УДК 341.9:347.736(470+73)

DOI dx.doi.org/10.24866/1813-3274/2019-4/108-115

Н. Г. Присекина¹

Дальневосточный федеральный университет, Владивосток, Россия

E-mail: prisekina.ng@dvfu.ru

Е. Е. Замулина²

Дальневосточный федеральный университет, г. Владивосток, Россия

E-mail: zamulina.ekaterina.g@gmail.com

ПРИНЦИП ВЗАИМНОСТИ И ОГОВОРКА О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ В ИНСТИТУТЕ ТРАНСГРАНИЧНОГО БАНКРОТСТВА ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ РОССИИ И США

Аннотация. Вопрос о разрешении проблем, касающихся проведения процедуры трансграничного банкротства, является одним из самых актуальных на сегодняшний день в международном правоприменении. С одной стороны, затрагивается сугубо специальная область юриспруденции, вызывающая немалые вопросы даже в отечественном правовом порядке, банкротство. С другой стороны, вызывают вопросы ключевые аспекты и понятия международного частного права, в частности принцип взаимности и оговорка о публичном порядке. В предлагаемой статье авторами произведен сравнительно-правовой анализ законодательства и правоприменения Соединенных Штатов Америки (США) и Российской Федерации (РФ), в результате которого выявлены отдельные проблемы трансграничного банкротства, а также смоделированы возможные пути их решения.

Ключевые слова: банкротство, трансграничное банкротство, международное частное право, оговорка о публичном порядке, принцип взаимности, арбитражный управляющий, признание и приведение в исполнение судебных решений иностранных государств.

¹ Присекина Наталья Геннадьевна, LL.M., кандидат юридических наук, профессор кафедры международного публичного и частного права Юридической школы Дальневосточного федерального университета, партнёр и руководитель Дальневосточного отделения юридической компании «Пепеляев Групп», Владивосток, Россия.

² Замулина Екатерина Евгеньевна, студентка Юридической школы Дальневосточного федерального университета, Владивосток, Россия.

Для цитирования: Присекина Н. Г., Замулина Е. Е. Принцип взаимности и оговорка о публичном порядке в институте трансграничного банкротства по законодательству России и США // Азиатско-Тихоокеанский регион: экономика, политика и право. 2019. № 4. С. 108–115.

Natalia G. Prisekina¹

Far Eastern Federal University, Vladivostok, Russia

E-mail: prisekina.ng@dvfu.ru

Ekaterina E. Zamulina²

Far Eastern Federal University, Vladivostok, Russia

E-mail: zamulina.ekaterina.g@gmail.com

THE PRINCIPLE OF RECIPROCITY AND A CLAUSE ON PUBLIC POLICY AT THE INSTITUTE OF CROSS-BORDER BANKRUPTCY UNDER THE LAWS OF RUSSIA AND THE USA

Abstract. The discussion of resolving issues to transnational bankruptcy proceedings is one of the most actual subjects in the international enforcement today. On the one hand, it is a breach upon a special sphere of jurisprudence causing a considerable question in domestic law – bankruptcy. On the flip side, key aspects and definitions of the international private law, particularly the principle of reciprocity and public policy clause, raise questions. In the present article the authors produce a comparative legal analysis of legislation and law enforcement practice of the United States of America (USA) and the Russian Federation (RF), the results of which identify certain issues of cross-border bankruptcies and model possible ways of their resolution.

Keywords: bankruptcy, transnational bankruptcy, international private law, public policy clause, the principle of reciprocity, arbitration (commercial) manager, recognition and enforcement of foreign judicial decisions.

Процедура несостоятельности (банкротства), в рамках её экономического потенциала, является многоступенчатым механизмом по реанимации юридических лиц, находящихся в убыточной производственной деятельности, а также их ликвидации, в случае невозможности погасить имеющиеся задолженности. Преимущества банкротства для современного экономического рынка очевидны и не подвергаются существенной критике. В совокупности с этим, с XX века наблюдается уси-

¹ Natalia G. Prisekina, LL.M., Ph.D. in Law, Professor of International Public and Private Law, School of Law, Far Eastern Federal University, Partner and Head of the Far Eastern Office of a law firm “Pepeliaev Group”, Vladivostok, Russia.

² Ekaterina E. Zamulina, student, School of Law, Far Eastern Federal University, Vladivostok, Russia.

For citing: Prisekina N. G., Zamulina E. E. The principle of reciprocity and a clause on public policy at the institute of cross-border bankruptcy under the laws of Russia and the USA // PACIFIC RIM: Economics, Politics, Law. 2019. No 4. P. 108–115.

ленный рост глобализационных процессов, влияющих на все сферы жизнедеятельности общества, особенно на экономику.

Указанные факторы стали толчком для зарождения такого института международного частного права, как трансграничная несостоятельность (банкротство). Под банкротством в рамках российского законодательства, а именно, абз. 2 ст. 2 Федерального закона от 26.10.2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», далее – ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)», понимается признанная российским арбитражным судом неспособность должника в полном объёме удовлетворить требования кредиторов. Всё это сохраняется и в дефиниции трансграничного банкротства, но усложняется несколькими элементами. В связи с этим, можно определить, что трансграничное банкротство – это признанная государственным судом любого государства неспособность должника удовлетворить требования отечественных либо иностранных кредиторов из своего имущества, которое может находиться как на территории своего государства, так и иностранного.

Несмотря на очевидные перспективы, правоприменение сталкивается с рядом существенных проблем, и главной из них является вопрос о приведении в исполнение актов иностранных судов по делам о банкротстве, особенно эта проблема прослеживается в российской судебной практике. В этой связи в настоящей статье подлежат детальному анализу положения ч. 6 ст. 1 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)». Первый аспект заключается в том, что указанная статья регламентирует признание решений иностранных судов по делам о банкротстве на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами, а при их отсутствии – на началах взаимности. В соответствии с правовым смыслом ч. 1 ст. 167 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее – АПК РФ) решением арбитражного суда разрешается дело по существу. Следовательно, только решения могут быть признаны и приведены в исполнение судом. Указанная концепция жизнеспособна и может быть эффективна везде, кроме дел о банкротстве. Банкротство – сложная процедура, большинство важных вопросов, касающихся сохранения конкурсной массы, разрешаются по российскому законодательству определениями суда – промежуточными актами – и не подходят под признаки, которыми обладают судебные решения. Из всего вышеперечисленного можно сделать вывод, что указанная норма по существу является «мёртвой», потому как она невозможна и нецелесообразна для реализации, а также изначально противоречит смыслу российского законодательства и имеющимся правовым нормам. К примеру, первая стадия банкротства – процедура наблюдения – вводится определением суда. В случае, если определение суда невозможно признать по российскому законодательству, тогда возникает риск утраты имущества, подлежащего поступлению в конкурсную массу, механизмы защиты имущества в таком случае работать не будут. Законодательство должно содержать процедуры, реализуемые в рамках хотя бы отечественного право-

порядка, а если оно невозможно для исполнения внутри системы в целом, то и речи о транснациональном правоприменении не может быть.

Рассмотрим указанную проблему на примере США. В соответствии с главой 15 Свода Законов США, при рассмотрении вопроса о признании иностранного разбирательства и удовлетворении исковых требований необходимо, чтобы результат, полученный в рамках иностранной процедуры банкротства, был идентичен результату, который был бы получен в США [1]. Прецеденты показывают ситуацию, при которой иностранные судебные решения признаются, даже если они не идентичны процедуре банкротства США, а лишь ей не противоречат. «Although the foreign distribution scheme need not be identical to Title 11, it must be comparable» [2] (хотя иностранная схема распространения не должна быть идентичной разделу 11, она должна быть с ним сопоставимой). Ч. в ст. 1515 Свода Законов США регламентирует, что заявление о признании должно содержать заверенную копию решения о возбуждении иностранного разбирательства, свидетельство от иностранного суда, подтверждающее наличие такого разбирательства, либо любое другое подтверждение существования разбирательства и назначения иностранного представителя (эквивалент арбитражного управляющего по российскому законодательству). Следовательно, очевидно, что понятие решения «decision» по американскому законодательству носит собирательный характер и включает в себя все судебные акты по делу. Это означает, что признание в США всех судебных актов по делу о банкротстве возможно и происходит повсеместно.

П. 6 ч. 1 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» является первой процессуальной правовой нормой, закрепляющей возможность признания дел о банкротстве на основе принципа взаимности. Российские суды понимают верность и правильность применения указанного принципа, который является проявлением общепризнанного принципа равенства и сотрудничества государств, выступающего нормой *jus cogens*¹ и подлежащего в силу ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации непосредственному применению, но они не обладают инструментарием по его применению [3].

Делом, косвенно касающимся банкротства, но фактически показывающим ситуацию с признанием и приведением в исполнение решений иностранных судов в Российской Федерации на основе принципа взаимности, является дело № А40-738/06 и завершившее его Определение Высшего Арбитражного суда (ВАС) от 19.05.2008 №5105/08 [4]. Заявитель утверждал, что суды первой и второй инстанции, отказывая в признании и приведении в исполнение судебного решения, нарушили его права и свободы, подтверждённые международными актами, и нарушили, самое главное, принцип взаимности. Суд отказал в пересмотре дела в порядке надзора, ссылаясь на тот факт, что ч. 1 ст. 241 АПК РФ в качестве основания для признания и приведения в исполне-

¹ *Jus cogens* – императивная норма международного права.

ние решения иностранного суда названо существование международного договора и федерального закона. Их отсутствие делает невозможным признание и приведение в исполнение решения иностранного суда. В свою очередь, суд указал, что доказательств принципа взаимности заявителем не предоставлено. В этой ситуации имеет смысл рассмотреть концепцию позитивизма, ведь именно она предполагает расширительное, точнее, системное толкование норм права. В данном случае судьи не систематизируют и не руководствуются нормами *jus cogens*, Конституцией Российской Федерации, Законом о банкротстве как специальной нормой, и именно это показывает, что в Российской Федерации действует фактическая взаимность – она не используется, пока не установлены конкретные факты по исполнению этой обязанности другим государством по данной категории споров. На наш взгляд, подобный механизм несёт отрицательный эффект на международное правоприменение в целом, так как признание и исполнение ставится в прямую зависимость от действия другого государства, которого может и не быть по тем же основаниям.

Что касается законодательства США, то здесь также нет однозначной позиции. В соответствии с ч. b ст. 1507 Свода законов США суд США рассматривает вопрос о содействии в соответствии с принципами взаимности: справедливое отношение ко всем держателям прав в отношении имущества должника, заинтересованным лицам, защиту требований кредиторов США, предотвращение преференциальных или мошеннических сделок по отчуждению имущества и т.д. Следовательно, очевидно, что в США действует принцип презюмируемой взаимности: она предоставляется, пока не будут доказаны факты, делающие такое представление невозможным.

Кроме того, представляется необходимым рассмотреть ситуацию, существовавшую в США до принятия Свода Законов. В основном ситуация разрешалась на основе прецедента *Victrix S.S. Co, S.A. v. Salen Dry Cargo A.B* (1987). В указанном деле, а именно в ч. 714, указывалось, что в соответствии с общими принципами взаимности федеральные суды будут признавать иностранные процедуры банкротства, только если иностранное законодательство приведено в соответствие с принципами справедливого правосудия и объективного рассмотрения требований местных кредиторов. В данном случае американское правоприменение строилось больше на принципе фактической взаимности, чем на презюмируемой [5]. Кроме того, необходимо отметить, что вероятно судья смешивает два разных понятия, не давая им регламентации, – это принцип взаимности и оговорка о публичном порядке.

Оговорка о публичном порядке предполагает, что норма иностранного права, подлежащая применению, в исключительных случаях не применяется, когда последствия её применения явно бы противоречили основам правопорядка государства. По смыслу позиции ВАС РФ, ссылка на противоречие публичному порядку должна являться экстраординарным основанием для отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, к которому суды должны при-

бегать лишь в исключительных случаях при наличии веских оснований [3]. Документом, обобщающим судебную практику по данному вопросу, является Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156.

Ввиду отсутствия информации по судебным делам о банкротстве, осложнённым оговоркой о публичном порядке, приведём пример из общей практики. Таким примером судебного решения по вышеуказанному Информационному письму может служить ситуация, когда суд сослался на оговорку о публичном порядке из-за того, что решением иностранного суда была просужена договорная неустойка, сильно превышающая сумму основного долга. Российский суд указал на то, что неустойка согласно гражданскому законодательству должна носить компенсаторный характер, а не карательный, и, следовательно, решение суда противоречит основам правопорядка Российской Федерации. Рассмотренные дела имеют схожие конструкции, которые могут быть применены при ведении судами дел о банкротстве.

Глава 15 Свода Законов США также прямо предполагает возможность отказа в признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, в случае если это прямо противоречит публичному порядку США. Кроме того, в деле *Loy*, ч. 432 говорится, что при регулировании дел о трансграничной несостоятельности Конгресс должен соблюсти баланс интересов, включая интересы иностранных кредиторов и интересы внутренних кредиторов. Следовательно, в США предусмотрен механизм, защищающий права и интересы отечественных кредиторов. Здесь речь идёт не об императивных мерах государства по защите, а о создании определенных условий, только в случае выполнения которых возможно признание иностранного судебного решения по делу о банкротстве. К таким мерам можно отнести обеспечение уведомления местных кредиторов о возбужденном деле, дополнительный срок для предъявления их требований. Таким образом возникает вопрос, будет ли государственный суд, в котором ведётся дело о банкротстве, предоставлять преференции местным кредиторам в обход своих? Ведь российским законодательством установлен срок для включения в реестр требований кредиторов – 2 месяца с момента публикации сообщения о банкротстве в СМИ. Следовательно, если дело возбуждено в российском суде и арбитражный управляющий обращается в американский суд за содействием, к примеру, при поступлении информации о нахождении имущества на территории США, то ему может быть отказано из-за нарушения прав местных кредиторов, так как у них истёк срок для включения в реестр в государственном суде дела о банкротстве. Имеется точка зрения, что это не является нарушением, кредиторы должны наблюдать за финансовым состоянием своего должника, предвидеть его возможное банкротство и, в случае чего, ходатайствовать о восстановлении срока для включения в реестр. Нам же видится рациональным возложить обязанности по опубликованию сообщений о банкротстве в иностранном государстве на арбитражного управляющего иностранным судом и включить в

ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» исключения для срока включения иностранных кредиторов в реестр кредиторов – с момента публикации в СМИ их государства. Однако в этом случае встаёт проблема о повышенной ответственности арбитражного управляющего, что является темой для отдельного исследования.

В завершение сравнительно-правового анализа норм о банкротстве в двух противоположных правовых системах можно сделать вывод о том, что российское законодательство имеет некоторые существенные пробелы, решение которых можно заимствовать, к примеру, из законодательства США. Принцип взаимности, как основа для признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, должен быть включён в АПК РФ, а в п.6 ч. 1 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» должна произойти замена словосочетания «судебные решения» на «судебные акты». В отношении же оговорки о публичном порядке – возможно также предусмотреть механизм защиты местных кредиторов для процедур, проводимых за рубежом, а также внести изменения в сроки для включения в реестр кредиторов – для возможности реализации взаимодействия государств в сфере трансграничного банкротства юридических лиц.

Список литературы

1. Брукс, С. Трансграничная несостоятельность 2016: обновленное руководство по вопросам трансграничного банкротства / С. Брукс, И. Д. Бёрнберг, Р. Д. Лэнц ; пер. А.Э. Лиджановой // Право и бизнес. Приложение к журналу «Предпринимательское право». – 2016. – № 4. – С. 2–30.
2. Дело Schimmelpenninck – 183 F.3d п. 365. – URL: <https://casetext.com> (дата обращения: 13.03.2020). – Режим доступа: по подписке.
3. Кулинич, Е. А. Трансграничное исполнение судебных решений в России: в плену устоявшихся стереотипов или поступательное движение вперед? // Закон. – 2015. – № 5. – С. 147.
4. Определение Высшего Арбитражного суда от 19.05.2008 №5105/08 по делу № А40-73830/06-25-349. – URL: <https://www.lawmix.ru/vas/91131> (дата обращения: 13.03.2020).
5. Дело Victrix S. S. Co, S. A. v. Salen Dry Cargo A. B. Ч. 714. – URL: <https://casetext.com> (дата обращения: 13.03.2020). – Режим доступа: по подписке.
6. Солдатова, А. Е. Проблемы признания в России судебных актов, вынесенных по делам о трансграничной несостоятельности // Арбитражный и гражданский процесс. – 2016. – № 1. – С. 19–22.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации (Часть третья). от 26.11.2001 № 146-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2001. – № 49. – Ст. 4552.
8. О несостоятельности (банкротстве) : Федеральный закон от 26.10.2002 № 127-ФЗ // Собрание законодательства РФ. – 2002. – № 43. – Ст. 4190.

9. United States Bankruptcy Code. Ed. 2019. – URL: <https://www.usbankruptcycode.org> (дата обращения: 13.03.2020).

10. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 № 156. – URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144311/ (дата обращения: 13.03.2020).

References

1. Brooks S., Burnberg E.J., Lentz R.D. Transgranichnaya nesostoyatel'nost' 2016: obnovennoe rukovodstvo po voprosam transgranichnogo bankrotstva [Cross-Border Insolvency 2016: An Updated Guide to Cross-Border Bankruptcy]. *Pravo i biznes. Prilozhenie k zhurnalu «Predprinimatel'skoe pravo»*, 2016, no. 4, pp. 2–30. (In Russian).

2. *Case Schimmelpenninck – 183 F.3d n. 365*. Available at: <https://casetext.com> (accessed 13 March 2020).

3. Kulinich E.A. Transgranichnoe ispolnenie sudebnykh reshenii v Rossii: v plenu ustoyavshikhsya stereotipov ili postupatel'noe dvizhenie vpered? [Cross-border enforcement of court decisions in Russia: captive of established stereotypes or progressive movement forward?]. *Zakon*, 2015, no. 5, pp. 147.

4. *The act of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated 05.19.2008 No. 5105/08 in the case No. A40-73830/06-25-349*. Available at: <https://www.lawmix.ru/vas/91131> (accessed 13 March 2020). (In Russian).

5. *Case Victrix S.S. Co, S.A. v. Salen Dry Cargo A.B. Part 714*. Available at: <https://casetext.com> (accessed 13 March 2020).

6. Soldatova A. Problemy priznaniya v Rossii sudebnykh aktov, vynesennykh po delam o transgranichnoi nesostoyatel'nosti [Problems of recognition in Russia of judicial acts issued in cross-border insolvency cases]. *Arbitrazhnyi i grazhdanskii protsess*, 2016, no. 1, pp. 19–22.

7. *Civil Code of Russian Federation (part 3) dated 26.11.2001 No. 146-FZ*. Collection of Legislation of the Russian Federation, 2001, no. 49, art. 4552. (In Russian).

8. Federal Law of Russian Federation «On Insolvency (Bankruptcy)» dated 10.26.2002 No. 127-FZ. *Collection of Legislation of the Russian Federation*, 2002, no. 43, art. 4190. (In Russian).

9. *United States Bankruptcy Code*. Available at: www.usbankruptcycode.org (accessed 13 March 2020).

10. *Information letter of the Presidium of the Supreme Arbitration Court of the Russian Federation dated February 26, 2013 No. 156*. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144311/ (accessed 13 March 2020). (In Russian).