]. От концепции единого производства модель модифицированного универсализма переняла стратегию определения одного суда, который наделяется компетенцией для рассмотрения дела о трансграничной несостоятельности вне зависимости от места нахождения активов должника. В связи с этим для модифицированного универсализма, так же как и для концепции универсальности, свойственна проблема определения международной подсудности дела и не решен вопрос наличия существенных различий норм материального и процессуального права государств.

От парадигмы территориальности модифицированный универсализм унаследовал принцип, в соответствии с которым в определенных случаях допускается открытие дополнительных или вторичных производств. Дополнительное и вторичное производства осуществляются в соответствии с законодательством государства, на территории которого оно открыто. Так считается возможным открытие дополнительного производства в государстве, на территории которого находятся активы должника, «в случае, если это необходимо для защиты публичных интересов этого государства» [10]. Также дополнительное производство может быть возбуждено в целях надлежащей защиты прав национальных кредиторов данной страны. На наш взгляд, основания для открытия как дополнительного производства, так и вторичного на настоящий момент сформулированы крайне размыто и неточно, что представляется существенным недостатком данной концепции. Частично было найдено решение проблемы государственно суверенитета, однако нечеткость разграничения основного производства от дополнительного и вторичного, как и последних между собой, не дает оснований признать вопрос ограничения государственной судебной власти снятым с обсуждения.

Хотя в рамках теории и указано на необходимость сотрудничества между представителями производств, однако дальнейшего последовательного развития данное указание не находит. Но модель модифицированного универсализма может быть воплощена в жизнь в форме законодательного оформления только близкими по правовым подходам к решению вопросов несостоятельности государствами, как например, странами НАФТА, но в ближайшей временной перспективе представляется весьма утопичным построение на ее основе международного законодательства о трансграничной несостоятельности, которое будет применимо большим числом государств.

Концепция «универсального процедурализма» была разработана Эдвардом Джей Джанжером, который так описал предлагаемую им теорию: «Данный режим состоит из «универсальных», но минимально стандартизированных правил рассмотрения дел о трансграничном банкротстве, усовершенствованных правил выбора применимого права и норм материального права» [11].

Разработчик данной теории исходит из того, что конкуренции между производствами, которая имеет место в открытом или закамуфлированном виде и в рамках универсальности, и в рамках территориальности, не избежать. Однако, по мнению Джанжера, конкуренция производств с процессуальной точки зрения, не несет в себе большой опасности, так как рыночные отношения существуют и в судебной сфере, а, следовательно, рынок будет регулировать данную конкуренцию и корректировать ее по необходимости. Также Джанжер полагает, что типовые законы, конвенции и иные двусторонние и многосторонние акты, регулирующие трансграничную несостоятельность, должны фокусироваться исключительно на процессуальной эффективности производства, которая достигается за счет закрепления на законодательном уровне всех процессуальных аспектов рассмотрения и разрешения дела о трансграничной несостоятельности. Джанжер признает исключительно судебное усмотрение по вопросам материального права, полностью исключая право судов толковать любые аспекты порядка рассмотрения и разрешения дела. Процессуальная эффективность производства должна основываться на трех базовых элементах: право выбора суда, право выбора применимого права и наиболее существенных положениях материального права, имеющих значение для процессуального порядка

рассмотрения и разрешения дела о международном банкротстве. Одним из основных положений концепции универсального процедурализма является теория административной консолидации. Административная консолидация представляет собой административный учет всех требований кредиторов и имущественной массы должника в рамках одного основного производства. При этом учет требований кредиторов и активов производится согласно внутреннему законодательству страны, в которой возбуждено основное производство. Удовлетворение же требований кредиторов за счет имущества должника производится по нормам законодательства о банкротстве тех стран, где находятся активы должника, то есть во вторичных производствах. При этом между вторичными и основными производствами концепция предполагает установление действенного механизма сотрудничества.

Квинтэссенцией концепции универсального процедурализма лучше всего может служить высказывание Эдварда Джей Джанжера о том, что «единое производство имеет место быть, а вот единое право недостижимо и нежелательно» [12]. Таким образом, концепция универсального процедурализма занимает компромиссную позицию между модифицированными теориями, а именно концепцией территориальности, основывающейся на сотрудничестве судов, и модифицированного универсализма. Анализ концептуальных положений данной теории позволяет усомниться в возможности ее реализации на практике, так как нет никаких предпосылок полагать, что на международном уровне возможно в ближайшее время достижение договоренности относительно единого порядка определения «единого права», в то время как попытки мирового правового сообщества прийти к согласованному мнению единого форума терпят крах уже несколько столетий.

Профессором Робертом К. Расмуссеном в 1997 году была предложена новая модель регулирования вопросов подсудности дел о трансграничной несостоятельности. Согласно предложенной модели трансграничным компаниям должна быть предоставлена возможность самостоятельно выбирать государство, в котором будет рассматриваться дело о признании такой компании банкротом. Данный выбор должен быть закреплен в уставе компании. Исходя из такого должествования, было дано название самой модели – учредительный контрактуализм. Разработчик данной

концепции предположил, что возможен только выбор страны, в которой будет осуществляться производство, а выбор отличного от применимого в данном государстве правового режима не представляется допустимым [13]. Таким образом, в случае, если компания, которая осуществляет коммерческую деятельность в Соединенных Штатах Америки, Канаде и Японии, закрепила в своем уставе, что дела о банкротстве в отношении нее подлежат рассмотрению в Англии, то в рамках такого производства будет применяться право о несостоятельности Англии. Согласно положениям английского законодательства будут определяться как материальные, так и процессуальные нормы, подлежащие применению в процессе. Расмуссен отдельно предусматривает возможность должника определить и дополнительно указать в уставе порядок судебного взаимодействия судов тех государств, в которых должник осуществляет трансграничную коммерческую деятельность. Соответственно, судебное взаимодействие является одним из необходимых условий для реализации предложенной Расмуссеном концепции.

Концепция учредительного контрактуализма представляет собой одну из модификаций модели универсальности. Предложенная Расмуссеном парадигма была подвергнута обоснованной критике, а косвенным доказательством ее несостоятельности является отсутствие примеров ее реализации и применения на практике. Такой «договорной» подход к решению проблемы надлежащего форума предоставляет значительные преференции должнику, и не отвечает принципу процессуального равноправия участников дела о банкротстве.

Концепция территориальности, основанной на сотрудничестве, была разработана профессором Линном М. ЛоПуки [14]. Модель территориальности, основанной на сотрудничестве, является «усовершенствованной версией» модели территориальности. Соответственно, многие положения модели территориальности, ее базовые принципы присущи и концепции территориальности, основанной на сотрудничестве. Так сохранена основная правовая конструкция: в отношении должника могут быть открыты параллельные производства в каждом из государств, где должник ведет предпринимательскую деятельность. В рамках каждого из таких параллельных производств подлежат учету только активы должника, находящиеся на территории данного государства. Имущество, расположенное на территории иностранных го-

сударств, не может быть включено в конкурсную массу должника. Правовая новизна концепции заключается в том, что для целей увязывания параллельных производств предлагается законодательно закрепить обязанность полномочных представителей судов или управляющих, назначенных в рамках производств, взаимодействовать между собой. Данное сотрудничество предполагает в первую очередь осуществление согласованного учета активов должника. При этом выявление и включение таких активов в конкурсную массу не являются полномочиями одного единственного суда, так как данные процессуальные действия могут быть осуществлены в рамках обмена судьями или управляющими информацией об обнаруженных активах во избежание их двойного учета. В порядке обмена сведениями ведется и составление реестра кредиторских требований во избежание неоднократного удовлетворения требований, предъявленных к должнику. Судьи также полномочны проводить консультации друг с другом и принимать сбалансированные и скоординированные решения в отношении введения конкурсных или реабилитационных процедур.

Предложенная ЛоПуки концепция была крайне позитивно воспринята западными научными кругами. В условиях неприменимости модели основного производства и обоснованной критики парадигмы чистой территориальности, идея сотрудничества предлагает решение проблемы экономической эффективности производств, не затрагивая самую проблематичную область модели универсальности – ограничение государственной судебной власти государства, на территории которого должник осуществляет предпринимательскую деятельность, но которое не является domiciliей должника. Данная теория абсолютно обоснованно признается наиболее перспективным направлением развития международного законодательства о трансграничном банкротстве.

Принимая за аксиому необходимость дальнейшего развития правового регулирования в Российской Федерации вопросов трансграничной несостоятельности, представляется перспективным и целесообразным выстраивать нормативную правовую базу России именно на принципе территориальности, основанной на сотрудничестве. Такая модель позволит России влиться в активно формирующуюся систему международного взаимодействия по вопросам трансграничного банкротства, не ограничивая государственный

суверенитет, предоставляя благоприятный режим национальным кредиторам, и создавая правовые гарантии защиты прав иностранных лиц. Стать полноправным участником мирового сообщества по решению вопросов трансграничной несостоятельности Россия сможет только при условии эф-

фективного и своевременного взаимодействия с иностранными государствами, так как именно такое сотрудничество, и в первую очередь именно в судебной сфере, является неперенным условием для реализации концепции территориальности, основанной на сотрудничестве.

Библиография

1. Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. – М.: Статут, 1999. – 174 с.
2. EU Company Law. Common business law of 28 states. 2nd edition. – DJØF Publishing. Denmark, 2003. – P. 631-632.
3. Tung F. Is International Bankruptcy Possible? // Michigan Journal of International Law, 2001. – Vol. 23. – 31 p.
4. Devos D. Specific Cross-Border Problems Regarding Bank Insolvencies and European Harmonization Efforts // International bank Insolvencies. – A Central Bank Perspective, 1999. – 311 p.
5. Рягузов А.А. Методы регулирования трансграничной несостоятельности // Международное публичное и частное право, 2007. – № 3. – С.2-5.
6. U.S. Code Title 11.
7. LoPucki Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach // Cornell Law Review. –1999. – March. – 742 p.
8. Служебный вестник ЕСб L 160 от 30/06/2000. – С.0001-0013. – С .611-631.
9. Janger Edward J. Universal Proceduralism. – 2007. – 32 Brookl. J. Int'l. L.819(2007).URL:http://www.brooklaw.edu/students/journals/bjil/bjil32iii_Janger.pdf.
10. LoPucki Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach. – 742 p.
11. Janger Edward J. Universal Proceduralism.
12. Janger Edward J. Universal Proceduralism.
13. Rasmussen Robert K. A New Approach to Transnational Insolvencies // Michigan Journal of International Law. – 1997. – № 1 (26). – 819 p.
14. LoPucki Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach. – 742 p.

Bibliography

1. Stepanov V.V. Insolvency (Bankruptcy) in Russia, France, England and Germany. – М.: The Statute, 1999. – 174 p.
2. EU Company Law. Common business law of 28 states. 2nd edition. – DJØF Publishing. Denmark, 2003. – P. 631-632.
3. Tung F. Is International Bankruptcy Possible? // Michigan Journal of International Law. – 2001. – Vol. 23. – 31 p.
4. Devos D. Specific Cross-Border Problems Regarding Bank Insolvencies and European Harmonization Efforts // International bank Insolvencies. – A Central Bank Perspective, 1999. – 311 p.
5. Ryaguzov A.A. Methods of regulating cross-border insolvency // Public and private international law. – 2007. – № 3. – P.2-5.
6. U.S. Code Title 11.
7. LoPucki Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach // Cornell Law Review. –1999. – March. – 742 p.
8. Official Gazette ESC L 160 от 30/06/2000. – С.0001-0013. – P.611-631.
9. Janger Edward J. Universal Proceduralism. – 2007. – 32 Brookl. J. Int'l. L.819(2007).URL:http://www.brooklaw.edu/students/journals/bjil/bjil32iii_Janger.pdf.
10. LoPucki Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach. – 742 p.
11. Janger Edward J. Universal Proceduralism.
12. Janger Edward J. Universal Proceduralism.
13. Rasmussen Robert K. A New Approach to Transnational Insolvencies // Michigan Journal of International Law. – 1997. – № 1 (26). – 819 p.
- LoPucki Lynn M. Cooperation in International Bankruptcy: a Post-Universalist Approach. – 742 p.