

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО И СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ

УДК 347.1
ББК 67.930.0

АКТУАЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ ИНСТИТУТА ТРАНСГРАНИЧНОГО БАНКРОТСТВА

Е. Ю. Коваленко

Алтайский государственный университет (Барнаул, Россия)

М. В. Лицкас

ООО «ЛиМарк» (Барнаул, Россия)

В современных условиях правовое регулирование вопросов трансграничной несостоятельности субъектов международного частного права приобретает особое значение в связи с усложнением экономической и внешнеполитической ситуации во всём мире. В таких условиях особое значение приобретают актуальные проблемы защиты прав и законных интересов кредиторов. В статье рассматриваются актуальные вопросы института трансграничного банкротства и задачи усовершенствования процедур несостоятельности, осложнённых иностранным элементом. Авторы выделили следующие, наиболее важные и интересные, проблемные вопросы: 1) проблему «банкротного туризма» (и близко связанные с ней вопросы взаимного признания судебных решений и процессуального эстоппеля); 2) проблему привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности и 3) проблемные аспекты коллизионного регулирования оспаривания и признания недействительными сделок должника. Особое внимание авторами обращается на сложность и неоднозначные подходы к выбору применимого права и соответствующих привязок в подобных ситуациях. В результате изучения российского и зарубежного опыта применения норм международного частного права в судебной практике по делам, возникающим в сфере трансграничного банкротства, авторами был сформулирован вывод о том, что отечественные правовые основы правового регулирования отношений в сфере трансграничного банкротства нуждаются в дальнейших изменениях, прежде всего на уровне восприятия универсальных или региональных соглашений, подобных Регламенту ЕС 20.05.2015 N 2015/848 (Recast), в рамках которых урегулированы многие спорные вопросы, возникающие при выборе применимого права в вопросах трансграничной несостоятельности (банкротства). Российскому законодателю также следует обратить пристальное внимание на проблемы трансграничной несостоятельности в нынешних санкционных условиях, предусмотреть механизмы приоритетной защиты прав отечественных участников хозяйственного оборота, при этом не исключая положительный зарубежный опыт правового регулирования в данной области.

Ключевые слова: трансграничное банкротство, статут несостоятельности, *lex fori concursus*, применимое право, коллизионное регулирование, банкротный туризм, субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц, оспаривание и признание недействительными сделок должника.

CURRENT ISSUES OF THE INSTITUTE OF CROSS-BORDER BANKRUPTCY

E. Y. Kovalenko, Altai State University (Barnaul, Russia)

M. V. Litskas, Lawyer of "LiMark" Limited Liability Company (Barnaul, Russia)

In modern conditions, the legal regulation of issues of cross-border insolvency of subjects of international private law is of particular importance due to the complication of the economic and foreign policy situation around the world. In such conditions, urgent problems of protecting the rights and legitimate interests of creditors acquire particular importance. The article deals with topical issues of the institution of cross-border bankruptcy and the tasks of improving insolvency procedures complicated by a foreign element. The authors identified the following most important and interesting problematic issues: 1) the problem of «bankrupt tourism» (and closely related issues of mutual recognition of court decisions and procedural estoppel); 2) the problem of bringing the persons controlling the debtor to subsidiary liability; and 3) the problematic aspects of conflict regulation of challenging and invalidating the debtor's transactions. The authors pay special attention to the complexity and ambiguous approaches to the choice of applicable law and appropriate bindings in such situations. As a result of studying Russian and foreign experience in applying the norms of private international law in judicial practice in cases arising in the field of cross-border bankruptcy, the authors came to the conclusion that the domestic legal framework for the legal regulation of relations in the field of cross-border bankruptcy needs further changes, primarily on the level of perception of universal or regional agreements, such as EU Regulation 20.05.2015 N 2015/848 (Recast), within which many contentious issues that arise when choosing the applicable law in matters of cross-border insolvency (bankruptcy) are settled. The Russian legislator should also pay close attention to the problems of cross-border insolvency in the current sanctions conditions, provide for mechanisms for the priority protection of the rights of domestic participants in economic turnover, while not excluding the positive foreign experience of legal regulation in this area.

Keywords: cross-border bankruptcy, statute of insolvency, *lex fori concursus*, applicable law, conflict of laws regulation, bankruptcy tourism, subsidiary liability of persons controlling the debtor, challenging and invalidating the debtor's transactions.

DOI: [https://doi.org/10.14258/ralj\(2023\)1.10](https://doi.org/10.14258/ralj(2023)1.10)

Проблематика института трансграничной несостоятельности является для российской правовой науки относительно новой. Публикации по этой теме в ведущих российских юридических журналах начинают появляться лишь с 2013–2014 гг., а уже в 2017 г. состоялся первый Международный форум по трансграничному банкротству в рамках Петербургского международного юридического форума. Внимание юридического сообщества привлекли и чисто практические кейсы: дело российского гражданина В. А. Кехмана, одновременного банкротившегося в двух юрисдикциях — в Великобритании и Российской Федерации, российское банкротство Межпромбанка и борьба за доступ к активам контролировавшего банк С. В. Пугачева, находившегося в Великобритании и спрятавшего большую часть своих активов в трастах (признанных впоследствии фиктивными) [1].

В этой связи перед российскими юристами возникает ряд проблем, на решение которых следует обратить особое внимание. Наиболее важными и интересными, на наш взгляд, являются: 1) проблема «банкротного туризма» (и близко связанные с ней вопросы взаимного признания судебных решений и процессуального эстоппеля); 2) проблема привлечения контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности; 3) коллизионное регулирование оспаривания и признания недействительными сделок должника.

Рассмотрим указанные проблемы более детально. В самом общем виде «банкротный туризм» (bankruptcy tourism) можно определить как выбор должником для инициирования процедуры несостоятельности определённой юрисдикции, отличной от презюмируемой кредиторами и для кредиторов (иногда данную проблему в литературе именуют «forum shopping» — выбор должником стра-

ны для наиболее выгодного банкротства или реструктуризации [2]). Проблема банкротного туризма возникает в связи с тем, что основная в данном институте коллизионная привязка *lex fori concursus*, суть которой заключается в применении права государства, в котором открыто производство по делу о банкротстве [3, с. 180], уже давно стала де-факто правовым обычаем и присутствует в праве большинства стран мира. Таким образом, недобросовестные должники с помощью данного инструмента могут искать наиболее выгодные для них правовые системы и стремиться инициировать открытие процедуры банкротства именно там.

В связи с этим в юридической литературе принимались попытки разработать критерии выбора применимого права и соответствующих привязок в подобных ситуациях.

В качестве привязки, удовлетворяющей таким требованиям, предлагался личный закон юридического лица — *lex societatis* (место регистрации (инкорпорации), место нахождения основного органа управления, место ведения бизнеса), однако и он не лишен многочисленных недостатков. К примеру, привязка *lex societatis* не учитывает, что место регистрации или место нахождения основного органа управления и место ведения бизнеса могут различаться кардинальным образом (особенно если вспомнить знаменитую систему «оффшорных» юридических лиц) [4].

Поэтому в настоящее время активно разрабатывается другая модель коллизионного регулирования, избавленная от таких недостатков. Так, в зарубежном (европейском) праве большое распространение получил так называемый СОМІ-стандарт (центр основных интересов должника (*center of main interests of the debtor*)) как маркер компетенции суда того или иного государства.

Здесь следует отметить Регламент ЕС 20.05.2015 N 2015/848 (Recast), который пояснил, что центр основных интересов должника презюмируется по местонахождению зарегистрированного офиса компании, но суд может признать его и на территории иного государства, если место осуществления управления интересами должника находится в ином, чем инкорпорация, государстве, и это было очевидно кредиторам должника. Определяется такой СОМІ-стандарт на основе трёх критериев: эффективность, предсказуемость и правовая определенность, а применимым правом в деле о несостоятельности будет *lex fori concursus* — право страны места банкротства.

Однако нетрудно заметить, что и этот подход не идеален: СОМІ может мигрировать, изменять место нахождения менеджментом компании, подбирающим применимое право для должника. Например, кредит берется в одном государстве, отношения подчиняются законодательству кредитора, а в предбанкротный период СОМІ меняется и перемещается в государство должника или с системой, выгодной должнику. СОМІ также можно переместить и путем слияния. Механизм такого перемещения следующий: создается дочерняя компания в другой юрисдикции, затем осуществляется процедура слияния с дочерней компанией, в результате чего все активы становятся принадлежностью вновь созданной группы, подчиняющейся юрисдикции другого государства [5]. Таким образом, хотя СОМІ-стандарт на сегодняшний день является наиболее прогрессивной моделью коллизионного регулирования общих вопросов трансграничной состоятельности, и он не лишён определённых проблем.

В рамках данного вопроса возникает и ряд смежных аспектов, в том числе и процессуальных. К примеру, можно ли использовать институт эстоппеля при наличии выявленных фактов злоупотребления иностранным и/или отечественным законодательством и злоупотребления «forum shopping»? Представляется, что на данный вопрос следует дать утвердительный ответ и отказывать в защите материального или процессуального права со ссылкой на злоупотребление таким правом, тем более, что подобный инструментарий у российских судов в настоящее время имеется (ст. 10 ГК РФ).

Или, к примеру, может ли российский суд признать иностранное судебное решение о несостоятельности (экзекватура) и каковы условия такого признания? Здесь следует обратиться к норме абз. 2 п. 6 ст. 1 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)», которая принципиально допускает такую возможность, однако с некоторыми оговорками. Во-первых, оно должно признаваться на основе принципа взаимности, во-вторых, такое иностранное решение должно быть финальным по делу о несостоятельности и непосредственно разрешать права и обязанности лиц, участвующих в деле о банкротстве (это положение было сформировано судебной практикой, к примеру, в рамках дела N А56–7455/2000 [6] или дела N А56–14945/2004 в связи с вынесением решения Суда по морским и коммерческим спорам Копенгагена (Дания) [7]). В современных условиях к вопросу о такой экзекватуре (взаимном признании судебных решений) необходимо подходить с большой осторожностью, учитывая экономическую политику недружественных Российской Федерации стран.

Следующей крупной проблемой является привлечение контролирующих должника лиц к субсидиарной ответственности. Следует отметить, что в современных правовых порядках вопросы ответственности контролирующих лиц урегулированы разными отраслями права, в одних странах — корпоративным законодательством (Испания, Дания), в других — законодательством о несостоятельности (Россия, Германия, Франция), в третьих используется смешанный подход (Великобритания), при этом основания и условия привлечения к ответственности контролирующих лиц, равно как и стандарты доказывания, также различаются самым существенным образом [8].

Для решения данной коллизионной проблемы в литературе предлагаются привязки *lex fori*, *lex societatis*, *lex cause*, а также принцип наиболее тесной связи (п. 2 ст. 1186 ГК РФ) и нормы непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ). Не лишено смысла и предложение использовать привязку *lex delicti*, так как, по мнению ряда учёных, субсидиарная ответственность контролирующих должника лиц имеет деликтный характер (такой позиции, к примеру, придерживается К. Вандекерхофе [9]).

Однако обычно суды идут по пути применения права места регистрации юридического лица (*lex societatis*) [8], что не всегда позволяет в полной мере защитить интересы кредиторов должника и различным образом дифференцировать их притязания.

Наконец, третья проблема касается оспаривания сделок должника. В данном случае сложность выбора коллизионной привязки порождена неопределенностью существа отношений — считать ли эти отношения общегражданскими и, следовательно, применить обязательственный статут, или применять специальный статут *lex fori concursus*. Здесь следует упомянуть проблему соотношения общего статута несостоятельности (*lex fori concursus*) и иных статутов. Очевидно, что статут несостоятельности или совсем не может, или может ненадлежащим образом регулировать все отношения, возникающие в процессе несостоятельности организации-должника, поэтому международным частным правом в настоящее время исследуется проблема исключения из сферы действия данного статута трудовых, вещных, обязательственных отношений. К примеру, руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности предусматривает ряд таких исключений, прежде всего в области обязательственного и вещного права [3]. Однако в настоящее время эта проблема окончательно не решена.

Судебная практика склоняется к необходимости применения именно *lex fori concursus* как наиболее адекватного средства защиты интересов кредиторов. К примеру, при рассмотрении дела N А40–108528/2012 по предъявленному юридическому лицу (зарегистрированному и действующему на территории РФ) заявлению банкротящегося АО Банк «Снорас» (Литовская Республика) о признании сделки недействительной Президиум ВАС РФ в постановлении от 12.11.2013 N 10508/13 сформулировал правовую позицию, закрепившую приоритет права страны, в которой проводится процедура банкротства. В дальнейшем такой подход поддержал и Верховный Суд РФ [10].

Однако в правоприменительной практике можно найти случаи, когда заявителям отказывали в оспаривании сделки, ссылаясь на применимость соглашения между сторонами о подчинении иностранному праву. К примеру, в деле N А40–155329/2014 о банкротстве АКБ «ИнтрастБанк» при рассмотрении заявления конкурсного управляющего о признании сделок недействительными и применении последствий недействительности сделок, подчиненных выбранному сторонами праву Швейцарии, суд принял во внимание юридическое заключение по праву Швейцарии о соответствии соглашения положениям Гражданского кодекса Швейцарии и не нашел оснований для признания сделок недействительными по общегражданским основаниям (ст. 10, 168 ГК РФ).

Таким образом, можно сделать краткий вывод о том, что правовое регулирование трансграничного банкротства в России нуждается в дальнейшем совершенствовании, прежде всего на уровне восприятия некоторых норм универсальных или региональных соглашений, подобных Регламенту ЕС 20.05.2015 N 2015/848 (Recast), в рамках которых были урегулированы многие спорные вопросы, возникающие при выборе применимого права в вопросах трансграничной несостоятельности (банкротства). Российскому законодателю также следует обратить внимание на проблемы трансграничной несостоятельности в нынешних санкционных условиях и предусмотреть механизмы приоритетной защиты прав отечественных участников хозяйственного оборота, не игнорируя положительный зарубежный опыт в данной области.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

1. Мохова Е. В. Глобализация трансграничных банкротств в России: опыт движения на запад и перспективы развития в евразийском направлении // Закон. 2017. № 5. С. 124–137.
2. Мохова Е. В., Ящук Н. П., Лиджанова А. Э. Forum shopping и конкуренция регулирования в трансграничных банкротствах и реструктуризациях // Закон. 2020. № 9. URL: <https://zakon.ru/publication/igzakon/8343>.
3. Полшкова М. И. Статут несостоятельности и lex fori concursus как основная коллизионная привязка // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 3. С. 178–189.
4. Мохова Е. В. Центр основных интересов должника при трансграничной несостоятельности: перспективы введения в России новых правовых конструкций // Закон. 2012. № 10. С. 111–127.
5. Козлов Ф. Трансграничное банкротство // ЭЖ-Юрист. 2016. № 19. С. 4. URL: <https://www.eg-online.ru/product/yurist/5260/>.
6. Мохова Е. В. Трансграничные банкротства за рубежом и в России: в поисках баланса между универсализмом и территориальностью // Закон. 2016. № 5. С. 137–149.
7. Костин А. А. Трансграничное банкротство и международный коммерческий арбитраж в РФ (процессуальные и материальные аспекты) // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2019. № 9. С. 120–142.
8. Бибииков С. Е. Коллизионно-правовое регулирование ответственности контролирующих должника лиц в отношениях трансграничной несостоятельности // Вестник Университета имени О. Е. Кутафина (МГЮА). 2021. № 3. С. 212–218.
9. Vandekerckhove K. Piercing the Corporate Veil: A Transnational Approach (European Company Law). Publisher: Kluwer Law International, 2007.
10. Полшкова М. И. Коллизионное регулирование недействительности сделок должника при трансграничной несостоятельности // Актуальные проблемы российского права. 2021. № 1 (122). С. 147–155.