**Содержание**

Введение

1. Трансграничная несостоятельность

1.1 Трансграничная несостоятельность: международные понятия и критерии

1.2 Трансграничная несостоятельность: системы (доктрины)

2. Международный опыт трансграничной несостоятельности

2.1 Состояние правового регулирования трансграничной несостоятельности: международный опыт

2.2 Проблемы правоприменения трансграничной несостоятельности

Заключение

Список использованных источников

# Введение

Анализируя процессы, происходящие в российской и мировой экономике в целом, необходимо отметить возрастающий в геометрической прогрессии объем кредиторской задолженности субъектов коммерческой деятельности. Данная ситуация в том числе обусловлена стагнационными тенденциями на мировом финансовом рынке. В свете этого все чаще возникают проблемы, связанные с несостоятельностью указанных субъектов коммерческой деятельности.

Глобализация экономических отношений привела к увеличению числа случаев трансграничной несостоятельности, к которым относятся дела, при которых несостоятельный должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности.

Таким образом, трансграничная несостоятельность – это институт международного частного права, регулирующий отношения, в которых участвуют несостоятельный должник и иностранные кредиторы, либо имущество несостоятельного должника находится в разных государствах.

По своей сути, трансграничная несостоятельность выражается в юридической связи между правопорядком двух или более государств: в случае признания должника несостоятельным и при наличии иностранных кредиторов, имущества за рубежом, объективных предпосылок к объявлению должника несостоятельным в двух и более государствах – речь идет о необходимости регулирования указанных правоотношений нормами международного частного права. В сферу регулирования международного частного права входят все нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения, связанные с трансграничной несостоятельностью, поскольку определяющее значение имеет предмет регулирования, то есть характер самих отношений. При этом в международном частном праве существует два способа регулирования отношений, осложненных иностранным элементом – материально-правовой и коллизионный методы. Материально-правовой метод регулирования отношений, связанных с трансграничной несостоятельностью состоит в непосредственном применении материальной нормы без обращения к коллизионной привязке. Применение материально-правовых норм для регулирования отношений при трансграничной несостоятельности возможно при условии существования нормативно-правовых источников регулирования указанных отношений.

В связи с заметным по сравнению с ситуацией десятилетней давности увеличением количества случаев трансграничной несостоятельности все острее ощущается отсутствие единообразных норм, регулирующих правоотношения в рассматриваемой области, наличие которых, помимо прочего, способствовало бы устранению правовых барьеров при признании должника несостоятельным.

В рамках мирового сообщества неоднократно предпринимались попытки подготовить документ, регулирующий вопросы трансграничной несостоятельности. Среди них имеет смысл упомянуть конвенции, подготовленные в рамках ЕС: Европейская Конвенция о некоторых международных аспектах банкротства 1990 г.; Конвенция Европейского Союза о трансграничной несостоятельности 1995 г.; Регламент Европейского парламента о процедурах несостоятельности №1346/2000. Также был подготовлен Типовой Закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 г., Организацией по гармонизации коммерческого права стран Африки (ОХАДА) принят Единообразный закон о несостоятельности (1999 г.). Разумеется, это не полный перечень документов, посвященных регулированию вопросов трансграничной несостоятельности.

Однако упомянутые документы, за исключением Типового закона ЮНСИТРАЛ имеют исключительно региональное действие.

Коллизионный метод регулирования играет важнейшую роль в определении права, применимого к производству по делу о трансграничной несостоятельности, указывая на суд государства – места рассмотрения спора (lex fori). Коллизионная привязка lex fori позволяет подчинить производство по делу о трансграничной несостоятельности законодательству государства, открывшего такое производство. Однако существо отношений, связанных с трансграничной несостоятельностью требует также ответов на вопросы о надлежащей юрисдикции государства, под которую подпадает конкретное дело о несостоятельности, о признании производства, открытого в одном государстве другими государствами, о правовых последствиях открытия производства по делу о трансграничной несостоятельности, о проблеме координации нескольких производств, открытых в отношении одного должника и иных, не менее важных проблемах.

В связи с тем, что за последнее десятилетие Российская Федерация предприняла достаточно серьезные шаги на пути интеграции в мировую экономическую систему, возник новый для российского законодательства институт трансграничной несостоятельности. Однако трансграничный характер правоотношений кредиторов и должника при несостоятельности последнего по состоянию на текущий момент остается практически неучтенным законодательством Российской Федерации, что также говорит в пользу насущной актуальности настоящего исследования.

Существенные различия в нормах национальных законодательств, сложности в определении права, подлежащего применению к практическим аспектам трансграничной несостоятельности (открытие производства по делу о несостоятельности, управление и консолидация активов должника, находящихся в двух и более государствах, и ряд других) приводят к усложнению производства по указанной категории дел.

С учетом сложившейся ситуации, создание и подписание государствами некоего международного договора (например, конвенции), содействовало бы упрощению и прозрачности процедур несостоятельности и удовлетворению требований кредиторов за счет распределения консолидированных активов должника, что, в свою очередь, способствовало бы повышению уровня взаимного доверия между государствами и развитию международной торговли в целом. Для Российской Федерации участие в подписании подобного документа означало бы, в первую очередь, повышение интереса иностранных кредиторов к инвестированию в российские производственные и финансовые предприятия и учреждения, то есть, улучшение инвестиционного климата.

Объектом исследования являются отношения, связанные с несостоятельностью, осложненные иностранным элементом и предполагающие применения к ним норм международного частного права.

Предметом исследования выступают национальные, двухсторонние и многосторонние правовые акты, регулирующие отношения, связанные с трансграничной несостоятельностью.

Цель исследования: проанализировать международные понятия, критерии и системы трансграничной несостоятельности.

Задачи исследования:

1. Выявить подходы и критерии трансграничной несостоятельности
2. Раскрыть особенности систем трансграничной несостоятельности
3. Оценить современное состояние правового регулирования трансграничной несостоятельности: международный опыт
4. Рассмотреть проблемы правоприменительной практики

# 1. Трансграничная несостоятельность

## 1.1 Трансграничная несостоятельность: международные понятия и критерии

Трансграничная несостоятельность – это институт международного частного права, регулирующий отношения, в которых участвуют несостоятельный должник и иностранные кредиторы, либо имущество несостоятельного должника находится в разных государствах. По сути, как и в других ситуациях, подпадающих под сферу действия международного частного права, рассматриваемые отношения характеризуются проявлением юридической связи с правопорядками различных государств. [10; 99]

Правовое регулирование несостоятельности в разных странах существенно отличается. Эти различия могут касаться критериев:

1. несостоятельности;
2. круга лиц, которые могут быть признаны несостоятельными;
3. процедур банкротства, применяемых к должнику; особенностей банкротства отдельных категорий должников;
4. правил судебного разбирательства дел о банкротстве; многих других сторон отношения несостоятельности.

В условиях интернационализации экономики разных стран, когда несостоятельный должник и кредиторы имеют разную национальную принадлежность либо имущество несостоятельного должника, на которое обращается взыскание кредиторов, находится в разных странах, различия национальных систем правового регулирования несостоятельности являются серьезным препятствием для урегулирования отношений, связанных с признанием должника банкротом и удовлетворением требований кредиторов. Возникает проблема трансграничной или международной несостоятельности (банкротства).

Все подходы к определению критериев трансграничной несостоятельности можно свести в две категории: формально-правовую и содержательную. Формально-правовой подход применен в Типовом законе Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) «О трансграничной несостоятельности» от 1997 г. [5]

Трансграничная несостоятельность - это совокупность правоотношений, возникающих по поводу несостоятельности лица и осложненных при этом иностранным элементом, проявляющимся, но не исчерпывающимся:

1) участием в правоотношении иностранных по отношению друг к другу кредиторов и должника;

2) участием в правоотношении иностранных по отношению друг к другу участников (учредителей) должника – юридического лица и самого должника;

3) наличием имущества должника за рубежом;

4) возбуждением в отношении одного и того же должника производств по делу о несостоятельности в двух и более государствах.

Можно выделить следующие признаки критерия международной подсудности, используемого в целях разграничения компетенции судов различных государств по возбуждению основного производства:

* во-первых, установлено, что данный критерий должен быть унифицированным и следовательно, может быть регламентирован только в акте унификационного характера;
* во-вторых, обосновано, что он должен указывать на единственную страну из множества тех, с которыми связана деятельность должника, поскольку может существовать только одно основное производство;
* в-третьих, установлено единство процессуального и коллизионного начал в его определении,
* в-четвертых, установлено, что он детерминирует применение процессуального и материального законодательства о банкротстве государства суда, поскольку он, с одной стороны, разрешает вопрос о том, суд какого государства компетентен возбудить производство по делу о несостоятельности, с другой (в силу действия коллизионной привязки lex fori concursus) – выполняет функцию локализации правоотношения и определяет не только применимое процессуальное, но и применимое материальное право. [20; 155]

Критерий международной подсудности основного производства в целях эффективного разграничения компетенции судов должен соответствовать следующим параметрам:

1) определенности, заключающейся в однозначности толкования и применения признаков критерия;

2) стабильности, заключающейся в минимизации возможности со стороны должника или кредиторов изменить условия, лежащие в основе критерия международной подсудности, для смены применимого банкротного права и извлечения собственной выгоды;

3) соответствию коллизионной привязке, определяющей личный закон должника во избежание «разрыва» применимого корпоративного и банкротного законодательства. Признак наличия тесной связи должника и правопорядка представляется субсидиарным, т.е. возможным, но не обязательным в условиях существования территориальных вторичных и дополнительных производств. Во всех случаях смещение акцента в сторону определения тесной связи должника и правопорядка уменьшает стабильность критерия, а значит – может привести к злоупотреблениям со стороны должников.

**1.2 Трансграничная несостоятельность: системы (доктрины)**

В зарубежном опыте антикризисного управления можно выделить две доктрины правового регулирования трансграничной несостоятельности: территориальность и универсализм. Данные доктрины различаются по своему подходу к вопросам:

1) о применимом праве,

2) о суде, компетентном рассматривать дело о трансграничной несостоятельности (международной подсудности),

3) об экстерриториальности действия применимого права,

4) о признании и исполнении судебных актов, выносимых по делу о несостоятельности, и полномочий арбитражных управляющих.

Указывается, что исторически первой сложившейся была доктрина территориальности, основными «параметрами» которой являются следующие характеристики:

1) применимым правом, несмотря на наличие в правоотношении иностранного элемента, выступает национальное право;

2) при определении международной подсудности применяются нормы, действующие в данной национально-правовой системе и указывающие на компетенцию собственного суда, при этом критерии юрисдикции определяются каждым государством самостоятельно, что приводит к возможности возникновения нескольких параллельных производств по делу о несостоятельности;

3) экстерриториальность действия норм применимого права отсутствует, т.е. действие норм соответствующего законодательства о несостоятельности ограничено территорией государства их создания, что обуславливает невозможность включения имущества, расположенного на территории данного государства, в конкурсную массу производства, возбужденного в отношении данного должника на территории другого государства и производимого на основе права другого государства, а также невозможность учета доли удовлетворения требований кредиторов в иностранных производствах при распределении конкурсной массы среди кредиторов, участвующих в конкурсном производстве в данном государстве;

4) признание и исполнение иностранных судебных актов осуществляются в общем порядке: либо посредством получения специального разрешения со стороны государства, на территории которого требуется признание и исполнение (экзекватуры), либо посредством исполнения судебных поручений, что влияет на оперативность исполнения актов и поручений, а в ряде случаев вообще исключает такую возможность.

Таким образом, теория территориальности не решает вопрос о разграничении компетенции судов различных государств по возбуждению производств по делу о несостоятельности, в связи с чем порождает нескоординированное множество производств.

Несмотря на реальность реализации данной теории, такая «чистая территориальность», не соответствует целям правового регулирования трансграничной несостоятельности и имеет недостатки, в частности, приводит к существованию нескольких нескоординированных территориальных производств и к раздробленности правового регулирования трансграничной несостоятельности, минимизации стоимости активов должника, нарушению прав кредиторов и т.д.

В противовес теории территориальности в теории получила свое развитие доктрина универсализма (Дж. Вестбрук, А. Гузман, Л. Бебчук, Дж. Грин и др.)**,** известная в России как теория единого производства, предполагающая создание такой системы регламентации трансграничной несостоятельности, при которой правовое регулирование осуществлялось бы на основе единого производства, объединяющего все активы должника, независимо от места их нахождения. [17; 102]

Можно выделить следующие характеристики универсализма:

1) существует единственный суд, имеющий юрисдикцию в отношении всех активов должника, независимо от того, где они находятся, и распределяющий их в соответствии с одним правом, где последнее имеет экстерриториальное действие в отношении всех активов и всех кредиторов, независимо от места нахождения тех и других (принцип «одно право, один суд»);

2) в рамках универсалистской концепции предполагается, что все судебные решения, вынесенные по делу о несостоятельности, должны получать признание и исполнение на территории иностранных государств без специализированных правил и требований, т.е. без выдачи экзекватуры, аналогичным образом должны признаваться и иные судебные акты, вынесенные в рамках единого производства, и полномочия арбитражного управляющего, или ликвидатора, или иного компетентного лица (независимо от того, как это лицо называется во внутреннем праве конкретного государства).

Универсалистская концепция обладает целым рядом преимуществ, в частности: максимизация стоимости активов за счет аккумуляции их в едином производстве по делу, обеспечение равенства прав кредиторов, предсказуемость системы и прогнозируемость применимого права и процедур, применимых при трансграничном банкротстве и др.

В рамках теории универсализма можно выделить несколько подходов к реализации основного принципа данной концепции («одно право, один суд»): широкий (абсолютистский) подход и узкий подход, известный в доктрине также как «чистый универсализм». Абсолютистский подход предполагает материально-правовую унификацию регулирования трансграничной несостоятельности (унифицированный статут несостоятельности) и создание специализированных международных судов (трибуналов), уполномоченных на рассмотрение данных дел (с изъятием последних из-под юрисдикции национальных судов), применяющих унифицированные нормы процессуального права при их рассмотрении. [17; 102]

Но с учетом диверсификации основных приоритетных целей государств в правовом регулировании рассматриваемых правоотношений (существование прокредиторских и продолжниковских систем банкротства), абсолютистский подход к концепции универсализма может выступать в качестве идеальной модели, рассчитанной на очень далекую перспективу, и не реализуем на сегодняшний день.

«Чистый универсализм» основывается на том, что единым правом должно считаться национальное право, избранное на основе унифицированной коллизионной нормы (коллизионно-правовой унификации), в качестве которой общепризнанно выступает привязка к месту возбуждения производства по делу (lex fori concursus); разграничение компетенции судов осуществляется на основе унифицированного критерия определения международной подсудности. Таким образом, чистый универсализм основывается на идее разграничении компетенции судов по возбуждению единого производства.

Между тем ни коллизионно-правовая, ни материально-правовая, ни процессуальная унификации не реализуемы на сегодняшний день в том виде, в каком они предполагают возможность создания системы «чистого универсализма», по тем же самым причинам, по каким невозможна реализация абсолютистского подхода. В связи с этим более реалистичные концепции правового регулирования трансграничной несостоятельности являются модификации традиционных доктрин, так например доктрина основного производства (модифицированного универсализма), основываясь на главной идее универсалистской концепции – распространение юрисдикции компетентного суда на все активы должника – предусматривает возможность проведения в определенных случаях так называемых дополнительных или вторичных производств по делу о несостоятельности (например, по месту нахождения активов должника или по месту нахождения так называемого истеблишмента, под которым понимается любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары). Направленность такого территориального вторичного или дополнительного производства ограничена активами должника, находящимися на территории соответствующего государства.

Можно выделить следующие основные характеристики доктрины основного производства (модифицированного универсализма), а именно:

1) существование скоординированной множественности производств по делу о трансграничной несостоятельности в виде основного производства, имеющего экстерриториальный эффект и признаваемого на территории всех иных государств, и территориальных дополнительных и вторичных производств, ограниченных территорией государства места возбуждения и имеющих ликвидационную направленность;

2) возможность реализации только в актах унификационного характера, универсальных или региональных;

3) определение применимого права для каждого из производств на основе унифицированной коллизионной нормы (как правило, lex fori concursus – закон государства места возбуждения производства);

4) разграничение компетенции судов различных государств по возбуждению каждого из видов производств на основе унифицированных критериев международной подсудности, различных для каждого из видов производств [17; 103]

# 2. Международный опыт трансграничной несостоятельности

## 2.1 Состояние правового регулирования трансграничной несостоятельности: международный опыт

В соответствии с Федеральным законом от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – Закон о банкротстве) российским и иностранным кредиторам, участвующим в производстве по делу о банкротстве, предоставляются равные права, решения иностранных судов по делам о банкротстве могут быть признаны в России на началах взаимности (п.5, 6 ст.1).

Более подробные правила содержатся во Вводном законе к германскому Положению о несостоятельности, предусматривающем, что германские суды могут признавать иностранные судебные решения в отношении активов, находящихся на территории Германии (п.1 ст.102). Указанное правило не подлежит применению лишь в тех случаях, когда в соответствии с внутренним правом дело неподсудно судам государства по месту возбуждения производства, а также когда признание иностранного производства ведет к результату, явно несовместимому с основными принципами германского права, в особенности с основными правами. Признание иностранных производств не исключает открытия в Германии отдельного производства о банкротстве, которое будет ограничено активами, находящимися в Германии. Если за границей против должника возбуждено производство по делу о банкротстве, для возбуждения такого производства внутри страны не требуется доказывать его неплатежеспособность.

Весьма близки между собой французское и итальянское законодательства, в соответствии с которыми различается сила (авторитет) постановления иностранного суда до его вступления в законную силу и последствия его исполнения (эффективность) после вступления в силу. Во втором случае необходимо решение апелляционного суда, т.е. экзекватура (признание решений). Сила решения особенно важна в тех случаях, когда речь идет о статусе физического лица или об абсолютных правах. Кроме того, указанными законодательствами предусматривается возможность при наличии активов на территории страны открывать производство о банкротстве в отношении любого должника (например, ст.64 Итальянского закона о международном частном праве).

Законодательства о банкротстве Англии и США также предусматривают взаимное признание иностранных судебных процедур и допускают возможность возбуждения производства о несостоятельности в отношении иностранных компаний (например, ст.304 Кодекса США о банкротстве).

История попыток регулирования трансграничной несостоятельности на двусторонней основе странами, имеющими прочные экономические связи, насчитывает не один десяток лет. В частности, такие соглашения были заключены Францией с рядом стран (Швейцарией в 1869 г., Бельгией в 1889 г., Италией в 1930 г., Монако в 1950 г., Австрией в 1979 г.). [21; 200]

В такого рода соглашениях договаривающиеся страны обычно придерживались традиций международного частного права (принципа единого производства) и закрепляли принцип взаимного признания иностранных судебных решений, признание юрисдикции домицилия или места основного ведения бизнеса, полномочий иностранного ликвидатора (управляющего).

Неоднократно предпринимались также попытки достичь соглашения между большим количеством стран, разработать универсальные международные конвенции. Однако в этих случаях, как правило, не удавалось достичь согласия в отношении действия принципа единого производства в регулировании трансграничной несостоятельности, сразу начинал проявляться принцип параллельных национальных производств.

Так, Гаагской конференцией по международному частному праву была подготовлена Конвенция о банкротстве (1925 г., в силу не вступила); специальный раздел, посвященный регулированию трансграничной несостоятельности, был включен в Кодекс Бустаманте (1928 г.); известна Конвенция северных стран о банкротстве (1933 г.); в течение многих лет разрабатывается Конвенция о банкротстве в рамках Бенилюкса; Организацией по гармонизации коммерческого права стран Африки (ОГАДА) принят Единообразный закон о несостоятельности (1999 г.); Американским институтом права были подготовлены проекты документов по упорядочению решения проблем трансграничной несостоятельности.

Особо следует обратить внимание на опыт решения проблем трансграничной несостоятельности, приобретенный при разработке следующих международных актов:

* Европейской конвенции о трансграничной несостоятельности 1960 г.;
* Европейской конвенции о некоторых международных аспектах банкротства 1990 г.;
* Конвенции Европейского Союза о трансграничной несостоятельности 1995 г.;
* Соглашения о трансграничной несостоятельности, подготовленного комитетом J;
* Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 г.;
* Регламента Европейского парламента о процедурах несостоятельности №1346/2000.

Проект Европейской конвенции 1960 г. был основан на принципе единого производства. В нем предусматривалось взаимное признание производства о несостоятельности. Предполагалось, что возбуждение производства о несостоятельности в одном из договаривающихся государств исключает открытие аналогичных производств в других государствах. В силу амбициозности этого проекта, его несоответствия реальному положению вещей, соглашение между государствами достигнуто не было.

Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства была подписана в Стамбуле 5 июня 1990 г. Эта Конвенция уже не опирается на принцип единого производства. Ее основными идеями являются взаимное признание полномочий ликвидатора (конкурсного управляющего), особенно в отношении сбора активов, и допущение параллельных (вторичных) производств в других договаривающихся государствах, в которых должник имеет существенные активы.

Основное производство открывается в государстве, где должник имеет центр деловой активности. Центром деловой активности для юридических лиц, если не предусмотрено иное, считается место нахождения руководящих органов управления. В рамках параллельных производств подлежат удовлетворению требования, обеспеченные имуществом должника, и иные требования приоритетных кредиторов (требования работников, налоговых органов и т.п.).

Для признания полномочий иностранного ликвидатора в договаривающемся государстве, он должен опубликовать сообщение о наличии у него соответствующих полномочий. После такой публикации, приоритетные кредиторы по законодательству государства, где открыто вторичное производство, могут заявлять свои требования к должнику в течение двух месяцев. По истечении этого срока иностранный ликвидатор вправе осуществить свои полномочия в отношении оставшихся активов должника, которые поступают в конкурсную массу основного производства. Остальные кредиторы также могут заявить свои требованияво вторичном производстве, но их требования будут рассматриваться только при распределении конкурсной массы в основном производстве.

Конвенция 1990 г. до сих пор не вступила в силу, так как не набрала необходимого числа ратификаций.

Конвенция Европейского Союза о трансграничной несостоятельности принята 23 ноября 1995 г. Конвенция относится только к сотрудничеству по вопросам банкротства в рамках ЕС и не распространяется на отношения государств – членов ЕС с третьими государствами. В ней максимально совмещаются методы единого производства и вторичных производств, обеспечивается система взаимодействия указанных производств при трансграничной несостоятельности. В соответствии с Конвенцией любое производство, открытое судом на территории ЕС автоматически признается на территории всех остальных членов ЕС.

Основное производство открывается в месте, где должник имеет центр деловой активности. Центр деловой активности понимается также как и в Конвенции 1990 г. Признание основного производства на территории всех членов ЕС означает распространение действия этого производства на другие государства – члены ЕС.

Признание основного производства на всей территории ЕС, не исключает возможности открытия вторичных производств в государствах – членах ЕС, в которых должник имеет свое учреждение или ведет деятельность. Вторичное производство ограничивается активами, находящимися в соответствующем государстве. Вторичное производство может быть возбуждено раньше основного, если по праву государства вторичного производства условия для открытия производства наступили, а в государстве основного ведения бизнеса (возможного основного производства) такие условия еще не наступили. Однако после возбуждения основного производства, конкурсный управляющий основного производства имеет право требовать приостановления вторичного производства, если это будет способствовать увеличению активов или необходимо для заключения мирового соглашения.

Подчиняя вторичные производства основному, Конвенция обеспечивает тем самым координацию между ними. При этом вторичное производство не является специальным типом производства, а представляет собой обычное производство по делу о банкротстве, к которому применяется национальное законодательство о банкротстве, если иное не установлено Конвенцией.

Таким образом, применимым правом в производствах о несостоятельности является право государства, возбудившего соответствующее производство (национальное право). При этом активы должника, находящиеся за пределами государства, в котором возбуждено производство, этим производством не затрагиваются. Конвенция 1995 г., в отличии от Конвенции 1990 г., допускает во вторичное производство лишь тех кредиторов, чьи требования признаны в основном производстве. В каждом вторичном производстве вся конкурсная масса распределяется в очередности, предусмотренной национальным законодательством. Оставшееся имущество (обычно его не остается) передается в конкурсную массу основного производства.

В Конвенции 1995 г. используется подход германского Закона о несостоятельности: все процедуры банкротства начинаются как ликвидационные (конкурсное производство), а затем в зависимости от обстоятельств дела могут трансформироваться в реабилитационные процедуры либо может быть заключено мировое соглашение. Применение такой схемы (особенно обязательное требование для вторичных производств – быть ликвидационными) связано с желанием разработчиков не допустить конкуренции прореабилитационных национальных законодательств с прокредиторскими.

Конвенция 1995 г. в силу не вступила. Для этого необходимо, чтобы все государства – члены ЕС подтвердили свое участие в Конвенции. К настоящему времени свое участие в Конвенции подтвердили все, кроме Англии.

Проект Соглашения о трансграничной несостоятельности, подготовленный комитетом J(Конкордат по международной неплатежеспособности. Международная ассоциация адвокатов. 1995), также построен на идее комбинированного подхода к использованию методов единого и параллельных производств. Согласно проекта, центральный форум, юрисдикция которого определяется местом ведения основной деятельности должника, призван координировать сбор и управление активами несостоятельного должника. В рамках параллельных (вторичных) производств по правилам национального законодательства о банкротстве удовлетворяются только требования кредиторов, обеспеченные залогом имущества должника, и иные приоритетные требования. Оставшиеся активы должника переводятся в центральный форум. Обычные (не приоритетные) кредиторы должны заявлять свои требования к должнику в центральном форуме. Производство в центральном форуме, очевидно, осуществляется по правилам государства центрального форума и признается во всех договаривающихся государствах.

Существующие международно-правовые акты образуют несколько моделей правового регулирования трансграничной несостоятельности, которые могут быть охарактеризованы по двум параметрам: по территориальному охвату и по юридической силе акта, образующего модель правового регулирования. Так, выделяется пять региональных, несколько моделей, предусмотренных двусторонними договорами, и одну универсальную модель рекомендательного характера (или типовую модель).

Под региональной моделью правового регулирования трансграничной несостоятельности понимается та, которая создана международным договором, объединившим несколько (все) государств одного региона, либо актом рекомендательного характера, имеющим значение для данного региона.

Первую региональную модель формируют Договоры Монтевидео 1889 и 1940 гг., связывающие ряд южно-африканских государств.

Вторая региональная модель формируется известным Кодексом Бустаманте 1928 г., IX глава которого посвящена вопросам разрешения коллизий при трансграничной несостоятельности.

Третья региональная модель создана в рамках так называемой Северной конвенции – Конвенции, касающейся банкротства, от 7 ноября 1933 г. с поправками 1977 и 1982 гг., связавшей Данию, Финляндию, Исландию, Норвегию и Швецию. Четвертая региональная модель основывается на Унифицированном акте стран-участниц договора о создании ОХАДА по организации коллективных процедур ликвидации должников 1998 г. Пятая региональная модель связывает государства-участники НАФТА, ее основой являются Общие принципы сотрудничества при трансграничной несостоятельности для государств-участниц НАФТА, а также Проект о трансграничной несостоятельности, подготовленные Американским институтом права (American Law Institute – ALI).

Ряд моделей правового регулирования сформирован двусторонними международными договорами, такими как международный договор между Германией и Австрией о банкротствах и мировых соглашениях от 25 мая 1979 г. (известен как германо-австрийский договор), Конвенция между Бельгией и Австрией, касающаяся вопросов банкротства, мировых соглашений и расширения сферы платежей, от 16 июля 1969 г. и дополнительный протокол к ней от 13 июня 1973 г. (известна как бельгийско-австрийское соглашение) и др.

Универсальная модель правового регулирования трансграничной несостоятельности рекомендательного характера (или типовая модель) представляет собой модель, заложенную в Типовом законе ЮНСИТРАЛ «О трансграничной несостоятельности» 1997 г.

Типовой закон о трансграничной несостоятельности был подготовлен ЮНСИТРАЛ в тесном сотрудничестве с Международной ассоциацией специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) в 1997 г. и рекомендован государствам для его инкорпорации в национальные законодательства (резолюция 52/158 Генеральной Ассамблеи ООН от 15 декабря 1997 г.).

Типовой закон имеет достаточно узкую направленность, он рассчитан на ситуации, когда большинство кредиторов находится в одном государстве, а активы распределены в нескольких. При равномерном же распределении активов и кредиторов в нескольких странах, закон способен регулировать в основном лишь информационный обмен между судами и компетентными органами, а также предоставление информации иностранным кредиторам.

По Типовому закону производство по делу о банкротстве считается основным, если оно было инициировано в государстве, где должник имеет центр деловой активности. Это положение закона, а также положения о признании полномочий иностранного представителя или о судебной помощи, свидетельствуют об использовании в законе метода единого производства. Однако, в первую очередь, Типовой закон основывается все же на методе параллельных производств. Параллельное производство может быть возбуждено в другом государстве, если там находятся активы должника.

По закону все кредиторы имеют право участвовать в иностранных производствах, они должны быть проинформированы о таких производствах. В законе предусмотрен прямой доступ для иностранных представителей в суды государств – участников, то есть в таких случаях не требуется составления судебных поручений или обращения к дипломатической (консульской) связи, которые обычно используются в подобных случаях.

Типовой закон до сих пор не вступил в силу, хотя многие страны (в основном страны системы общего права) такую возможность рассматривают.

В рамках европейского правового регулирования создана так называемая европейская модель правового регулирования несостоятельности, основанная на Регламенте ЕС 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о производстве по делам о несостоятельности.

Все из вышеприведенных международно-правовых моделей правового регулирования трансграничной несостоятельности, а также европейская модель основываются на доктрине основного производства (модифицированного универсализма), что подтверждает сформулированный тезис о перспективности концепции модифицированного универсализма для реализации в рамках актов унификации как посредством международного договора, так и посредством частноправовой унификации (в актах рекомендательного характера), а также посредством наднациональных актов в интеграционных образованиях, в том числе и в ЕС.

На основе обобщения положений нормативно-правовых актов можно выделить следующие критерии разграничения компетенции судов различных государств по возбуждению производств по делу о трансграничной несостоятельности юридических лиц:

1) государство места нахождения зарегистрированного офиса – как правило, государство регистрации юридического лица;

2) государство, где находится центральный орган управления должника – юридического лица;

3) государство, где расположено «коммерческое предприятие» должника («place of business»);

4) государство «коммерческого домицилия лица» или места основного ведения бизнеса;

5) государство, в котором сосредоточена основная часть активов должника;

6) государство места нахождения независимого коммерческого истеблишмента (establishment) должника (в переводах на русский язык известного как «предприятие»);

7) государство, в котором расположен центр основных интересов должника (center of main interests of the debtor).

## 2.2 Проблемы правоприменения трансграничной несостоятельности

трансграничная несостоятельность должник кредитор

Регламент Европейского парламента о процедурах несостоятельности №1346/2000 от 29 мая 2000 г. регулирует отношения трансграничного банкротства. При этом предусмотренная процедура применяется только к тем должникам, основное местонахождения которых находится на территории ЕС. Регламент предусматривает конкретные правила в отношении подведомственности дел о банкротстве, подлежащего применению права, признания решений иностранных судов. Кроме того, Регламент содержит правила по координации мер, принимаемых в отношении имущества должника, находящегося на территории другого государства.

Главное правило заключается в том, что основная судебная процедура возбуждается там, где находится центр интересов должника, т.е. по месту его основного местонахождения. Предусмотрена возможность возбуждения дополнительной процедуры в том государстве, где у должника есть филиалы. Кредитор может обратиться с ходатайством об участии, как в основной, так и в дополнительной процедуре.

Регламент регулирует вопросы признания решений иностранного суда. В отношении решений судов тех стран, которые не являются членами ЕС, применяется национальный закон страны – члена ЕС.

Рассмотрим особенности практика по применению Регламента Европейского союза 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о производстве по делам о несостоятельности в части применения такого критерия международной подсудности основного производства, как «центр основных интересов должника», который определяется через три признака, обозначенных как: «правило презумпции» (т.е. центром основных интересов должника является место нахождения зарегистрированного офиса юридического лица до тех пор, пока иное не будет доказано), «критерий управления» и «критерий очевидности» (в соответствии с которыми устанавливается, что центр основных интересов «соответствует месту, где должник осуществляет управление своими интересами на постоянной основе, и это очевидно для третьих лиц»). Причем судебная практика позволяет сделать вывод о том, что «правило презумпции» может быть опровергнуто только при действии «критерия управления» и «критерия очевидности» в совокупности.

Причем западные правоведы отмечают несовершенство определения центра основных интересов должника, заключающемся в отсутствии установления системы и последовательности применения признаков, определяющих центр основных интересов должника, что породило различные интерпретации последнего – англосаксонскую и романо-германскую, используемые в судах различных государств-участников ЕС (дела «RAC Budget Rent-A-Car International Inc», «Enron Directo Sociedad Limitada», «Parmalat», «Eurofood IFSC Ltd» и др.); и о необходимости внесения изменений в Регламент в части, касающейся устранения данных несовершенств с целью обеспечения единообразия толкования данной категории в судах всех государств.

Так же выделяется проблема несовершенства центра основных интересов должника в принципе как критерия международной подсудности основного производства. Центр основных интересов должника не соответствует таким параметрам, как определенность, стабильность и соответствие коллизионной привязке, определяющей личный закон компании.

То есть в правоприменение «центра основных интересов должника», отрицается необходимость его использования в качестве критерия разграничения компетенции судов различных государств по возбуждению основного производства, и о его неприемлемости для модели правового регулирования трансграничной несостоятельности с участием РФ, в том числе и для ЕврАзЭС.

Если рассмотреть информацию по материалам судебной практики РФ (дело компании «Калинка Трейд Апс», дело «Национальной атомной энергогенерирующей компании «Энергоатом» и др.), то можно отметить, что использование российским законодателем и правоприменителем теории территориальности.

При этом демонстрируются неэффективность данной концепции и созданный ею дисбаланс публичных и частных интересов с явным перевесом в пользу защиты первых. Это проявляется в раздробленности правового регулирования несостоятельности одного и того же должника (дело «Национальной атомной энергогенерирующей компании «Энергоатом», в отношении которой было возбуждено дело о банкротстве определением Хозяйственного суда г. Киева, но данное определение не было признано на территории РФ на законных основаниях и, соответственно, не породило правовых последствий), длительности рассмотрения дел (в ряде случаев 3 года и более), отсутствии предсказуемости регулирования для кредиторов и др.

В некоторых судебных решениях уже прослеживается попытка правопрменителя использовать принципы универсализма (дела «Калинка Трейд Апс»).

В РФ действуют нормы о подсудности территориального производства (ст. 33 Закона о банкротстве), но не создано нормы о международной подсудности основного производства по делу о трансграничной несостоятельности, т.е. на сегодняшний день проблема разграничения компетенции судов различных государств не решена.

Таким образом зарубежный опыт позволяет говорить о необходимости разработки универсальной модели регулирования трансграничной несостоятельности с участием РФ, в том числе для государств ЕврАзЭС, основанной на концепции основного производства (модифицированного универсализма), причем наиболее эффективным критерием международной подсудности основного производства для модели регулирования трансграничной несостоятельности в рамках единого пространства ЕврАзЭС будет критерий инкорпорации должника. Его использование должно быть сопряжено с унификацией коллизионной привязки для определения личного закона юридических лиц на основе теории инкорпорации, и предпосылки для чего уже созданы. В связи с чем использование критерия инкорпорации в качестве критерия разграничения компетенции судов по возбуждению основного производства при трансграничной несостоятельности видится обоснованным и перспективным.

# Заключение

По результатом исследования можно сделать следующие выводы: к настоящему времени общепризнанным термином, получившим официальный международный статус в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, является «Трансграничная несостоятельность» («Cross-Border Insolvency»). Все подходы к определению критериев трансграничной несостоятельности можно свести в две категории: формально-правовую и содержательную. Формально-правовой подход применен в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

Что касается содержательных подходов к критериям трансграничной несостоятельности, то следует упомянуть два из них. Более узкий подход состоит в том, что «несостоятельность приобретает международный характер, когда активы несостоятельного должника находятся в пределах нескольких национальных юрисдикций».

Более широкий содержательный подход использует в качестве критериальных показателей трансграничной несостоятельности три ключевых элемента дел о несостоятельности, – активы должника, кредиторов должника и самого должника, – а также их распределение по разным юрисдикциям. В самом общем виде этот подход предусматривает четыре ситуации (критерия), когда несостоятельность приобретает международный характер (то есть становится трансграничной).

1. Активы несостоятельного должника находятся в пределах нескольких национальных юрисдикций (этот критерий совпадает с приведенным выше).

2. Кредиторы несостоятельного должника принадлежат к нескольким национальным юрисдикциям.

3. Акционеры/участники должника принадлежат к нескольким национальным юрисдикциям.

4. Хотя бы два из трех ключевых элемента дела о несостоятельности, – либо активы должника, либо его кредиторы, либо должник (каждый из них – в совокупности), – находятся в пределах разных национальных юрисдикций.

Каждый из этих случаев требует применения той или иной международной правовой системы несостоятельности, которые в первом приближении также можно разделить на отдельные категории.

1. Системы, позволяющие обеспечить сотрудничество между юрисдикциями при наличии нескольких одновременных процессуальных действий о неплатежеспособности в разных странах («Параллельные системы»).

2. Системы, предусматривающие первичное судопроизводство в одной стране, но при определенных обстоятельствах допускающие вторичное (вспомогательное) судопроизводство в другой стране (странах) («Первичная система»).

3. Системы, обеспечивающие централизацию судопроизводства по делам о несостоятельности в одной юрисдикции и не допускающие вторичного, или вспомогательного, судопроизводства («Основные системы»).

Параллельные системы обладают рядом преимуществ. Они могут использоваться для сохранения имущества несостоятельного должника в случаях, когда кредитор неправомерно или преференциально накладывает арест на имущество на территории одной юрисдикции и не соглашается добровольно передать имущество должника зарубежным представителям на территории другой юрисдикции. К числу недостатков Параллельных систем относятся сложное управление недвижимостью и высокие административные расходы на осуществление процессуальных действий в нескольких странах, что сокращает имущество, которое можно распределить между кредиторами.

Первичные и основные системы лишены недостатков, присущих Параллельным системам. В основе Первичных и Основных систем лежит централизация управления большинством, если не всеми исками в рамках одной юрисдикции, что позволяет сохранить имущество и обеспечить одинаковое отношение ко всем кредиторам, независимо от их национальной принадлежности.

Главные задачи международных правовых систем по несостоятельности заключаются в устранении несправедливости и неудобств, связанных с межюрисдикционными делами, и в углублении принципа универсальности.

Как Первичные, так и Основные системы должны создаваться на базе конвенции или договора, поскольку они подразумевают единство управления одной юрисдикцией имуществом несостоятельного должника при помощи и поддержке других юрисдикций. Другие юрисдикции добровольно передают Первичной или Основной юрисдикции контроль большей частью процессуальных действий по делам о несостоятельности. Хотя введение Первичной или Основной системы имеет много практических преимуществ, оказалось, что переговоры о необходимых для этого конвенциях и договорах чрезвычайно сложны по ряду причин.

1. В переговорах не заинтересованы Правительства тех стран, где правовые режимы по несостоятельности de jure или de facto предусматривают приоритет государства перед другими кредиторами или где государство может изъять свою долю задолженности вне правового поля законодательства о банкротстве.

2. В переговорах не заинтересованы многонациональные корпорации и кредитные институты, поскольку для них факторами извлечения дополнительной прибыли (в условиях экономического подъема) или спасения (в условиях спада) как раз и являются различия и автономность юрисдикций разных стран, в том числе правовых режимов несостоятельности.

3. Чрезвычайно затрудняют переговоры о конвенциях и договорах существенные различия в национальных законодательствах о несостоятельности, особенно в части ранжирования кредиторов по приоритетности возмещения требований; Правительства крайне неохотно уступают юрисдикцию в области законодательства о несостоятельности, если это грозит ущемлением интересов внутренних кредиторов или если государственная политика в вопросах несостоятельности совершенно не соответствует международным требованиям и принципам.

4. Мешает переговорам недоверие Правительств разных стран друг к другу и к международным институтам, неготовность идти не компромиссы.

5. Концепция «центр основных интересов» (далее – ЦОИ) лежит в основе определения государства, в котором открывается основное производство по делу о трансграничной несостоятельности, а значит, и определяет право, применимое к производству по делу о несостоятельности, открываемому в том или ином государстве, где должник имеет ЦОИ. Оптимальным признаком, используемым при определении ЦОИ должника – юридического лица, является место нахождения исполнительного органа должника. В случае несостоятельности должника, имеющего активы в различных государствах, равно как и осуществляющего свою деятельность в различных государствах, при применении этого подхода учитывается критерий очевидности: кредиторам очевиден ЦОИ должника в силу знания ими государства – места нахождения исполнительного органа, исходя из учредительных документов, сведений торгового реестра или реестра юридических лиц, а также общей информации о должнике.

6. Материально-правовые нормы, определяющие ЦОИ должника, должны носить императивный характер. Придавая императивный характер положениям законодательства о трансграничной несостоятельности, определяющих, в частности, место открытия основного производства по делу и вопросы применимого к соответствующим отношениям права, законодатель исключает возможность возникновения ситуации, когда должник или кредиторы пытаются выбрать наиболее подходящую для удовлетворения их интересов юрисдикцию.

7. Представляется целесообразным дополнить национальное законодательство государств, в том числе и Российской Федерации, четким понятием ЦОИ должника, определив, что в качестве такового понимается место нахождения исполнительного органа должника. Законодателю необходимо включить и иные вспомогательные признаки позволяющие открыть основное производства по месту нахождения большей части активов должника или по месту образования юридического лица, несмотря на основополагающий признак места нахождения исполнительного органа должника. Вспомогательные признаки, такие как место регистрации компании, место нахождения наибольшей части активов должника, место ведения основной деятельности, позволят наиболее квалифицированно определить ЦОИ должника.

# Список использованных источников

1. Европейская конвенция о трансграничной несостоятельности 1960 г.;
2. Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства 1990 г.;
3. Конвенция Европейского Союза о трансграничной несостоятельности 1995 г.;
4. Соглашение о трансграничной несостоятельности, подготовленного комитетом J;
5. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 г.;
6. COUNCIL REGULATION (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings;
7. Вводный закон к Положению о несостоятельности от 5 октября 1994 года //Германское право. Часть 111. М., 1999.
8. Ануфриева Л.П. Трансграничные банкротства в международном частном праве // Международное частное право: в 3-х т. Том 3. Трансграничные банкротства.
9. Жильцова Е.В. Определение международной подсудности по делам о трансграничной несостоятельности юридических лиц: международно-правовое регулирование / Е.В. Жильцова / Проблемы развития юридической науки и российского законодательства: тезисы докладов юбилейной научной конференции, посвящ. 90-летию Перм. гос. ун-та и юрид. ф-та (г. Пермь, Пермский гос. ун-т, 11-12 окт. 2006 г.). Пермь, 2007 г. С. 85-89.
10. Зарубежная практика антикризисного управления: учеб. пособие / под ред. проф. Ряховской. - М.: Магистр: ИНФРА-М, 2010.
11. Кулешов В.В. Унификация правового регулирования трансграничной несостоятельности в рамках ЮНСИТРАЛ // Московский журнал международного права. 2001. №3;
12. Леонтьева Е.А., Бахин С.В. Международно-правовая унификация регулирования трансграничной несостоятельности // Журнал международного частного права. 2001. №4;
13. Летин А.Б. Трансграничная несостоятельность как объект науки международного частного права // Государство и право. 2003. №8;
14. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. Учебник. М., 2001. С.1-63;
15. Мохова Е.В. Некоторые проблемы российской судебной практики по делам о трансграничной несостоятельности /Е.В. Мохова /Современное законотворчество и правоприменение: тезисы докл. междунар. науч-практ. конф., посвящ. 60-летию юрид. ф-та Перм. гос. ун-та (г. Пермь). Пермь, 2008. С. 421-424.
16. Мохова Е.В. Центр основных интересов должника (COMI-стандарт) как критерий базовой страны должника: опыт европейской модели правового регулирования трансграничной несостоятельности: монография / Е.В. Мохова. Пермь, 2007. – 233 с.
17. Мохова Е. В. Модификации традиционных доктрин правового регулирования трансграничной несостоятельности юридических лиц: проблемы и перспективы реализации в международном праве / Е.В. Мохова //Вестник Пермского гос. университета Сер. Юридические науки. Вып. 8(13). Пермь, 2007. С. 102-109.
18. Панзани Л. Итальянское законодательство о трансграничном банкротстве // Государство и право. 2006. №7
19. Панзани Л. Противоречия в вопросах юрисдикции судов при применении в Европе законодательства о трансграничных делах о несостоятельности: дело компании Eurofood // Государство и право. 2009. №2;
20. Попондопуло В.Ф. Международное коммерческое право. Учебное пособие. М.:ЮНИТИ, 2008. С.560;
21. Степанов В.В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999. С.171-202;
22. Телюкина М.В. Конкурсное право. Теория и практика несостоятельности (банкротства). М., 2002. С.782.