

В заключение хотелось бы удивиться разговорам о слабости и неспособности “Де Бирс” быть ядром алмазной промышленности мира и необходимости “Алмазы России—Саха” как ядра российской алмазной промышленности, что может лишь усугубить кризис и свидетельствует о продолжении политики отраслевой конъюнктуры в отрыве от того, что нашло свое отражение в законе “О драгоценных металлах...”: “Государственная политика направлена на стимулирование добычи и производства драгоценных металлов и драгоценных камней, развитие рынка этих ценностей и их рационального использования для социально-экономического развития Российской Федерации”.

¹ Diamond World Review.— № 90.— P. 12.

² В Израиле 10 тыс. человек производят (гранят) бриллианты более чем на 15 млн. долл. США в день, что составляет $\frac{1}{4}$ всего израильского экспорта.

³ Почти 20 лет ЦСО продавала только ангольские и конголезские алмазы после падения на них в 1932 году цен и продуманного закрытия рудников “Де Бирс”.

Статья поступила в редакцию в апреле 1998 г.

ПРОБЛЕМЫ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

В.В. Степанов*

В XX веке значительно изменилась структура производительных сил. Был совершен рывок в развитии экономических систем. В настоящее время динамические характеристики макросистем являются определяющими параметрами существования как отдельных государств, так и человечества в целом. Качественно и количественно развиваются внешнеэкономические связи. Это отражается в появлении транснациональных субъектов предпринимательской деятельности, ведущих операции во многих государствах. Уже сейчас транснациональные корпорации играют существенную роль на мировой экономической сцене. И судя по всему, зависимость экономической системы от финансового состояния транснациональных кор-

* Магистр права (Российская школа частного права), соискатель кафедры гражданского права МГУ.

пораций будет возрастать. Кроме того, следствием развития внешне-экономических связей является увеличение количества субъектов, размещающих свои активы и, соответственно, взаимодействующих с кредиторами в разных странах. Объективным фактором рыночной модели развития является то, что некоторые из вышеперечисленных субъектов, в том числе транснациональные корпорации и банки, становятся неплатежеспособными (ситуация, называемая трансграничной несостоятельностью).

К сожалению, в настоящее время существует правовая неопределенность при разрешении ситуаций трансграничной несостоятельности (отсутствует единообразная схема регулирования), и на практике в большинстве случаев возбуждаются отдельные производства, или, в зависимости от политической и правовой близости стран и конкретного состава заинтересованных сторон, предпринимаются бессистемные попытки урегулирования долгов другими способами. Как правило, в результате такой правовой неопределенности время разбирательств затягивается, структура активов расплывается и они теряют системные качества. В итоге страдают не только ущемленные несправедливым обращением кредиторы, но и мировой экономический организм в целом, что сказывается на уровне международной торговли¹. Кроме того, значительно снижаются возможности по применению реабилитационных моделей.

Каковы причины этой правовой неопределенности? Дело в том, что подходы национальных законодательств к регулированию обычной несостоятельности (не трансграничной) имеют значительные отличия. Это обусловлено историческими, культурными, философскими, национальными, экономическими факторами.

Главная проблема заключается в том, что в настоящее время государства, регулируя вопросы несостоятельности, по-разному оценивают задачи национальных законодательств о несостоятельности. Например, интересы кредиторов наиболее сильно защищены в английском законодательстве. И, соответственно, возможностей для применения реабилитационных процедур там меньше всего. И хотя в 1986 году была введена процедура управления, ее можно скорее рассматривать как модель для будущих возможных изменений английского законодательства. Основной тенденцией германского законодательства о несостоятельности является движение к модели, включающей реабилитационные процедуры. Американская система, ставшая предметом изучения во всем мире и способствовавшая появлению английской процедуры управления и германского плана восстановления платежеспособности, менее либеральна по отношению к кредиторам, чем английская и германская, и больше защищает интересы должника с целью возможной реабилитации. Французское регулирование вопросов несостоятельности своей основной

задачей считает оздоровление предприятий в ущерб интересам кредиторов.

Цели регулирования разные. Соответственно, права кредиторов несостоятельного лица и управляющих разные. Использование основных механизмов несостоятельности — системы приоритетов, очередности, зачета взаимных требований, специальных условий недействительности сделок, отказа от исполнения текущих контрактов — тоже разные. Кроме того, государственная политика в отношении защиты прав своих кредиторов и признания иностранных судебных решений имеет существенные отличия.

Интеграционные процессы экономического пространства, новые структурные свойства экономических макросистем и их динамические параметры требуют скорейшего создания правового механизма для решения проблем регулирования трансграничной несостоятельности. На первом этапе должна быть решена задача по установлению режима правовой определенности, то есть такого режима, при котором лица, чьи интересы затрагиваются трансграничной несостоятельностью, могли бы четко представлять свои права и обязанности и соотносить их с правами и обязанностями других участников производства или производств. После того как будут созданы условия для выполнения этой задачи, можно приступить к разработке схем урегулирования, предусматривающих справедливое обращение со всеми кредиторами и использование реабилитационных моделей.

Для дальнейшего развития межнациональной экономики на новой качественной ступени необходимо иметь четкие правила регулирования трансграничной несостоятельности. И поэтому, несмотря на столь существенные отличия подходов внутригосударственных законодательств о несостоятельности, правовое сообщество вынуждено искать решения в виде конвенций о трансграничной несостоятельности регионального и мирового уровней.

В данной работе будут анализироваться проекты региональных конвенций (европейской и СНГ) и проекты для ООН (комитета J и комиссии UNCITRAL). Основное внимание будет уделено проекту СНГ. Остальные проекты используются для сравнительного анализа. В рамках экономического пространства СНГ развивается комплекс противоречивых процессов (например, дезинтеграция и интеграция). Уровень сотрудничества, пройдя нижнюю точку, опять увеличивается. В странах СНГ происходит реформа законодательства о несостоятельности (банкротстве). И уже сейчас необходимо выработать согласованную концепцию подхода к трансграничной (в пределах СНГ) несостоятельности. Так или иначе, придется идти по трудному пути, по которому сейчас идут и комиссия Европейского сообщества, и комиссия UNCITRAL. В качестве прогноза можно

добавить, что скорее всего через не слишком большой промежуток времени (30—50 лет) Европейское экономическое сообщество придет к модели, которая будет похожа на предлагаемую модель для СНГ.

1. Теории единого производства и параллельных территориальных производств

В настоящее время существуют два основных метода регулирования трансграничной несостоятельности. Первый базируется на использовании теории единого производства, второй — на теории параллельных территориальных производств. В соответствии с положениями теории единого производства все основные процедуры и главные процессуальные действия должны проходить в одном месте (в доминиции должника или в месте ведения основного бизнеса). По теории параллельных территориальных производств в отношении одного субъекта проходят независимые территориальные производств параллельно в нескольких государствах.

К преимуществам модели единого производства Филип Р. Вуд² относит следующие факторы³ (с небольшими дополнениями от автора):

- снижение судебных издержек на проведение процедур;
- все кредиторы принимают участие в процедурах на равных условиях (в соответствии с положениями одного применяемого закона);
- все имущественные права собираются в одном месте;
- действия кредиторов легко контролировать;
- кредиторы могут предполагать применимое право в случае несостоятельности контрагента (право доминиции или места основного ведения бизнеса).

К недостаткам относятся:

- задачи местного законодательства о несостоятельности могут значительно отличаться от законодательства иностранного (основного) производства;
- местным кредиторам придется участвовать в процедурах в соответствии с положениями иностранного права;
- кредиторам придется нести дополнительные расходы на участие в иностранном производстве (проблема с кредиторами с небольшими размерами исков);
- возможны проблемы определения места основного ведения бизнеса;
- в стране единого производства могут применяться ограничения на расчеты с нерезидентами;
- активы, которые в случае территориального производства могли быть распределены среди кредиторов данной территории, могут

быть использованы в едином производстве для удовлетворения требований из налоговых или трудовых обязательств государства единого производства.

Можно предложить шкалу метода регулирования трансграничной несостоятельности в зависимости от степени использования теорий единого производства или параллельных территориальных производств. В начале шкалы находится схема максимально возможного использования теории единого производства, а в конце — схема максимально возможного использования параллельных территориальных производств. Для создания механизма регулирования трансграничной несостоятельности можно использовать промежуточное значение шкалы, сочетающее элементы схемы единого производства и схемы параллельных территориальных производств, что на практике и происходит. Безусловно, несмотря на отмеченные выше недостатки, более прогрессивной моделью является схема единого производства. Но, к сожалению, степень правового доверия в вопросах трансграничной несостоятельности пока недостаточна для полного применения теории единого производства. Исторический опыт позволяет понять, что юристы-теоретики большей частью выступали за использование теории единого производства, однако ситуация в области межгосударственных отношений, а также подходы национальных законодательств к вопросам регулирования трансграничной несостоятельности большей частью заставляли применять теорию параллельных территориальных производств. И все же отдельные проявления принципов теории единого производства можно увидеть в положениях национальных законов, посвященных вопросам признания иностранных производств.

Германия. Предусматривается, что германские суды могут признавать иностранные судебные решения в отношении активов, находящихся на территории Германии⁴. Это возможно в тех случаях, когда германский суд признает компетенцию иностранного суда принимать такие решения, а также если признание иностранных судебных решений не противоречит основным принципам германского права. Иностранец имеет право оспорить сделку, которую можно оспорить по иностранному праву, но нет оснований оспорить эту сделку по германскому праву⁵. Эта вышеприведенная часть ст. 102 соответствует теории единого производства.

Однако признание иностранного судопроизводства не исключает открытия в Германии отдельного производства о несостоятельности, которое будет ограничено активами, находящимися внутри Германии. Это — проявление теории территориальных производств. Для открытия такого производства достаточно факта наличия иностранного судопроизводства⁶.

США. Суд по заявлению иностранного представителя может возбудить дополнительное к иностранному производству о несостоятельности, принудительно исполнить судебное решение в отношении должника, создать право обеспечения или принудительно взыскать предмет обеспечения, передать иностранному представителю имущество несостоятельного лица⁷. При вынесении вышеуказанных решений суд должен руководствоваться следующими принципами:

- справедливое обращение со всеми истцами;
- защита американских кредиторов от предвзятого подхода и неудобств в иностранном производстве;
- предотвращение незаконного, предпочтительного и мошеннического обращения с имуществом, находящимся во владении должника;
- распределение вырученного имущества по правилам Bankruptcy Code;
- вежливость;
- желательна возможность нового старта для физического лица.

Следует отметить, что вспомогательное производство имеет важные отличия от обычного самостоятельного производства, которое может быть открыто по заявлению кредиторов, должника и зарубежного (назначенного иностранным судом) представителя в отношении тех же активов. Вспомогательное производство о несостоятельности ограничивается пределами конкретного штата, и поэтому задача сбора активов серьезно усложняется. Кроме того, в рамках вспомогательного производства нельзя использовать некоторые способы признания недействительности сделок. Также нельзя применять схему *debtor in possession* (должника во владении)⁸. При уже открытом вспомогательном производстве должник или кредиторы могут ходатайствовать об открытии самостоятельного производства. Как поступить в каждой конкретной ситуации, решает суд.

Англия. В английском праве предусмотрена возможность возбуждения производства о несостоятельности в отношении компаний, инкорпорированных в другой стране⁹. Основания для открытия производства: компания ликвидируется или прекращает деятельность; компания неплатежеспособна; судебная ликвидация несостоятельного лица будет совершаться в интересах справедливости.

В ст. 426 *Insolvency Act* предусматривается признание иностранных судебных решений, принятых в соответствующей стране в связи с несостоятельностью какого-либо лица¹⁰. Однако английские авторы отмечают, что формулировка “соответствующая страна” относится только к странам Содружества¹¹.

Практика показывает, что английские суды признают полномочия иностранного представителя, иногда требуя некоторых формаль-

ных действий (особенно в отношении недвижимого имущества). Иностранное производство о несостоятельности не приводит к автоматической остановке всех процессуальных действий против несостоятельного лица в Англии. Однако английские суды стараются не допускать несправедливых действий отдельных кредиторов¹². В большинстве случаев в Англии открывается полное или дополнительное (по отношению к иностранному производству) судопроизводство о несостоятельности для защиты интересов местных кредиторов. В каждом конкретном случае в зависимости от размера и типа активов, от вида кредиторов страны, в которой открыто иностранное производство, принципа взаимности и некоторых других факторов английские суды применительно ко всему комплексу перечисленных обстоятельств решают вопрос о начале процедуры в той или иной форме.

Франция. Французское законодательство предусматривает возможность открытия параллельного производства о несостоятельности независимо от наличия иностранного производства¹³. Иностранные кредиторы могут заявлять свои требования и участвовать во французском производстве (при этом учитывается размер полученного ими в иностранном производстве).

Следует отметить, что такое сочетание теории единого производства и теории параллельных территориальных производств можно найти в большинстве национальных законодательств. Однако практика показывает, что в настоящее время для защиты интересов национальных кредиторов суды способствуют возбуждению независимых производств о несостоятельности.

Россия. Новый Закон о несостоятельности (банкротстве) предоставляет российским и иностранным кредиторам, участвующим в производстве, равные права. Кроме того, решения иностранного суда могут быть признаны в России на принципе взаимности. Следует отметить, что в настоящее время имеется одна весьма существенная проблема в области регулирования трансграничной несостоятельности. Российское процессуальное законодательство не допускает возбуждения производства о несостоятельности в отношении лица, инкорпорированного не в России. Такая правовая конструкция является односторонней и архаичной. И в будущем, по мнению автора данной статьи, необходимо расширить юрисдикционные полномочия российских судебных органов.

Как уже отмечалось выше, несмотря на разные позиции государств по вопросам регулирования несостоятельности (не трансграничной) и подходы к проблемам трансграничной несостоятельности, международное сообщество вынуждено стремиться к подписанию региональных и мировых конвенций о трансграничной несостоятельности. Некоторые такие попытки будут обсуждаться в данной статье.

В настоящее время в странах СНГ проходит широкомасштабная реформа национального законодательства о несостоятельности. Резонно предположить, что через некоторое время государства СНГ также будут стремиться к созданию механизма регулирования трансграничной несостоятельности внутри СНГ. В этой статье будет предложена модель такого механизма, основанная на максимальном использовании теории единого производства (причины такого решения будут обсуждаться в параграфе 5 данной статьи).

2. Обзор некоторых случаев мировой практики

Обзор некоторых случаев мировой практики весьма интересен, так как позволяет посмотреть на варианты практических решений и лучше понять возможное направление усилий мирового юридического сообщества.

А. Компания «Maxwell Communication Corporation» (МСС) была инкорпорирована в Англии и имела свыше 400 дочерних отделений. Большая часть этих отделений находилась в США. После того как МСС оказалась не в состоянии выполнить кредитные обязательства, в Англии в отношении нее было возбуждено производство о несостоятельности. Почти 75 % активов МСС находились в США, и поэтому МСС подала в США добровольное заявление для открытия реорганизационных процедур несостоятельности (по главе 11 Bankruptcy Code — USBC). Открытие процедур в Англии и в США произошло с разницей в один день. Через четыре дня в Лондоне были назначены управляющие, а в Нью-Йорке — экзаменатор¹⁴ для совместной работы с МСС. Их задачи состояли в изучении обстоятельств дела и предложении схемы для наиболее справедливого удовлетворения требований всех кредиторов. В судебном решении американского суда указывалось¹⁵, что

— управляющие и экзаменатор будут действовать совместно в расследовании активов, обязательств и финансового состояния МСС, снижать дублирование усилий;

— управляющие и экзаменатор будут прилагать совместные усилия для целей реорганизации по главе 11 Bankruptcy Code и процедуры управления по Insolvency Act;

— управляющие и экзаменатор будут пытаться достигать согласия между всеми участвующими лицами.

Приблизительно то же имели в виду представители английского суда, подписавшие протокол с английской стороны¹⁶. В протоколе определялся список компаний, находящихся под совместным управлением, а также указывалось, что в отношении других дочерних компаний холдинга МСС стороны не будут инициировать ликвидационные процедуры по главе 7 USBC без взаимного согласования.

Схема предполагала, что управляющие, назначенные в Лондоне, будут представлять руководство компании в Англии и США. А экзаменатор будет выполнять функции, предусмотренные главой 11 Bankruptcy Code¹⁷. С американской стороны это выглядело как проявление вежливости в таких сложных правоотношениях. Английская и американская системы отличаются большим своеобразием. Но, несмотря на это, удалось совместить схожие правовые конструкции (реорганизацию по праву США и процедуру управления по праву Англии). Это стало возможным также потому, что английские кредиторы не смогли заблокировать процедуру управления, так как у них не было права плавающего обеспечения на все активы МСС.

Объединенная группа должна была решить проблемы несовместимости законодательств по следующим позициям:

— в США при реорганизации существует дата отсечения требований (требования, которые без уважительной причины не были заявлены до этой даты, не будут участвовать в распределении), а в Англии требования, заявленные с опозданием, могут приниматься во внимание. Чтобы решить эту проблему, было принято компромиссное решение: иски, заявленные английскими кредиторами с опозданием, не будут приниматься, если такое опоздание было результатом умышленного, или недостаточной степени заботливого поведения;

— в Англии кредиторам, не имеющим прав обеспечения, при проведении процедуры управления начисляются проценты на неудовлетворенные требования. В американской реорганизации подобное не предусмотрено. Поэтому было принято решение начислять всем кредиторам проценты по ставке 15% в год. В процессе урегулирования долгов МСС управляющим и экзаменатору приходилось сглаживать и другие проблемы, связанные с несовместимостью нормативного регулирования несостоятельности (пересчет на национальную валюту, разные подходы к критериям оспоримости сделок и т.д.).

Одним из главных факторов, способствующих проведению согласованных действий, стало желание американской и английской сторон совершить оздоровление МСС. Серьезными факторами были близость правовых систем, а также, как отмечалось выше, невозможность для английских кредиторов заблокировать реабилитационные процедуры. В итоге получилось смешение территориального принципа и принципа универсальности (с большей долей территориального).

В США был утвержден план реорганизации по главе 11 USBC, а в Англии согласована схема урегулирования долгов. Причем стороны решили, что английские активы МСС лучше продать, а американские — реорганизовать.

Б. US Lines (USL). USL — это транспортная морская компания. Когда она попала в затруднительное финансовое положение, ее активы составляли 1,25 млрд. долл., а пассивы — 1,27 млрд. Представители USL подали заявление об открытии реорганизационных процедур по главе 11 USBC в США. Открытие этих процедур предусматривает по американскому праву приостановление любых действий в отношении активов должника (в какой бы стране мира они ни располагались). Обязательства USL перед английскими кредиторами составляли 2,4 млн. фунтов, а активы, находящиеся в Англии, — 270 тыс. фунтов. Английский суд удовлетворил требование английских кредиторов об аресте активов USL в Англии. Американский управляющий заявил, что активы USL в Англии в соответствии с главой 11 USBC должны быть переведены в США для реорганизационных процедур. Однако английский суд отказал в разрешении на перевод активов, мотивировав это тем, что он выдал бы такое разрешение, если бы производились не реорганизационные, а ликвидационные процедуры в отношении USL и, кроме того, если бы активы USL собирались из всех стран в единый ликвидационный процесс и всем кредиторам обеспечивалось одинаковое обращение. А так как такой уверенности ни у кого нет, то “активы USL блокируются в Англии в качестве обеспечения требований английских кредиторов”¹⁸. После такого решения английского суда управляющие USL были вынуждены заключить с английскими кредиторами отдельные соглашения, для того чтобы иметь возможность продолжения реорганизации USL в США.

В. BCCI (Bank of Credit and International). BCCI оказался в трудном финансовом положении в 1991 году. На момент закрытия существовали BCCI SA, инкорпорированный в Люксембурге, BCCI Overseas, инкорпорированный на Каймановых Островах, BCCI Holding, инкорпорированный в Люксембурге. BCCI создал проблемы во всем мире, так как банк проводил активные операции более чем в 70 странах. Процедуры несостоятельности в отношении BCCI были возбуждены в Англии, Люксембурге и на Каймановых Островах. Государственные банки стран, в которых действовал BCCI, стали контролировать финансовые потоки BCCI (и в некоторых странах открывать ликвидационные процедуры в отношении отделений BCCI). В 1992 году в Англии, Люксембурге и на Каймановых Островах были открыты конкурсные производства в отношении BCCI и назначены конкурсные управляющие. Основные акционеры BCCI Holding находились в Саудовской Аравии. Заинтересованные стороны предложили “инвестиционное соглашение” между акционерами и кредиторами (по которому в обмен на дополнительные инвестиции со стороны акционеров кредиторы снижали суммы своих исков), но оно не было утверждено люксембургским судом.

Также было предложено соглашение об объединенной процедуре урегулирования долгов ВССИ. Этим соглашением предусматривалось, что

- выручка от реализации активов, собранная ликвидаторами, будет передаваться в место основной процедуры;

- все кредиторы, чьи иски будут приняты, получат одинаковое обращение;

- будут производиться ликвидационные процедуры отделений ВССИ в других странах (кроме Люксембурга и Каймановых Островов). Эти процедуры будут являться дополнительными по отношению к процедурам, производимым в Люксембурге или на Каймановых Островах.

Соглашение об объединенной процедуре урегулирования долгов состояло из основного соглашения (между ликвидаторами Люксембурга, Каймановых Островов и Англии); дополнительных соглашений между ликвидаторами Люксембурга и других стран, привязанных к Люксембургу, в качестве дополнительных процедур и, соответственно, между ликвидаторами Каймановых Островов и другими ликвидаторами; соглашения между ликвидаторами BCCI SA и BCCI Holding (это соглашение было необходимо, так как кроме проблемы несостоятельности BCCI существовала проблема неопределенности в принадлежности активов либо BCCI SA, либо BCCI Holding, и поэтому было принято решение об объединении активов и кредиторов BCCI SA и BCCI Holding). Суды Англии, Люксембурга и Каймановых Островов дали указание ликвидаторам заключить соглашение об объединенной процедуре урегулирования долгов.

Во всех вышеприведенных примерах попыток практического решения проблем трансграничной несостоятельности были затрачены значительные правовые и материальные ресурсы из-за аморфности в области регулирования трансграничной несостоятельности. В настоящее время успешное заключение соглашений о взаимодействии и проведение объединенных процедур — это скорее исключение, чем правило. Для преодоления этих трудностей необходимо иметь международное соглашение о регулировании трансграничной несостоятельности.

3. Международные соглашения о трансграничной несостоятельности

А. История попыток регулирования

Страны, имеющие прочные экономические связи, вынуждены были стремиться к разработке и принятию международных соглашений о несостоятельности. И поэтому первые соглашения заключались на двусторонней основе или в узком кругу стран. Кроме того,

важным фактором была близость культурных и правовых традиций. Эти выводы подтверждаются списком международных соглашений в области несостоятельности¹⁹: Северная (Nordic) конвенция 1933 года, Кодекс Бустаменте 1928 года, Соглашения Монтевидео 1889 года, Германо-Австрийский договор 1975 года, Франко-Швейцарская конвенция 1869 года, Франко-Бельгийская конвенция 1899 года, Франко-Итальянская конвенция 1930 года, Франко-Монакская конвенция 1950 года, Франко-Австрийская конвенция 1979 года, Бельгийско-Голландское соглашение 1925 года, Бельгийско-Австрийское соглашение 1969 года, Германо-Голландское соглашение 1962 года.

В основном первые соглашения между странами придерживались в большей степени традиций международного частного права и, соответственно, принципа единого производства. Поэтому в большинстве таких соглашений предусматривается взаимное признание иностранных судебных решений, признание юрисдикции домицилия или места основного ведения бизнеса (реже), признание полномочий иностранного ликвидатора (управляющего). Если же предпринимались попытки достичь соглашения между большим количеством стран (например, в Монтевидео), то, как правило, сразу начинал проявляться принцип параллельных территориальных производств.

В настоящее время ведется работа по подготовке проектов конвенций о трансграничной несостоятельности комиссиями Европейского сообщества и UNCITRAL. Также интересен для анализа проект комитета J.

Б. Проект Европейской конвенции

Сразу после образования Европейского экономического сообщества государства-участники попытались заключить конвенцию о трансграничной несостоятельности. Работа над проектом началась в 1960 году. В соответствии с разработками предусматривалось взаимное признание производства о несостоятельности (принцип единого производства). Также предполагалось, что возбуждение производства о несостоятельности в одном из договаривающихся государств запрещает открытие аналогичных производств в других государствах²⁰. Однако, как отмечает Манфред Бальц²¹, этот проект оказался слишком амбициозен (предложенная модель не соответствовала реальному положению вещей), и, соответственно, между государствами не было достигнуто согласия.

Следующим этапом на пути к Европейской конвенции стала Стамбульская конвенция 1990 года, открывая для подписания в 1990 году. Ее основными идеями являлись²²:

(1) взаимное признание, но не иностранных производств, а полномочий ликвидатора (особенно в отношении сбора активов);

(2) второстепенные процедуры банкротства могут быть открыты в других договаривающихся государствах, в которых должник имеет существенные активы, и эти процедуры предназначены для удовлетворения требований обеспеченных и приоритетных кредиторов, наемных работников, налоговых органов и прочих кредиторов, находящихся в данном государстве, иски которых возникли в связи с деятельностью должника в данном государстве.

В соответствии с положениями Стамбульской конвенции, если иностранный ликвидатор хотел получить доступ к активам в другом государстве, то он должен был опубликовать сообщение, указывающее на наличие своих полномочий, и о своем намерении предъявить иски к должнику на территории этого государства. После такой публикации все кредиторы, наемные работники, налоговые органы могут заявлять иски в течение двух месяцев в индивидуальном порядке. По истечении этих сроков иностранный ликвидатор вправе осуществлять свои полномочия в отношении оставшихся активов.

В Стамбульской конвенции значительно усиливалось использование схемы параллельных территориальных производств, уровень поставленных задач был низок. Кроме того, ничего нового и полезного по сравнению с предыдущим положением в случае принятия этой конвенции вряд ли произошло бы. Видимо, это и было основной причиной ее неподписания государствами Европейского экономического сообщества.

В 1995 году был разработан новый проект Европейской конвенции о несостоятельности. Основные задачи нового проекта конвенции²³:

(1) использовать принцип единого производства в разумном раз-
мере;

(2) создать единую систему, при которой договаривающиеся госу-
дарства имели бы четкие обязанности;

(3) совместить систему вторичных процессов по банкротству с
принципом единого производства;

(4) четко определить границы юрисдикций центрального и вто-
ричных производств;

(5) гармонизировать спорные правила, которые мешают управле-
нию при несостоятельности;

(6) учитывать то обстоятельство, что в законодательстве договаривающихся государств имеется тенденция к использованию реабилитационных процедур;

(7) создать более эффективную и слаженную систему коопера-
ции в рамках единого развивающегося европейского рынка.

Разработчики пытались по возможности сохранить использование теории единого производства и в то же время предложить приемлемую для всех договаривающихся государств (с точки зрения

защиты интересов национальных кредиторов) схему урегулирования долгов несостоятельного лица. В результате получилась комбинация схемы единого производства и в гораздо большей степени — схемы параллельных территориальных производств. Центральное производство открывается в месте основного ведения бизнеса. Открытие вторичного производства возможно в другом государстве, если там имеется отделение несостоятельного лица, и это производство ограничивается активами, находящимися в этом государстве²⁴. Вторичное производство может быть возбуждено раньше центрального, если:

- по праву государства вторичного производства условия для открытия наступили, а в государстве центрального производства еще нет;

- в государстве вторичного производства об открытии процедур несостоятельности ходатайствует кредитор, инкорпорированный или имеющий зарегистрированное представительство в этом государстве или иск которого следует из деятельности должника в данном государстве.

Одно из основных проявлений теории единого производства: ликвидатор центрального производства имеет право требовать приостановки вторичного производства, если это может способствовать максимизации активов или необходимо для выработки мирового соглашения.

В конвенции в вопросе вида открываемых процедур и их трансформации одной в другую используется подход нового германского закона о несостоятельности (*Insolvenzordnung*)²⁵. Все процедуры начинаются как ликвидационные, а затем в зависимости от обстоятельств могут трансформироваться в реабилитационные. Кроме того, возможно заключение мирового соглашения. Применение такой схемы (особенно обязательное требование для вторичных производств быть ликвидационными) связано с желанием разработчиков не допустить конкуренции прореабилитационных национальных законодательств с прокредиторскими. В проекте конвенции предусмотрена возможность использования всех известных ЕЭС процедур несостоятельности (кроме специальной французской процедуры досудебного урегулирования).

Если в конвенции не указано иное, то применимое право — это право государства, возбудившего процедуры несостоятельности (т.е. в конкретном государстве применяется его национальное право). При открытии производств о несостоятельности в договаривающихся государствах право обеспечения активами, находящимися за пределами договаривающихся государств, этими производствами не затрагивается²⁶. Если имеются встречные требования должника и иностранного кредитора, то используются правила Европейского

соглашения о зачете встречных требований. В данном случае разрешается иск со стороны конкурсной массы к кредитору, даже если национальное право такой зачет запрещает.

Специальные правила предусмотрены для определения применимого права по отношению к текущим контрактам, опротестованию сделок, раскрытию информации, регулированию финансовых сделок и сделок с ценными бумагами. Иностранные производства о несостоятельности автоматически взаимно признаются договаривающимися государствами.

Любой кредитор может заявить иск в любом иностранном производстве²⁷. Кроме того, налоговые органы и органы социального обеспечения имеют такое право. Активы в каждом конкретном иностранном производстве распределяются по полной схеме до удовлетворения требований всех заявивших кредиторов. Оставшееся имущество передается центральному ликвидатору (обычно имущества не остается).

Конвенция недавно была открыта для подписания. Для ее принятия в течение полугода все государства должны были подтвердить свое участие. Это сделали все, кроме Англии (которая пыталась участие в конвенции обусловить своими экономическими проблемами²⁸). Анализ конвенции позволяет сделать вывод, что разработчики из всех сил способствовали реальному принятию конвенции и в то же время стремились сохранить за собой то, что хоть как-то связывало их с теорией единого производства.

В. Проект Соглашения о трансграничной несостоятельности, подготовленный комитетом J

По проекту управление и сбор активов должны координироваться центральным форумом (форум — это судопроизводство) в месте основного ведения бизнеса²⁹. В каждом производстве (за исключением центрального) удовлетворяются требования только обеспеченных и приоритетных кредиторов по правилам национального права. Оставшиеся активы переводятся в центральный форум. Обычные кредиторы должны заявлять иски в центральном форуме (они имеют право оформлять документы на своем языке). Освобождение должника от обязательств, сделанное в центральном форуме, признается во всех договаривающихся государствах. Полномочия представителей, официально назначенных в иностранных производствах, признаются во всех договаривающихся государствах. Обеспеченные и приоритетные кредиторы, получившие частичное удовлетворение в одном из форумов, не будут иметь права участвовать в дальнейшем распределении до тех пор, пока другие такие же кредиторы не получат аналогичного удовлетворения своих требований. Допустимость иска решается в соответствии с национальным законодательством.

К сожалению, не совсем ясны положения о применимом праве при распределении выручки в центральном форуме (видимо, это право государства центрального форума), а также об опротестовании сделок.

По сравнению с европейским проектом здесь гораздо больше выражена теория единого производства (приблизительно одинаковое использование схемы параллельных территориальных производств и схемы единого производства).

Г. Проект комиссии UNCITRAL

В преамбуле проекта говорится, что целями соглашения являются:

- сотрудничество между судами и компетентными органами;
- большая юридическая определенность;
- справедливое и эффективное урегулирование случаев трансграничной несостоятельности для обеспечения защиты интересов всех кредиторов и должника;
- защита и максимальное повышение стоимости активов должника;
- содействие сохранению находящихся в тяжелом финансовом положении предприятий в целях защиты инвестиций и неуминения рабочих мест.

Из вышеприведенного перечня задач данный проект полностью решает только две первые. В решении третьей и четвертой задач проект оказывает содействие, а к последней задаче почти не имеет никакого отношения. Предлагаемое соглашение будет эффективно лишь в таких ситуациях, когда большинство кредиторов находится в одном государстве, а активы распределены в нескольких. В этом случае многие способы, предлагаемые проектом, будут весьма полезны, а задачи, перечисленные в преамбуле, могут стать выполнимыми. Если же активы и кредиторы распределены равномерно (по удельному критерию) в нескольких государствах, то соглашение будет регулировать в основном информационный обмен между судами и компетентными органами, а также предоставление информации иностранным кредиторам. Такой вывод можно сделать, проанализировав подход проекта к возбуждению независимых производств.

Параллельное производство может быть возбуждено в другом государстве, если там находятся активы должника. По проекту все кредиторы имеют право участвовать в иностранных производствах. И кроме того, всем известным кредиторам должна быть предоставлена информация о таких производствах. Однако так как участие кредитора в иностранном производстве может быть осуществлено только по его собственной инициативе, то и расходы должен нести он сам. Следовательно, кредиторы с небольшими исками отсекают-

ся от участия в иностранных производствах. В соглашении не решена также проблема совместимости требований кредиторов из разных государств. При определении порядка распределения установлены нижние рамки для ранжирования требований иностранных кредиторов (однородные требования иностранных кредиторов не могут иметь более низкой очередности, чем необеспеченные требования местных кредиторов). Такой подход является нечетким и кажется слишком декларативным. В проекте соглашения используется конструкция места основного ведения бизнеса, однако в системе, предлагаемой проектом, уровень применения конструкции крайне низок. В качестве одного из основных замечаний следует указать, что проект соглашения создает не механизм регулирования трансграничной несостоятельности, а большей частью информационную среду (за исключением случаев крайне неравномерного распределения активов). И поэтому управляющим из разных государств, которые захотят либо организовать реабилитационную процедуру, либо провести общую ликвидационную процедуру, придется самим разрабатывать механизм урегулирования.

На основании вышесказанного можно сделать вывод о том, что проект соглашения основывается в первую очередь на теории параллельных производств. Его главная задача — обеспечить правовую определенность в системе параллельных производств. Некоторые проявления теории единого производства можно увидеть в положении о признании полномочий иностранного представителя и о судебной помощи. В чем-то этот проект напоминает стамбульский проект Европейской конвенции.

В заключение можно сказать, что такой подход соглашения во многом является отражением уровня готовности государств к правовому сотрудничеству в области трансграничной несостоятельности. В целом проект оставляет хорошее впечатление (в частности, положения, посвященные судебной помощи и признанию полномочий иностранного представителя), хотя, конечно, требует доработки.

4. Модель регулирования трансграничной несостоятельности в СНГ

В предыдущих разделах статьи были рассмотрены некоторые региональные и мировые модели регулирования трансграничной несостоятельности. Все они в той или иной степени сочетают схему параллельных территориальных производств и схему единого производства. Такое сочетание отражает объективную реальность. С одной стороны, как уже отмечалось выше, законодательства стран — участниц проектируемых соглашений предназначены для решения разных задач. И, что не менее важно, используют разные спосо-

бы выполнения таких задач. Кроме того, одним из факторов применения схемы параллельных территориальных производств является взаимное неверие государств в возможность справедливого обращения со всеми кредиторами в иностранном производстве.

С другой стороны, объективные потребности мировой экономической системы (например, необходимость правовой определенности, сохранения возможности реструктуризации работающего бизнеса) заставляют государства искать варианты использования схемы единого производства. И проект Европейской конвенции, и проект комитета J, и проект комиссии UNCITRAL являются результатами правового компромисса.

Перед тем как перейти к обсуждению предлагаемой модели для СНГ, целесообразно кратко обрисовать политико-экономическую структуру СНГ. В недалеком прошлом государства, входящие в СНГ, являлись республиками одного государства — СССР и имели стройную, абсолютно совместимую систему законодательства. Хотя и после распада СССР происходили дезинтеграционные процессы, и сейчас еще видны некоторые проявления, наметился перелом в сторону интеграции (в экономике, политике и праве). Яркий пример этому — совместные усилия рабочих групп государств СНГ по созданию модельного гражданского кодекса СНГ и по реформированию национальных гражданских законодательств. В настоящее время в странах СНГ идет работа по подготовке законов о несостоятельности (банкротстве).

В мае 1997 года в Тбилиси под руководством доктора юридических наук В.В. Витрянского прошел семинар на тему “Разработка модельного закона о банкротстве для стран СНГ”. Этим семинаром был разработан проект модельного закона, который одобрило большинство участников семинара из всех стран СНГ и Монголии. Поэтому можно надеяться, что законодательства о банкротстве в пределах СНГ не будут сильно различаться. На основании вышесказанного автор данной статьи считает, что для решения проблем трансграничной несостоятельности в СНГ следует использовать модель, базирующуюся на теории единого производства. Далее в статье будут предложены два варианта такой модели.

А. Проект Соглашения СНГ “О трансграничной несостоятельности (банкротстве)”

Основная задача такого соглашения — создание рабочей схемы единого производства для обеспечения равного и справедливого обращения со всеми кредиторами и сохранения возможности реабилитации транснационального предприятия. Кроме того, соглашение подобного типа укрепит экономическое пространство СНГ и повысит степень доверия государств СНГ друг к другу.

Можно представить ситуацию: все государства СНГ имеют законодательство о несостоятельности, базирующееся на модельном Законе СНГ “О несостоятельности (банкротстве)”. Должник, инкорпорированный в Армении и осуществляющий деятельность в Грузии, Армении, Туркмении и России, стал неплатежеспособным. Большая часть его активов и большинство его кредиторов находятся в Армении. Предположим, что в СНГ ратифицировано соглашение, основанное на схеме единого производства. Тогда во всех четырех государствах возбуждаются производства и назначаются управляющие. Вслед за этим утверждается место центрального производства — Армения (будем считать, что определение места центрального производства споров не вызвало). Так как местом центрального производства будет являться Армения, то применимый закон — это закон Армении, регулирующий вопросы несостоятельности. Затем формируется комитет управляющих под председательством управляющего центральным производством. Местные управляющие на определенном этапе выполняют те же действия, что и в обычном производстве (формирование реестров требований, меры, блокирующие индивидуальные действия кредиторов, собрание активов, проведение собраний кредиторов). После этого они передают полученные данные центральному управляющему и совместно с ним (в качестве консультантов) на заседании комитета управляющих разрабатывают предложения по плану проведения внешнего управления или по ликвидации либо по заключению мирового соглашения. Затем на собраниях кредиторов план, предложенный комитетом управляющих, обсуждается и по нему высказывается мнение, которое передается центральному управляющему.

Центральный управляющий передает протоколы собраний кредиторов в суд центрального производства о несостоятельности, и суд на основании обстоятельств дела и, принимая во внимание мнение кредиторов, выносит решение о применении процедуры внешнего управления или об открытии конкурсного производства либо об утверждении мирового соглашения. Все решения суда центрального производства признаются автоматически. Кредиторы всех государств имеют равные права на участие в центральном производстве. Причем фактически это участие осуществляется и через управляющих.

Какие могут возникнуть проблемы? Во-первых, может возникнуть спор о месте центрального производства. В качестве вариантов можно рассмотреть место инкорпорации должника и место основного ведения бизнеса. Конечно, для производства о несостоятельности лучше подходит место основного ведения бизнеса. Однако в настоящее время нет однозначного подхода в определении места основного ведения бизнеса. Если имеется спор о месте основного ведения бизнеса,

то можно предложить считать местом основного ведения бизнеса государство, в котором активов должника больше, чем в других государствах. Кроме того, необходимо точное определение требований для того, чтобы они были совместимы. Так как участие кредиторов в производстве зависит от вида принадлежащих им требований. Поэтому определения требований должны быть совместимы.

Б. Предложения по проекту Соглашения СНГ "О трансграничной несостоятельности (банкротстве)"

Второй вариант основан на использовании специально созданного международного (в рамках СНГ) соглашения, регулирующего все вопросы международного банкротства. Что-то похожее на формирующееся сейчас право Европейского экономического сообщества, но для СНГ. Такое соглашение должно вобрать в себя почти все положения модельного Закона СНГ о несостоятельности (банкротстве) или, например, российского Закона о несостоятельности (банкротстве). Кроме того, в нем должны быть специальные положения, в чем-то аналогичные тем, которые обсуждались в проекте Соглашения для СНГ (см. предыдущий параграф). Схема действия этой модели такова: если были открыты производства или одно производство о несостоятельности (банкротстве) в отношении субъекта, ведущего трансграничные предпринимательские операции в государствах СНГ, то тогда (при наличии определенных условий) по принципу применимого права происходит отсылка к Соглашению СНГ "О трансграничной несостоятельности (банкротстве)".

Какие проблемы можно решить принятием такого соглашения (закона)? Во-первых, можно окончательно увязать все спорные вопросы, во-вторых, это хорошая возможность обойти все потенциальные процессуальные нестыковки законодательств, в-третьих, снимаются вопросы взаимного недоверия, в-четвертых, создается система правовой определенности, в-пятых, начинает формироваться право СНГ.

Конечно, не все неплатежеспособные предприятия с деятельностью в разных государствах СНГ надо пропускать через специальные процедуры трансграничной несостоятельности. Целесообразно использовать определенные условия, при которых могут начинаться процедуры. Например, общий размер активов или кредиторской задолженности (причем конкретно в каждой стране).

6. Выводы

В настоящее время правовое сообщество активно изучает проблемы трансграничной несостоятельности. Как уже было отмечено выше, это связано с объективными потребностями развития мировой и региональной экономики. Конец XX века характеризуется тем,

что, во-первых, скорость всех общественно-экономических процессов значительно возросла, а во-вторых, четко проявляются интеграционные тенденции (стадия укрупнения капитала на межгосударственном уровне). Кроме того, сейчас экономика многих государств зависит от доверия крупных инвестиционных образований. А они, в свою очередь, стремятся иметь гарантии своих вложений, опираясь, в том числе, и на правовую определенность. Поэтому в последнее время активизировались усилия по разработке международных соглашений о трансграничной несостоятельности в рамках ООН и Европейского Союза. В данной статье был сделан анализ основных принципов регулирования трансграничной несостоятельности и конкретных схем их использования.

Наиболее близка к подписанию Европейская конвенция о трансграничной несостоятельности. То, что в ней весьма узко используется теория единого производства, связано с реалиями сегодняшней ситуации, существующей в законодательстве о несостоятельности в странах Европейского Союза. Но так как внутри ЕЭС происходит стремительная экономическая интеграция, то можно прогнозировать сближение позиций законодательств о несостоятельности и, соответственно, более широкое использование теории единого производства в последующих соглашениях.

Проект соглашения, подготовленный комиссией UNCITRAL, базируется в основном на теории параллельных производств. В данной статье был отмечен ряд недостатков этого проекта. Проект, подготовленный комитетом J, концептуально более прогрессивен, чем проект комиссии UNCITRAL, однако пока он сыроват и годится только в качестве первого приближения.

Для СНГ было предложено полное использование схемы единого производства. При этом учитывались следующие преимущества применения схемы единого производства:

- во-первых, сохранение возможности реабилитации и реструктуризации предприятий (без распыления активов);
- во-вторых, гарантии справедливого обращения со всеми кредиторами (истцами);
- в-третьих, такая модель имеет сильные интегрирующие качества;
- в-четвертых, соглашение (закон) о едином производстве может подтолкнуть государства СНГ к созданию правового пространства, аналогичного праву ЕЭС.

Принятие такой модели соответствует стратегическим интересам СНГ. Кроме того, взяв за основу такую модель, СНГ может оказаться впереди с точки зрения правовой зрелости и правовой культуры.

С другой стороны, можно предположить, что будет происходить, если для регулирования трансграничной несостоятельности в СНГ

за основу будет взята не теория единого производства, а теория параллельных территориальных производств. Тогда вполне возможна ситуация: субъект, ведущий активные операции в России, а также в одном из государств СНГ (назовем это государство F), становится неплатежеспособным. Причем подавляющее большинство кредиторов находится в России, а активы должник успевают перевести в государство F, где у него мало кредиторов. После этого возбуждаются параллельные производства в России и государстве F. И в итоге выходит, что российские кредиторы получают гораздо меньше, чем кредиторы государства F (если не будут участвовать в иностранном производстве). Также вполне возможно, что такое поведение должников будет стимулироваться краткосрочными интересами некоторых государств СНГ. Поэтому для внутриэкономических связей СНГ использование схемы параллельных производств может стать сильным дестабилизирующим и дезинтегрирующим фактором.

Конечно, принятие соглашения, основанного на схеме единого производства, — это сложный политический, экономический и правовой процесс. Но если центристские тенденции сохранятся, то с большой долей вероятности можно ожидать, что в той или иной форме будет использоваться модель, в чем-то аналогичная предложенной. Такое же предположение можно сделать и в отношении будущей конвенции Европейского сообщества о трансграничной несостоятельности.

Российский подход к проблеме трансграничной несостоятельности вне СНГ, основанный на принципе взаимности, вполне соответствует реалиям сегодняшнего дня. Если проект конвенции о трансграничной несостоятельности, подготовленный комиссией UNCITRAL, будет доработан и готов к подписанию, то России следовало бы участвовать в этой конвенции, так как она в основном предназначена для информационного обмена и правовой поддержки. В настоящее время главной проблемой, связанной с трансграничной несостоятельностью, является необходимость изменения процессуального законодательства, для того чтобы иметь возможность возбуждать производство дел о несостоятельности в отношении нерезидентов.

¹ Charles D. Booth. Recognition of Foreign Bankruptcies: An Analysis and Critique of the Inconsistent Approaches of United States Courts // American Bankruptcy Law Journal. — 1992.

² Филип Р. Вуд — солиситор Верховного Суда Англии, профессор Лондонского университета.

³ Philip R. Wood. Principles of International Insolvency. — L., 1995. — P. 228.

⁴ П. 1 ст. 102 вводного закона к Insolvenzordnung.

⁵ П. 2 ст. 102 вводного закона к Insolvenzordnung.

⁶ П. 3 ст. 102 вводного закона к Insolvenzordnung.

⁷ § 304 US Bankruptcy Code.

⁸ Philip R. Wood. Principles of International Insolvency.— P. 262.

⁹ Ст. 220 Insolvency Act, 1986.

¹⁰ Christopher K. Grierson. Concurrent Insolvency Jurisdiction. Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law. — Oxford, 1994.— P. 583.

¹¹ Charles J. B. Flint. Corporate Insolvency and Rescue: the International Dimension. Cross-border Insolvency.—Boston, 1993.— P. 5.

¹² Christopher K. Grierson. Concurrent Insolvency Jurisdiction. Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law.— P. 584.

¹³ Philip R. Wood. Principles of International Insolvency.— P. 264.

¹⁴ Экзаменатор (examiner) — специальное лицо, назначаемое по решению суда для контроля действий должника при применении схемы debtor in possession (должника во владении).

¹⁵ Christopher K. Grierson. Concurrent Insolvency Jurisdiction. Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law.— P. 592.

¹⁶ Протокол был разработан управляющими и экзаменатором для создания механизма судебного сотрудничества.

¹⁷ Evan D. Flaschen. The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corporation International Insolvency. Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law. — Oxford, 1994.— P. 625.

¹⁸ Christopher K. Grierson. Concurrent Insolvency Jurisdiction. Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law.— P. 592.

¹⁹ Philip R. Wood. Principles of International Insolvency.— P. 291.

²⁰ Manfred Balz. The European Union Convention on Insolvency Proceeding // American Bankruptcy Law Journal.—1996.— № 70.— P. 492.

²¹ Manfred Balz — председатель (1989—1995) Комиссии по подготовке проекта конвенции о трансграничной несостоятельности Европейского экономического сообщества.

²² Manfred Balz. The European Union Convention on Insolvency Proceeding. American Bankruptcy Law Journal.—1996.— № 70.— P. 493.

²³ Manfred Balz. The European Union Convention on Insolvency Proceeding. American Bankruptcy Law Journal.—1996.— № 70.— P. 495.

²⁴ П. 2 ст. 3 проекта Европейской конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 года.

²⁵ Manfred Balz. The European Union Convention on Insolvency Proceeding // American Bankruptcy Law Journal.—1996.— № 70.— P. 500.

²⁶ Ст. 5 проекта Европейской конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 года.

²⁷ Ст. 32 проекта Европейской конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 года.

²⁸ Manfred Balz. The European Union Convention on Insolvency Proceeding // American Bankruptcy Law Journal.—1996.— № 70.— P. 529.

²⁹ П. А проекта Соглашения "О трансграничной несостоятельности".

Статья поступила в редакцию в январе 1998 г.