

субъективные критерии. Таким образом, при исключении категорий «reasonable», и «substantial» из коллизионных методик, американское коллизионное право станет более определенным и в то же время сохранит свою гибкость. Более того, если данные подходы получают прецедентное толкование, это непременно скажется на теории гибкого регулирования в международном частном праве. Критерий наиболее тесной связи получит более узкое толкование со стороны субъективной оценки элементов правоотношения, это даст своеобразный толчок концепции смешанного правового подхода, позволяющая реализовать принцип наиболее тесной связи посредством учета объективных публичных, социальных, экономических, юридических, территориальных компонентов, служащих ориентиром судьбе при формировании коллизионной презумпции ad hoc.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Лунц Л.А. Курс международного частного права. Учебник. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 2002. – 656 с.
2. Байрамкулов А.К. Толкование договора в российском и иностранном гражданском праве: Дис. ...канд. юрид. наук. М., 2014. С. 82.
3. Шумилов, В. М. Правовая система США : учеб. пособие / В. М. Шумилов; Всерос. акад. внеш. торговли. – М.: Междунар. отношения, 2013. – 406 с.
4. L. Brilmayer, Continuity and Change in the Draft Restatement (Third) of Conflict of Laws: One Step Forward and Two Steps Back? / L. Brilmayer Daniel, B. Listwa. – 22 Oct. – Yale; L. J. F. – 2018.
5. Louisiana Civil Code [Electronic resource]. – Mode of access: <https://law.ustia.com/codes/louisiana/2009/c/c3540.html>.
6. Oregon Revised Statutes [Electronic resource]. – Mode of access: <https://www.oregonlaws.org/ors/455.060>.
7. Texas Business & Commerce Code [Electronic resource]. – Mode of access: <https://law.justia.com/codes/texas/2005/bc/004.00.000035.00.html>.
8. New York General Obligations Law [Electronic resource]. – Mode of access: <http://codes.findlaw.com/ny/general-obligations-law/gob-sect-5-1401.html>.
9. New York General Obligations Law [Electronic resource]. – Mode of access: <http://codes.findlaw.com/ny/general-obligations-law/gob-sect-5-1401.html>.
10. Illinois Compiled Statutes [Electronic resource]. – Mode of access: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/fulltext.asp?DocName=073501050K5-5.105>
11. Silberman L. J. The Transnational Case in Conflict of Laws: Two Suggestions for the New Restatement Third of Conflict of Laws – Judicial Jurisdiction over Foreign Defendants and Party Autonomy in International Contracts [Electronic resource] / Linda J. Silberman, Nathan D. Yaffe // Duke Journal of Comparative and International Law. – 2017. – Vol 27:405. – P. 405 – 460. – Mode of access: http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1593&context=nyu_plltwp.

ОГОВОРКА О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ В ТРАНСГРАНИЧНОМ БАНКРОТСТВЕ

А. Н. Скобей

*Общество с ограниченной ответственностью «Бориус Консалтинг»,
220036, г. Минск, ул. К. Либкнехта, д. 66, офис 205, a.skobej@gmail.com*

Настоящая публикация посвящена применению оговорки о публичном порядке в таком институте международного частного права как трансграничное банкротство. Особый акцент делается на применении оговорки о публичном порядке в делах о признании иностранных процедур банкротства. Так, автором проведён анализ последней судебной практики по данной теме, в частности дела о непризнании Верховным судом Королевства Нидерландов российского банкротства ОАО «НК «ЮКОС» в отношении дочерней нидерландской компании.

Делается вывод о тенденциях применения оговорки о публичном порядке в международном банкротном праве.

Ключевые слова: международный гражданский процесс; трансграничное банкротство; оговорка о публичном порядке.

PUBLIC POLICY CLAUSE IN CROSS-BORDER BANKRUPTCY

A. N. Skabei

*Limited liability company Borius Consulting,
st. K. Liebknecht, 66, office 205, 220036, Minsk, Belarus,*

This publication is devoted to the application of the public policy clause in an institution of private international law such as cross-border bankruptcy. Particular emphasis is placed on the application of the public policy clause in cases of recognition of foreign bankruptcy proceedings. Thus, the author analyzed the latest judicial practice on this topic, in particular, the case of the Supreme Court of the Kingdom of the Netherlands not recognizing the Russian bankruptcy of NK Yukos OJSC in relation to a subsidiary of the Netherlands. The conclusion is drawn about the trends in the application of the public policy clause in international bankruptcy law.

Key words: international civil process, cross-border bankruptcy, public policy clause.

Правовая категория «публичный порядок» призвана объединить фундаментальные правовые принципы, основополагающие представления о справедливости и морали, а также основные законоположения, имеющие общеобязательный характер в силу их исключительной значимости для общества и государства в целом. В сфере Международного частного права оговорка о публичном порядке представляет собой основание для отказа в применении иностранной нормы права или в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда [1, С. 314].

В сфере трансграничного банкротства оговорка о публичном порядке находит многосторонне применение, так как трансграничное банкротство включает как вопросы применения иностранного банкротного права, так и вопросы признания решений иностранных судов по делам о банкротстве.

Важность оговорки о публичном порядке подтверждается тем фактом, что данной категории отводится значительное внимание в документах ЮНСИТРАЛ, посвященных трансграничному банкротству. Так, ст. 7 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (далее – Типовой закон) допускает делать исключение из применения данного закона, если «соответствующая мера будет явно противоречить публичному порядку настоящего государства» [2].

Многие государства, принимая Типовой закон ЮНСИТРАЛ, регламентируют применение оговорки о публичном порядке. Тут следует упомянуть отчет Комитета по банкротному праву Индии, представленный в октябре 2018 г. после публичного обсуждения проекта Министерства по делам компаний. В отчете этого Комитета было рекомендовано принять положения Типового закона, сохранить принцип взаимности при признании иностранных решений, а также предусмотреть возможность применения оговорки о публичном порядке в том виде, в каком она предусмотрена Типовым законом. Центральный аппарат Трибунала по вопросам компаний при этом получает главенствующую роль в сфере разрешения вопросов трансграничного банкротства и будет уполномочен давать оценку возможности применения оговорки о публичном порядке [3].

Содержание оговорки о публичном порядке определяется международными документами и национальными законодательствами по-разному. Так, по мнению В.В. Яркова, «ведь сама юридическая конструкция «противоречие публичному

порядку Российской Федерации» носит оценочный характер, позволяя ее толковать по-разному в различных ситуациях» [4].

При этом, разрешая вопрос о необходимости воспользоваться защитой механизма публичного порядка правоприменительный орган должен исходить не из противоречия содержания иностранной нормы основополагающим принципам права страны суда (*lex fori*), а из неприемлемости для страны суда последствий применения иностранной нормы.

Так, может оказаться, что ликвидация должника по итогам российской процедуры банкротства вовсе не означает, что решение иностранного суда не может быть признано. В связи с тем, что ОАО «АБ «Инкомбанк» ликвидировано в процессе банкротства, решение иностранного суда, которое невозможно исполнить, не может противоречить публичному порядку Российской Федерации. Исходя из изложенного, ФАС Московского округа самостоятельно признал иностранное арбитражное решение о взыскании денежных средств с ОАО «АБ «Инкомбанк» в пользу «Индосуэз Интернэшнл Файнэнс Б.В.». То есть иностранный кредитор вступил в правоотношение банкротства, которое является прекращённым [5].

Особое практическое значение применительно к трансграничному банкротству оговорка о публичном порядке имеет в делах о признании иностранных судебных решений о банкротстве. Порой от признания или непризнания данных решений зависит судьба находящегося в иностранных государствах имущества должника, дочерних и зависимых юридических лиц. Применение оговорки о публичном порядке в данных делах может повлечь значительные изменения объёма конкурсной массы либо нивелировать последствия уже завершённого банкротства.

Так, Верховный суд Нидерландов 18 января 2019 года отказался признавать решение Арбитражного суда города Москвы о банкротстве ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» (далее - ЮКОС). Компетенция нидерландского суда была основана на том факте, что ЮКОС являлся собственником нидерландской компании, которой в свою очередь принадлежали многие активы на территории Европейского союза. Разбирательство по делу банкротства ЮКОС имело в нидерландских судах давнюю историю, однако только Верховный суд поставил точку в данном деле: решение российского суда не признается на основании противоречия публичному порядку Королевства Нидерландов [6].

Данное дело известно как минимум по двум причинам. Первая причина связана с развитием законодательства Нидерландов в области признания иностранных банкротств, возбужденных за пределами Европейского союза (далее - ЕС). Очевидно, что ранее существовавшая доктрина территориальности (ограничение территориального эффекта иностранных банкротств) уступила место универсальности (признанию экстерриториального эффекта иностранных банкротств) в практике нидерландских судов.

Второе относится непосредственно к применению оговорки о публичном порядке. Термин «публичный порядок» представляется несколько открытой, абстрактной нормой. Эта правовая норма должна быть выведена из национального права признающего государства, и, следовательно, данное понятие не обязательно имеет единообразное значение. Однако надлежащее отправление правосудия с достаточными гарантиями, на которое ссылается Верховный суд Нидерландов, соответствует формулировкам, содержащимся в Типовом законе.

Так, в деле Eurofood IFSC Ltd. 25 Европейский суд подчеркнул, что государство может отказать в признании производства по делу о банкротстве, если решение об открытии производства было принято с грубым нарушением основополагающего «права быть выслушанным». В контексте производства по делу о банкротстве право кредиторов или их представителей на участие в соответствии с принципом «равенства сторон» также имеет особое значение.

Основания для непризнания иностранных процедур банкротства должны быть сведены к необходимому минимуму согласно п. 65 Регламента ЕС №2015/848 от 20 мая 2015 года (далее – Регламент ЕС) [7]. Однако такие основания могут быть обусловлены грубыми нарушениями процессуальных или материальных принципов публичного порядка признающего государства.

Различия в процедурах банкротства или кажущаяся неправильность решения о банкротстве иностранного государства сами по себе не оправдывают вывод о том, что признание такого решения или процедуры, а также обеспечение их исполнения нарушило бы публичный порядок Нидерландов.

Одним из наиболее важных процессуальных прав является «право быть выслушанным» и иметь реальную возможность представлять доказательства и оспаривать аргументы противной стороны («равенство сторон»). Так, генеральный прокурор Нидерландов в Верховном суде указал в своем заключении, предшествующем рассматриваемому решению, что принцип «равенства сторон» также применим в вопросах законодательства о банкротстве.

Тот факт, что процедуры банкротства часто бывают быстрыми и могут быть мало регламентированными, не меняет данного факта. Тем не менее, поскольку применение оговорки о публичном порядке всегда является конкретным прецедентом, можно представить ситуации, которые требуют срочной реакции и мер со стороны суда или управляющих в деле о банкротстве.

Например, безотлагательность мер по сохранению имущества может оправдать отход от строгого применения «права быть выслушанным» при условии наличия достаточных гарантий (например, затронутая сторона будет иметь возможность оспорить принятую меру в короткие сроки). Исключение из публичного порядка также может быть вызвано отсутствием независимости и беспристрастности со стороны суда, а также коррупцией или мошенничеством, возникающими в ходе производства по делу о банкротстве.

Среди основных прав большую роль играет право на частную собственность. В деле ЮКОС Европейский суд по правам человека (далее - ЕСПЧ) установил нарушение права на собственность в связи с тем, как в России проводилось исполнительное производство. Несмотря на то, что ЕСПЧ не является частью системы институтов ЕС, все государства-члены ЕС являются договаривающимися сторонами Европейской конвенции о правах человека и связаны ее толкованием, данным ЕСПЧ.

Фундаментальный характер прав, гарантированных ЕСПЧ, делает его особенно актуальным для определения сущности и объема публичного порядка. Это было подтверждено нидерландскими судами по делу ЮКОСа. Отсутствие предсказуемости и предсказуемости норм банкротного законодательства в сочетании с их несправедливым применением также привело к нарушению права на собственность в случае Бояджиевой (*Boyadzhieva and Gloria International Limited EOOD versus Bulgaria*).

В последнем случае ЕСПЧ постановил, что широкие возможности признания недействительными обычных ежедневных финансовых операций в отсутствие недобросовестности или ущерба для прав кредиторов представляют собой серьезное препятствие для осуществления права на частную собственность и не предлагают справедливого подхода.

Каковы последствия или практические последствия нарушения публичного порядка? Как Регламент ЕС, так и Типовой закон предусматривают, что в таком случае запрашиваемое государство может отказать в признании иностранного производства по делу о несостоятельности. Однако приобретатель акций дочерней нидерландской компании, принадлежащей ЮКОС, выдвинул аргумент о том, что применение оговорки о публичном порядке не может затронуть сделку по купле-

продаже акций, так как эти юридические факты не связаны. Верховный суд Нидерландов отверг этот аргумент, указав, что при непризнании решения иностранного суда незаконными становятся и все юридически значимые действия, совершенные на территории Нидерландов в его исполнение.

В заключении нужно указать на то, что проблема применения оговорки о публичном порядке в трансграничных банкротствах не теряет своей актуальности. Во-первых, потому, что судебная практика по таким делам не носит массовый характер, а значит сложно говорить о какой-то окончательно сложившейся правоприменительной концепции. Во-вторых, потому, что не существует доктринально оформленного критерия применения оговорки о публичном порядке, что сохраняет фактор субъективности и широкое поле для судебного усмотрения. В то же время, сам факт закрепления возможности применения оговорки о публичном порядке в таких авторитетных источниках регулирования трансграничного банкротства как Типовой закон и Регламент ЕС, говорит о необходимости продолжать развивать правовое регулирование и научное исследование данного вопроса.

Последняя судебная практика в рамках ЕС утверждает зависимость применения оговорки о публичном порядке от фактора соблюдения при вынесении решения, признание которого испрашивается, фундаментальных прав человека, закрепленных международными договорами. При этом решения ЕСПЧ могут служить доказательством отсутствия гарантий прав человека в соответствующем деле для государств, признающих юрисдикцию ЕСПЧ.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЕ ССЫЛКИ

1. Международное частное право: учебник: в 2 т. / А.И. Абдуллин, Н.М. Артемьева, Д.В. Афанасьев и др.; под ред. С.Н. Лебедева, Е.В. Кабатовой. М.: Статут, 2011. Т. 1: Общая часть.

2. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики [Электронный ресурс] // ЮНСИТРАЛ. – Нью-Йорк, 2014. – Режим доступа: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/ru/judicial-perspective-2013-r.pdf>. – Дата доступа: 19.10.2019.

3. Report of Insolvency Law Committee on Cross Border Insolvency [Electronic resource] // Ministry of Corporate Affairs Government of India. – 2018. – October. – Mode of access: http://www.mca.gov.in/Ministry/pdf/CrossBorderInsolvencyReport_22102018.pdf. – Date of access: 08.05.2019.

4. Ярков В.В. Производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений (краткий комментарий к главе 31 АПК) // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. №5.

5. Постановление ФАС Московского от 22.09.2005г., 15.09.2005г. N КГ-А40/8723-05-П)» [Электронный ресурс] // КонсультантПлюс. Россия / ЗАО «Консультант Плюс». – М., 2019.

6. Wessels B., Kokorin I. Insolvency of Yukos and Public Policy in International Insolvency Cases [Electronic resource] / B. Wessels, I. Kokorin // International Corporate Rescue. – 2019. – P. 229-234.

7. Regulation (EU) 2015/848 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on insolvency proceedings (recast) [Electronic resource] // eur-lex.europa.eu. – Mode of access: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R0848&from=en>. – Date of access: 19.09.2019.