Л.П. Ануфриева

Международное частное право

Трансграничные банкротства
Международный коммерческий арбитраж
Международный гражданский процесс

Том 3

Учебник



Москва
Издательство БЕК, 2001

Раздел восьмой.
Трансграничные банкротства в международном частном праве

Глава 31. Трансграничные банкротства как институт международного частного права

Литература: *Ладыжевский А.М.* Теория национальности юридического лица в международном частном праве // Советский ежегодник международного права 1964—1965. М., 1966; *Корецкий В.И.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права //Избранные труды. Том 2. Часть I. Международное частное право. Киев, 1989. С. 4—125; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 82—117; *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 41—73; *Лордкипанидзе А.Г.* Гарантии платежеспособности по законодательству Англии и Франции // Законодательство зарубежных стран. Обзорная информация ВНИИСЗ. Вып. 162. М., 1979; *Кулагин М.И.* Государственный монополистический капитализм и юридическое лицо. М., 1987; Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Под ред. *Е.А. Васильева*, М., 1993. С.440—470; Торговый кодекс Японии. М., 1993; *Шершеневич Г. Ф.* Учебник торгового права (по изданию 1914 года). М., 1994; Сборник договоров об оказании правовой помощи. М., 1996; Кодекс Бустаманте // Международное частное право. Сборник документов. Сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М., 1997. С. 3—40; Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный комментарий). М., 1998; *Степанов В.В.* Проблемы трансграничной несостоятельности // Московский журнал международного права. 1998, № 3. С.114—136; *Он же.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999; *Весенева Н.* Некоторые вопросы рассмотрения дел о банкротстве // Хозяйство и право. 1999, №№ 1—2; *Колиниченко Е.А.* Признаки банкротства в Великобритании, США, Германии, Франции и России (сравнительный анализ) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000, № 8. С.102—111; *Колиниченко Е.А.* Защита должника при несостоятельности (банкротстве) в Великобритании, США, Германии, Франции и России (сравнительный анализ)// Там же, № 9. С.114—124; *Koppenol-Laforce M. et als.* International contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law. L., 1996. Pp. 186—192; *Hiroshi Oda.* Basic Japanese Laws. Oxford, 1997; *Epstein D.J., Nickles S.H., White J.J.*, Bankruptcy. St.—Paul, 1993; *Wood P.R.* Principles of International Insolvency. L., 1995; *Martin J.*—F. Redressement et Liquidation judiciaires, Faillite personnelle — Banqueroute. P., 1996.

§ 1. Понятие трансграничной несостоятельности

Неспособность лица погасить свои долговые обязательства, подтвержденная, в частности, судом, именуется в частно-правовых отношениях *несостоятельностью*. В ряде случаев имеет место смешение несостоятельности и банкротства. Между тем банкротство есть, что немаловажно, одно из проявлений и юридических последствий несостоятельности. П.У. Редмонд и Р.Дж. Лоусон в разделе «Банкротство» многократно издававшегося труда, посвященного торговому праву, подчеркивают, что в случаях, когда лицо несостоятельно (т.е. не способно оплатить свои долги в должном объеме и в надлежащий срок), то либо оно само либо его кредиторы могут ходатайствовать перед судом об установлении управления над его имуществом и распределении последнего среди кредиторов. Подобная процедура именуется банкротством и регулируется законодательством о несостоятельности.[1] В свое время банкротство рассматривалось как уголовно наказуемое деяние, представляющее собой угрозу для общества. С развитием производственных и торгово-экономических капиталистических отношений акцент с уголовно-правовых сторон этого явления был перемещен обществом в пользу задач локализации и минимизации вреда для участников и стабильности рынка, а также неблагоприятных последствий несостоятельности для самого должника. В обычных условиях «несостоятельность влечет за собой открытие конкурсного процесса, т.е. особого тщательно регламентированного порядка распределения имуществ несостоятельного должника между его кредиторами»[2].

В реальной жизни с явлением трансграничной несостоятельности может столкнуться на уровне бытовых ситуаций каждый.

> В 1993 г. несколько граждан различных государств решили купить у туроператоров «МП Трэвел Лайн Интернэшнл Гмбх» и « Флорида Трэвел Сэрвис» зарубежные пакетные туры, в стоимость которых входило само путешествие и размещение в гостиницах. Однако в результате непредвиденных банкротств этих фирм одни из путешественников не смогли уехать из своих стран, а другие вынуждены были вернуться из отпуска за счет собственных средств. Из-за банкротства указанных юридических лиц никто из оплативших туры на момент окончания состоявшихся или запланированных поездок не смог вернуть деньги за услуги, которыми они не воспользовались. Если предположить, что данные лица заявляют свои требования на этапе рассмотрения в компетентном суде вопроса о несостоятель-

---

[1] См.: *P.W.D. Redmond, R.G. Lawson.* Mercantile Law. Suffolk, 1979. P. 261.

[2] *Кулагин М.И.* Государственный монополистический капитализм и юридическое лицо. М., 1987. С. 166.

ности упомянутых туристических фирм, можно констатировать их участие в трансграничных процедурах банкротства.

В последние десятилетия, как замечают исследователи этих проблем, в правовом регулировании института несостоятельности в развитых странах Запада появился ряд новых черт, к которым относится прежде всего «смягчение» санкций в законодательстве, позволяющих лицу, испытывающему финансовые трудности, избежать окончательного краха и заключить либо мировое соглашение, либо получить отсрочку платежей или, при наличии ряда условий, даже прощение долгов. Например, в силу ст. 7 Закона Новой Зеландии о несостоятельности 1967 г. должник по истечении трех лет с момента объявления его несостоятельным автоматически освобождается от ответственности за свои обязательства. Согласно же праву США, Англии, Японии должник может на любой стадии конкурсного процесса обратиться в суд с ходатайством об освобождении его от всех или части обременяющих обязательств. Суд вправе либо удовлетворить такую просьбу, либо отказать в целом или в части, а также определить условия, при которых может иметь место такое освобождение.

Концентрация и интернационализация производства, обращения и размещения капиталов во всемирном масштабе породила такое явление, как трансграничная, или международная, несостоятельность. Проблема трансграничной несостоятельности до недавнего времени вообще не была предметом рассмотрения в науке международного частного права, особенно отечественной. Однако развитие хозяйственного взаимодействия субъектов гражданского оборота, теперь уже весьма стабильно вышедшего за рамки национальной экономики отдельных государств, в ходе которого происходит не только образование крупнейших промышленно-торговых гигантов, но порою и их финансовый крах[1], заставило правоведов — сна-

[1] Термин «банкротство» произошел от итальянских слов «banca» — скамья, стол и «rotta» — сломанный, разбитый. В словаре Брокгауза и Ефрона данное понятие определяется так: это — «юридический термин торгового права, означающий неоплатность лица, производящего торговлю, происшедшую от его вины». Банкротство есть такое состояние должника, когда он не удовлетворяет предъявленных к нему обязательственных требований (Указ. соч. СПб., 1891. Т. 5. С. 6). Представляет интерес сравнение приведенного определения с дефиницией банкротства, закрепленной в действующем акте российского права — Федеральном законе о несостоятельности (банкротстве) 1998 г.: «Несостоятельность (банкротство) — признанная арбитражным судом или объявленная должником неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей (далее банкротство)» (ст. 2).

чала западных, а затем и российских — обратить на нее внимание как на актуальное явление юридического порядка, характеризующееся необычайно важными правовыми последствиями. События, связанные с разразившимся после 17 августа 1998 г. банковско-финансовым кризисом в Российской Федерации еще раз со всей очевидностью подтвердили данный взгляд.

Несмотря на то, что в науке и практике международного частного права развитых стран нет единства по поводу отнесения трансграничной несостоятельности к МЧП как отрасли объективного права, в результате чего в Германии, Англии и Франции, например, считается, что это сфера МЧП, в Нидерландах — нет (см. об этом в главе 4 «Общей части»), а в российских курсах международного частного права об этом вовсе не упоминается, — можно полагать, что в самом ближайшем будущем ей будет отведено надлежащее место и в пределах позитивного права МЧП, включая и российское, и в рамках науки, поскольку данный феномен объективно приобретает значение реально существующей проблемы, а следовательно, требует теоретического осмысления и формулирования решений, которые учитывали бы не только их эффект для национальной юрисдикции, но и международные последствия юридического характера.

Следует признать, что с учетом достаточно явно выраженной специфики отношений, возникающих в связи и в процессе трансграничной несостоятельности, действительно весьма затруднительно определить ее место как в рамках существующей разбивки на отрасли права, так и конкретно в системе международного частного права: является ли данная сфера узкой частью какого-то определенного, уже существующего раздела, например института «лиц» в МЧП (прежде всего, юридических) и именно их правового статуса, или обязательственных правоотношений, вещных прав (собственности)[1], наконец, «международного гражданского процесса», или она образует самостоятельный, весьма специфический инсти-

[1] В правовой литературе и мировой практике регулирования отношений в данной сфере очень хорошо известен главный принцип конкурсного производства, основанный на особой разновидности (аналоге) вещного права кредиторов, пришедший в континентальную правовую систему из римского права, статутов итальянских торговых городов, оттуда перешедшего в Голландию и Францию и т.д. Это право, по свидетельству русских ученых (М.И. Брун), близко примыкает к залоговому, но также и сопутствует денежному требованию. По мнению немецких ученых конца XIX в., оно отождествлялось с залоговым. В противоположность этому в истории существовал и другой принцип — полной инициативы суда, когда

тут международного частного права, в котором соединяются и материально-правовые, и процессуальные элементы, объединенные самой сутью отношений — выходом их за рамки одной государственной юрисдикции и вытекающей из этого юридической их связью с правопорядками различных государств?

Органичное переплетение указанных элементов — реальная черта рассматриваемых отношений, определяющая их специфику. В частности, признаки, положенные в основу установления факта несостоятельности (банкротства), есть объект регулирования гражданским (торговым) правом соответствующих стран, т. е. категория материально-правовая. В этом плане нельзя умолчать о квалификациях конкурсного производства, производимых виднейшими авторитетами в области права царской России. Так, Г.Ф. Шершеневич характеризовал конкурсное право как раздел *гражданского права,* имеющий своим назначением служить основной цели конкурса — равномерности распределения ценности».[1] Круг подлежащих учету требований кредиторов, сам перечень таких лиц и их очередность — это, в свою очередь, проблемы, также решаемые на основании действия материально-правовых норм. В рамках поиска ответов на данные вопросы зачастую приходится сталкиваться с конфликтами законов и преодолевать их с помощью традиционных методов разрешения коллизий, свойственных международному частному праву. Вместе с тем установление внешнего наблюдения, «официального управления», назначение администратора («экзаменатора» — examiner (ам.), судьи-комиссара — juge-commissaire (фр.), «официального», т.е. судебного, управляющего — official receiver, administrator (англ.) и т.д.), приведение в движение конкурсного производства и, наконец, разграничение компетенции национальных и иностранных судебных учреждений при разрешении дел, связанных с международной несостоятельностью, суть бесспорно процессуальные составляющие. Нельзя не отметить и «комбиниро-

последний забирал все имущество должника, превращал его в деньги и распределял их между кредиторами, действуя в силу своей публичной власти. Данный порядок был выработан в средние века на основе идеи, что должник — ослушник государственной власти, и применялся вначале главным образом в Испании, затем, благодаря сочинению Сальгадо де Самоза «Лабиринт кредиторов», в XVII в. укоренился в Германии и во всей Европе. В XIX столетии вновь произошло возвращение к принципу самодеятельности кредиторов и их вещных прав (см.: Брокгауз и Ефронъ. Энциклопедический словарь. СПб., 1895. Т. 31. С. 4—5).

[1] *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсное право. Казань, 1898. С. 78.

ванные» признаки в специфике анализируемых отношений, к которым относится, например, судебная ликвидация должника в случае его неплатежеспособности, в рамках чего постановка вопроса о ликвидации в судебном порядке опирается на наличие и соответствие конкретных фактических обстоятельств определенным материально-правовым требованиям. Так, по законодательству США судебная (принудительная) ликвидация осуществляется по заявлению кредиторов, если должник вообще не платит по своим текущим обязательствам, а также если в течение 120 дней, предшествующих подаче заявления, над всеми либо почти всеми активами должника был назначен опекун, либо если заключенное им полюбовное урегулирование (мировое соглашение) с кредиторами не увенчалось успехом. Во Франции, например, по Закону № 85—98 не только судебная процедура ликвидации, но и наблюдение в отношении, скажем, сельскохозяйственных предприятии устанавливаются только при условии предварительного заключения мирового соглашения. Последнее же, как известно, является категорией материально-правовой.

Все вышеуказанное весьма отчетливо присутствует в данном правовом явлении, поэтому и нет никаких сомнений в том, что фактическая связанность трансграничных банкротств со всеми перечисленными категориями, безусловно должна приниматься во внимание при квалификации. Однако именно это и делает невозможным установление того, какой ее фрагмент «перевешивает» и, таким образом, определение искомого места в рамках той или иной названной совокупности норм. В свете сказанного явление трансграничной несостоятельности (банкротства) в международном частном праве рассматривается в данной работе как самостоятельный его институт, обладающий материально-правовыми и процессуальными характеристиками (институт «особого рода» — sui generis) и из этих, а также сугубо технических соображений освещается в настоящем томе, посвященном, кроме того, проблемам международного коммерческою арбитража и международного гражданского процесса.

В каких случаях мы говорим о «трансграничных банкротствах»?[1]. В масштабе одного государства обычно, если какое-либо лицо не в состоянии платить по своим обязательствам и его кредиторы об-

[1] Необходимо обратить внимание на терминологию. В юридической литературе разных стран в равной степени используется и понятие «банкротство», и термин «несостоятельность». В правовом регулировании данных отношений в царской Рос-

ращаются в судебные инстанции с иском об объявлении его несостоятельным, либо если само лицо добровольно объявляет о своем роспуске по причине неплатежеспособности, и тогда также включаются процессуальные механизмы подтверждения этого, речь идет о его банкротстве. При этом вступает в силу утвержденная национально-правовыми нормами коллективная процедура удовлетворения требований кредиторов в рамках объявления несостоятельности, имеющая целью обезопасить общественные интересы всех лиц: как тех, кто уже являются кредиторами данного лица, так и иных, которым могли угрожать действия со стороны такого неплатежеспособного образования в будущем, если факт его неплатежеспособности был бы оставлен без внимания. Как правило, все кредиторы предъявляют свои притязания по отношению в должнику, и назначенное официальное лицо (судебный управляющий, административный управляющий, внешний управляющий — в разных странах оно может именоваться по-разному) — должно контролировать равное отношение ко всем кредиторам. В большинстве случаев, однако, шанс получить удовлетворение своих требований имеют лишь только некоторые категории кредиторов — так называемые «гарантированные» кредиторы. К ним относятся прежде всего на-

---

сии существовал Устав о несостоятельности, Закон от 22 мая 1884 г. «О порядке прекращения действия частных и общественных установлений краткосрочного кредита», Закон от 6 мая 1894 г. «О закрытии акционерных страховых обществ вследствие несостоятельности» и др. В нынешней России закреплен подход к данному вопросу на основе уравнивания терминов «банкротство» и «несостоятельность»: в Федеральном законе 1998 г., как видно из самого его названия, категория «несостоятельность» как бы уточняется тем, что стоит в скобках, — «банкротство». В американском праве в наименовании основного акта, посвященного рассматриваемому виду отношений, используется термин «банкротство» (US Bankruptcy Code, 1978), в Англии и Северной Ирландии — несостоятельность (Insolvency Act, 1986 и Insolvency (Northern Ireland) Order, 1989) в Германии — также несостоятельность (Insolvenzordnung); во Франции как Торговый кодекс 1807 г., так и специальный закон № 85—98 от 25 января 1985 г. оперируют терминами «несостоятельность» и «банкротство» (в частности, Книга третья ФТК так и называется: «О несостоятельности и судебных урегулированиях, о реабилитации и банкротствах и о других нарушениях в области несостоятельности»). Следует в этой связи упомянуть также и о том, что во Франции имеет место еще одно разграничение: несостоятельности гражданской (faillite, déconfiture civile) и торговой (banqueroute: banqueroute simple — простое банкротство, banqueroute frauduleuse — злостное, мошенническое банкротство, что в свою очередь было заимствовано правом Российской империи, в котором присутствовала торговая и неторговая несостоятельность, а также «несчастная несостоятельность» и «злонамеренное банкротство»).

логовые органы, работники по трудовому найму, залогодержатели, владельцы обеспеченных (гарантированных государством или иным образом) ценных бумаг и т.д. Формирование групп кредиторов, могущих претендовать на первоочередное удовлетворение своих претензий, осуществляется аналогично приведенному перечню практически во всех странах.

Несостоятельность и банкротства, в которых участвуют иностранные кредиторы, либо если имущество несостоятельного лица, на которое обращается взыскание кредиторов, находится в нескольких государствах, позволяют квалифицировать эти категории и связанные с ними проблемы как относящиеся к международному частному праву.

Кстати, именно в явлении несостоятельности явственно вырисовывается специфика объекта регулирования и собственно система норм МЧП. То или иное лицо может отвечать признакам несостоятельности, определенным законодательством конкретного государства, и тогда разрешение проблемы не выходит за рамки последнего. Но как только начинает *проявлять себя юридическая связь* рассматриваемого отношения с другими правопорядками — в силу того, что долговые обязательства возникли на основе норм другого государства либо что право собственности на имущество несостоятельного лица, на которое обращается взыскание, определяется правоположениями третьего государства, либо само требование о платеже заявляется на основе правопорядка некоего иного государства, или кредитор является иностранцем и т.д., — речь идет о притязании на регулирование отношения нескольких правовых систем, т.е. необходимы средства международного частного права. И даже если все иностранцы подают свои требования в национальный суд данного государства, имущество конкретного лица сосредоточено в одной, именно этой, стране, а дело о несостоятельности решается на основе lex fori, — взятое в качестве примера отношение будет отношением, подпадающим под действие МЧП в силу ранее отмеченных факторов.

В данной связи следует указать на то, что в новейших отечественных публикациях оперируют понятием «трансграничная несостоятельность» без особого анализа его этимологии. В частности, В.В. Степанов пишет: «Объективным фактором рыночной модели развития является то, что некоторые из вышеперечисленных субъектов, в том числе транснациональные корпорации и банки, становятся неплатежеспособными (ситуация, называемая «трансграничной несос-

тоятельностью»)[1]. В зарубежной правовой литературе обозначение рассматриваемого явления отличается разнообразием: используются выражения «трансграничные банкротства, неплатежеспособность», «международное банкротство», «международная несостоятельность». Выше было показано принципиальное отличие содержания терминов «несостоятельность» и «банкротство» во внутригосударственном аспекте, поэтому в данном случае «несущей конструкцией» в рассматриваемом явлении выступает другая составляющая — «международный», или «трансграничный».

Как бы там ни было, следует подчеркнуть присутствие во всех подобных терминах признака, позволяющего отграничивать «внутреннюю» несостоятельность, т.е. те отношения, которые лежат в плоскости действия отечественного права какой-либо одной страны, от отношений, либо изначально порожденных (например, в случае банкротства юридического лица, образованного иностранными учредителями), либо имеющих в качестве юридических последствий банкротства «привязку» к международному хозяйственному обороту — к примеру, в ситуации, когда «гомогенное» юридическое лицо, т.е. созданное как отечественное с участием исключительно национального капитала, передало в заклад иностранному залогодержателю имущество в качестве обеспечения обязательства по внешнеторговой сделке, объявляется банкротом, либо если данное юридическое лицо имеет за границей недвижимость, например здание, в котором помещается его представительство в этой конкретной стране за рубежом.

Несмотря на то, что у понятий, обозначаемых выражениями «трансграничное банкротство» или «трансграничная несостоятельность», в смысловом отношении нет преимуществ перед категориями, именуемыми «международные банкротства», «международная несостоятельность», в юридической литературе, кажется, больше укоренилось первое обозначение — «трансграничное», «трансграничная» (банкротство и несостоятельность), которые в этой главе и будут использоваться без углубления в детали юридического содержания, истоки и эволюцию термина. Тем не менее, формулируя суть явления, в данном случае, как и во всех других ситуациях, подпадающих под сферу действия МЧП, следует подчеркнуть: *отношение должно характеризоваться проявлением юридической связи с правопорядками различных государств.*

---

[1] *Степанов В.В.* Проблемы трансграничной несостоятельности //Московский журнал международного права. 1998. №3. С. 115.

При этом особо отметим, что указанные выше термины выступают скорее явлением доктринального, чем легального порядка, поскольку в нормативном материале располагающих соответствующим законодательством государств не произошло закрепления ни того, ни другого. Так, английский закон о несостоятельности 1986 г. ни в одном из своих положений не оперирует такими категориями. Аналогично этому и российский Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» 1998 г. не содержит подобных понятий, указывая лишь в пп. 6 и 7 ст. 1 на то, что к отношениям с участием иностранных лиц в качестве кредиторов применяются положения закона, если иное не предусмотрено международным договором РФ, и что решения иностранных судов по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ в соответствии с ее международными договорами либо на началах взаимности при условии непротиворечия указанного признания федеральному законодательству. Таким образом, отечественное право, если имплицитно и подразумевает такое явление, как выход за рамки внутригосударственных (внутрихозяйственных) отношений по несостоятельности и банкротству, регулируемых названным актом, то имеет в виду лишь участие в делах о несостоятельности или банкротстве иностранных кредиторов, но не какие-либо иные факторы (нахождение имущества российского должника за границей, возникновение обеспечительных средств в силу постановлений иностранных законов и актов судебных или других учреждений и т.д.).

С другой стороны, как было показано, и в теории не всегда присутствует всестороннее осмысление понятия «трансграничной несостоятельности» (банкротства). Стоит отметить в этой связи, что в современных научных публикациях, посвященных рассматриваемой категории, проблема трансграничной несостоятельности иногда сводится вообще к несостоятельности транснациональных компаний, корпораций и т.д.[1]

---

[1] Так, В.В. Степанов вслед за английским автором Т. Пауэрсом пишет: «Уже сейчас транснациональные корпорации играют существенную роль на мировой экономической сцене. И, судя по всему, зависимость экономической системы от финансового состояния транснациональных корпораций будет возрастать». См.: *Степанов В.В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии М., 1999. С. 171; *Powers T.* Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law // The Model International Insolvency CO—operation Act. A Twenty-Fitst Century Proposal for International Insolvency Cooperation. Oxford, 1994. P. 687.

Коллизии и национально-правовое регулирование трансграничной несостоятельности. В рамках этой проблемы, как и многих других, относящихся к международному частному праву, приходится сталкиваться с весьма серьезными различиями в национально-правовых решениях, касающихся некоторых деталей или достаточно крупных компонентов. Так, например, правовые системы по-разному относятся к санации (в некоторых странах именуемой «реабилитацией») несостоятельных юридических лиц, защите интересов кредиторов, определению прав управляющих и в целом к задачам правового регулирования общественных отношений, возникающих в рамках банкротств.

Обращают на себя внимание высказывания, например, представителей российских юридических лиц, либо уже объявленных банкротами, либо стоящих на пороге этого, которые, критикуя политику Банка России и действующее отечественное законодательство, указывают на то, что в странах Запада якобы принципиально иная, чем в РФ, универсальная система, направленная на поддержку попавшего в трудное финансовое положение субъекта гражданского оборота, которая имеет своим ядром реорганизационные или санационные меры, в противовес прекращению его существования как хозяйственной единицы, что выступает непременной конечной целью при объявлении банкротства в нашей стране. В частности, именно в таком духе высказался в июне 1999 г. в телевизионной программе Общественного российского телевидения (ОРТ) «Доброе утро» представитель «Инкомбанка». Это свидетельствует о незнании российскими деловыми кругами соответствующей практики в ведущих капиталистических странах. В действительности же, как будет показано далее, положение в рассматриваемой области в этих государствах далеко не однородное и тем более не тождественное.

Так, интересы кредиторов наиболее отчетливо защищает английская система действующего в этой стране права, даже при том, что Законом о несостоятельности 1986 г. предусматриваются процедуры управления. Целями осуществления процедур банкротства, как об этом пишут английские авторы,[1] является обеспечение справедливого и равного распределения активов между кредиторами, освобождение должника от его обязательств в той мере, в какой это признано судом, а также исследование причин несостоятельности, с тем, чтобы удержать субъекты хозяйствования от опрометчивого

[1] *См.: P.W.D. Redmond, R.G. Lawson.* Mercantile Law. Suffolk, 1979. P. 261.

принятия на себя обязательств, которые они не в состоянии оплатить и тем самым предупредить рискованный бизнес.

Ведущей тенденцией правового регулирования несостоятельности в Германии со времен введения Конкурсного устава 1877 г. (в ред. 1898 г. и последующих годов), что подтверждается и Законом 1935 г. о мировых сделках, выступает стремление к учреждению реабилитационных процедур, имеющих целью восстановление платежеспособности. Американская правовая доктрина, законодательство и практика по сравнению с английской моделью менее либеральна к кредитору и сочетает защиту интересов должника с санационными целями. Во Франции в качестве главной задачи преследуется оздоровление предприятий, хотя бы и в ущерб кредиторам.

Вот лишь несколько нормативных подтверждений вышеуказанному. Еще английский акт 1705 г. позволял «добросовестным» должникам, оказавшимся в состоянии неплатежеспособности, освобождаться от обязательств. Затем и американский закон 1898 г., измененный в 1978 г., санкционировал избавление при определенных условиях несостоятельного должника от своих обязательств. Статья 169 французского закона от 25 января 1985 г. предусматривает, что прекращение судебных ликвидационных процедур за недостаточностью активов не позволяет кредиторам предъявлять их индивидуальные иски к должнику в покрытие долга. Законодатель ФРГ ввел в ее новый закон о несостоятельности 1994 года (ст. 286 и сл.) возможность для «добросовестного» несостоятельного должника воспользоваться освобождением от «оставшихся долговых обязательств» при соблюдении условия, что в течение предшествующих десяти лет он не прибегал к сходным мерам. Закон от 17 октября 1997 года Бельгии о судебном конкордате также допускает прощение долгов, если в результате процедур банкротства долг лица признан подлежащим «извинительному» погашению. В этом случае к должнику не могут быть предъявлены требования его кредиторов. Собственно говоря, подходы российского Закона о несостоятельности 1992 года (а в известной части и Федерального закона РФ 1998 года) и вьетнамского Закона о банкротстве от 31 декабря 1993 г. в свою очередь обладают немалым сходством с приведенными положениями.

С юридической точки зрения основной проблемой в трансграничной несостоятельности является объективно существующее подчинение несостоятельного должника юрисдикции одного государства, а его кредиторов — власти других государств. Несовпаде-

ния материально-правового и коллизионно-правового регулирования в подобной ситуации весьма распространены, как, впрочем, и в других отношениях, регулируемых международным частным правом. Однако в области трансграничной несостоятельности в гораздо большей степени, чем в иных сферах МЧП, присутствует стремление к защите каждым конкретным государством публичных интересов. В одних случаях в круге таких общественно значимых (публичных) интересов во главу угла ставятся цели реабилитации (согласно российской терминологии — санации) предприятия-должника (следовательно, не только интересы самого должника, но и общества, государства), в иных — защита третьих лиц от неисправного должника, в третьих — защита кредитора.

Некоторые авторы отмечают «правовую неопределенность» при возникновении ситуаций трансграничной несостоятельности, вызванную отсутствием единообразия в схемах регулирования: «...на практике в большинстве случаев возбуждаются независимые производства или в зависимости от политической и правовой близости стран и конкретного состава заинтересованных сторон предпринимаются бессистемные попытки урегулирования долгов другими способами».[1]

Между тем перспективы развития правового регулирования исключительно лишь средствами внутригосударственного права достаточно хорошо известны: в идеальной ситуации — это достижение определенной степени сближения законодательства ряда государств по некоторым вопросам. Однако наиболее острые из них, как показывает практика, так и остаются неразрешенными. Таким образом, потребности в международно-правовом урегулировании трудностей, порожденных трансграничной несостоятельностью, вполне очевидны. При этом важно разработать регламентацию, которая воплощала бы идею целостности механизма регулирования отношений банкротства, во-первых, и, во-вторых, отражала бы включение интересов самых различных категорий субъектов права в рамки трансграничной несостоятельности: государства/государств, субъектов частного права — должников, кредиторов, третьих лиц и пр. Помимо прочего, предполагаемая система правового регулирования трансграничной несостоятельности должна будет исходить из принципов и норм разрешения проблем, признанных в международно-правовом плане.

[1] *Степанов В.В.* Указ соч. С. 171.

Конструируя свои концепции и подходы к правовому решению проблем несостоятельности, в том числе и трансграничной, законодатель обязан первоначально определить главную цель, которая должна обусловить основы предполагаемого регулирования, а затем сформулировать его стержневые идеи. В этом смысле основополагающие концепции, вокруг которых строятся современные правовые системы регулирования несостоятельности, включая и трансграничные банкротства, ведущих государств мира достаточно серьезно, как было показано выше, разнятся.

Коль скоро даже цели и задачи по-разному оцениваются национальными актами и вообще системой правового регулирования в целом, тем более не могут быть схожими по содержанию и конкретные материальные нормы, призванные дать ответы по существу решаемых проблем. Говоря в целом о подходах к путям разрешения проблем несостоятельности хотя бы, скажем, двух национально-правовых систем — США и Великобритании, — можно заметить различия как общего, так и частного характера: в США, например, применяется процедура реорганизации, а в Великобритании — процедура управления. При этом в США при реорганизации существует пресекательная дата для заявления требований (требования, не заявленные без уважительных причин до соответствующей даты, устраняются из массы кредиторских требований). В Англии же заявление, поданное с опозданием, может быть принято во внимание. Кроме того, в той же Англии кредиторам, не имеющим обеспечения своих требований, при проведении процедуры управления начисляются проценты на неудовлетворенные требования, а в Соединенных Штатах Америки это отсутствует.

Вместе с тем, давая общую оценку тенденций правового регулирования отношений, связанных с несостоятельностью, которые стали особенно очевидными в XX веке, следует безусловно подчеркнуть смещение акцентов в регулировании первоначально с карательного (по отношению к должнику), а затем «распределительного» (по отношению к кредиторам), в сторону установления правовыми средствами предпосылок для создания наиболее благоприятных условий для должника в целях восстановления его платежеспособности, что в той или иной степени имеет место практически во всех промышленно развитых государствах.

Одним из принципиальных расхождений, вызывающих многочисленные коллизии в правовом регулировании трансграничной несостоятельности (банкротства) и в целом международного хозяй-

ственного оборота, являются сами критерии несостоятельности, ибо в одних государствах в основу положен признак неплатежеспособности, в других — неоплатности, что только с внешней стороны выглядит как тождество, а на деле характеризуется глубокими качественными различиями. Так, если неплатежеспособность, т.е. неспособность должника погасить свои обязательства в данный конкретный момент, только предполагает превышение пассивов над активами, но всегда может оказаться, что соотношение между ними противоположное, иными словами, активы преобладают над пассивами, — то «неоплатность» означает, что пассивы превосходят активы.

В современных правовых системах используется в основном критерий неплатежеспособности. Однако в ряде стран (Германии, Англии, России) наряду с неплатежеспособностью используется кумулятивно и признак неоплатности. В частности, в практике Германии существует такой критерий, как «сверхзадолженность», присущий качеству неоплатности и выступающий дополнительным основанием возбуждения производства по несостоятельности, а также основанием для последующего выбора процедуры ликвидации или реабилитации.[1] По этому же пути, как отмечает В.В. Витрянский, пошел и новый российский закон о несостоятельности (банкротстве): должник — юридическое лицо или предприниматель — может быть признан банкротом в случае его неплатежеспособности (неспособности в течение трех месяцев оплатить требования, если они заявлены к должнику — юридическому лицу и в совокупности составляют не менее пятисот, а в случае должника-гражданина — не менее ста минимальных размеров оплаты труда (ст. 5 Федерального закона 1998 г. — *Л. А.*), но наличие у него имущества, превышающего общую сумму кредиторской задолженности, является свидетельством реальной возможности восстановить его платежеспособность и, следовательно, может служить основанием для применения к должнику процедуры внешнего управления».[2]

Вместе с тем превалирование, по всей видимости, в практике отечественных судов взгляда на признаки банкротства как основан-

---

[1] См. об этом: *Колиниченко Е.А.* Признаки банкротства в Великобритании, США, Германии, Франции и России // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 8. С. 103, 105.

[2] Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» (постатейный комментарий). М., 1998. С. 13.

ные на критерии неплатежеспособности и обусловили, как представляется, рекомендацию высшей инстанции — Арбитражного Суда РФ — «избегать поспешности и формализма при введении той или иной процедуры банкротства, учитывать социально-экономические последствия банкротства организации». Кроме того, было обращено внимание также и на то, что «процедура банкротства может использоваться в целях передела собственности, устранения конкурента, в связи с чем необходимо тщательно исследовать конкретные обстоятельства по делу с учетом требований ст. 10 Гражданского кодекса Российской Федерации».[1] В этой связи целесообразно упомянуть, что при подготовке в России проекта федерального закона «О несостоятельности (банкротстве) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса» не в последнюю очередь, вероятно, исходя из соображений противодействия такому моментальному переделу собственности и в целях недопущения разрушения единства производственных комплексов предприятий естественных монополий, рассматривалось использование ряда критериев: неспособность должника удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) уплате обязательных платежей, если сумма его задолженности, включая и права требования, превышает стоимость его имуществ, за исключением имущества, входящего в единый производственно-технологический комплекс.[2] В том же, что касается эвентуальных направлений в российском правовом регулировании отношений несостоятельности, то статья 1 проекта Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» вместо признака неплатежеспособности оперирует новым критерием — превышение краткосрочных обязательств должника над его внеоборотными активами.

Статья 123 «Дефиниция неплатежеспособности лица», а также ст. 267 «Основания для заявления кредиторами требований в судебном порядке» Закона о несостоятельности 1986 г. Великобритании предусматривают, что юридическое или физическое лицо является неспособным оплатить свои обязательства, если их задолженность составляет или превышает 750 фунтов стерлингов. При этом в акте

---

[1] См.: Письмо Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 20 января 1999 г. № 6 С1—7/VII—61, а также письмо Федеральной службы России по делам о несостоятельности и финансовому оздоровлению от 11 марта 1999 г. № Р—6.

[2] Однако впоследствии разработчики проекта, к сожалению, от этой идеи отказались. См. об этом: *Колиниченко Е.А.* Указ соч. С. 106.

особо устанавливается, что компания считается несостоятельной, если она в течение 3 недель с момента вручения ей указанным в законе способом уведомления о требовании кредитора не оплатила долг, либо не предоставила обеспечение его уплаты или иным разумным образом не удовлетворила требования кредитора. Кроме того, п. (2) ст. 123 английского закона содержит указание еще на один фактор определения неспособности лица оплатить свои долги: «компания также считается несостоятельной, если суду будет доказано превышение пассивов компании над ее активами, с учетом также и ее сопутствующих и будущих обязательств». Именно эти положения и позволили сформулировать вышеприведенный вывод о том, что английское право в части определения признаков несостоятельности идет по пути сочетания двух критериев.

Однако краткий обзор законодательства ряда стран Европы, Америки и Азии, посвященного банкротству, был бы неполным, если не отметить, что в некоторых из них, несмотря на относительную недавность принятия соответствующих актов, идут работы по их пересмотру. В перечень таких государств включаются и РФ, и Англия, и Монголия, и США. В частности, в Англии предложения по реформированию права, регламентирующего несостоятельность, носят крайне радикальный характер и направлены прежде всего на обеспечение должникам, попавшим в кризисную ситуацию, шанса на ее преодоление.[1] Цели общего характера в пересмотре английского права в области несостоятельности формулируются так: уменьшение количества ликвидируемых предприятий и предотвращение возможностей для кредиторов преследовать только свои индивидуальные интересы вне должного учета занятости и иных вытекающих отсюда социальных последствий. Санация и восстановление в бизнесе, по мнению сторонников реформирования, могут принести большую выгоду, нежели то, что достигается ликвидацией.

В основном предлагается три главных направления реформы. Во-первых, должен быть установлен порядок, при котором в отношении кредиторов в течение трех месяцев действует мораторий на

[1] С точки зрения юридической техники имелась в виду не замена существующего Закона о несостоятельности (Insolvency Act, 1986), а внесение правительством в парламент проекта статута — Билля о несостоятельности, в котором главным образом затрагивались бы два основных вопроса, выявившихся в ходе правоприменительной практики, касающейся Закона о несостоятельности 1986 г.: добровольной ликвидации кампаний и заключаемых в рамках этого компромиссов, а также процедуры дисквалификации директоров.

предъявление ими требований, что позволит руководящим органам должника мобилизовать схемы экономического спасения. Во-вторых, указывается на необходимость пересмотра самого процесса функционирования механизма несостоятельности, который должен будет концентрироваться на учете иных прав кредиторов, включая выгоды, вытекающие из изменения преференциального статуса Короны, что естественно встречает недовольство налоговых органов, которые в результате действия подобного предложения столкнутся со снижением налоговых платежей. В-третьих, вообще высказываются позиции о том, чтобы провести фундаментальную реформу английского законодательства в том направлении, которое сделало бы его более защищающим интересы должника.

В ныне действующем праве Великобритании защита интересов должника в судебном порядке в рамках процедур по несостоятельности случается лишь спорадически. В деле по иску in rem Парк Эр Сервисез Пи.эл.си. (Park Air Services Plc) Палата лордов признала,[1] что если компания, находящаяся в стадии роспуска, которая являлась арендатором имущества по возмездному договору аренды, приступила к добровольной ликвидации и ликвидатор отклонил аренду во исполнение предоставленного законом правомочия отказаться от имущества, пользование которым возникает на принципе возмездности, в силу ст. 178 Закона о несостоятельности 1986 г., арендодатель при доказательстве своих убытков в результате ликвидации, должен произвести соответствующее уменьшение ускоренных платежей по арендной плате в целях адекватности текущей стоимости аренды и иных поступлений, которые причитались бы ему в будущем, если бы не отказ от договора.

В США заявление о признании банкротом может быть подано несколькими кредиторами, общее число которых превышает 12 и сумма их необеспеченных требований превосходит 5 тыс. долларов. Однако среди нормативно закрепленных критериев нет даже требования об обязательности доказывания неплатежеспособности должника. Вместе с тем вышеуказанное предложение о введении в Великобритании трехмесячного моратория отражает практику Соединенных Штатов (основанную на главе 11 Федерального закона о банкротстве), что объективно означает предусмотренную законодательным актом «передышку» для должников.

Во Франции должник может быть подвергнут открытию процедур судебного оздоровления, если он не удовлетворяет требования кредиторов, срок исполнения которых уже наступил (под таковы-

[1] The Times. 5 February, 1999.

ми подразумевается задолженность как по натуральным денежным обязательствам, так и по обязательным платежам), с помощью имеющихся у него средств. Французские авторы усматривают в формулировке «если должник не удовлетворяет требования кредиторов» источник, оставляющий простор для толкования. Так, одни расценивают ее как констатацию того, что «должник не может платить», в отличие от должника, который не хочет платить, с учетом при этом того обстоятельства, что судебное оздоровление не должно открываться в отношении платежеспособного, хотя и недобросовестного лица. Другие из факта неплатежа выводят презумпцию неплатежеспособности, вне зависимости от намерений лица-должника, так как у кредитора нет возможности выяснить, почему именно он не платит.[1] Таким образом, французский законодатель, следуя этой точке зрения, исходит из признака неплатежеспособности: раз должник не платит, он неплатежеспособен. В силу этого на основании ст. 4 закона № 85—98 суд при наличии информации о финансовых трудностях должника возбуждает процедуру по учреждению судебного оздоровления.

В известном смысле аналог французскому подходу содержится в монгольском праве, касающемся банкротства. Так, ст. 1 Закона МНР о банкротстве от 1 июля 1991 г. предусматривает, что его целью является урегулирование процедуры, в рамках которой несостоятельные субъекты предпринимательской деятельности объявляются банкротами и ликвидируются, а также защита коммерческих интересов их кредиторов. Монгольское право, пожалуй, весьма категорично в отстаивании критерия неплатежеспособности должника: «предприятие считается несостоятельным, если оно не удовлетворяет в срок требования кредиторов» (п.1 ст. 4). В подобных ситуациях должник обязан уведомить о своей неплатежеспособности кредиторов и суд (п.2 ст. 4), который в десятидневный срок с момента получения такого уведомления или иска кредитора должен вынести судебный акт о возбуждении процедуры банкротства и рассмотреть дело (п.2 ст. 5).

Анализируя сферу возникновения коллизий в правовых системах различных государств с целью отыскания возможного пути для выработки приемлемых единообразных решений хотя бы в части, касающейся главного критерия, который мог бы быть положен в

[1] *Guiyon Y.* Entreprises en difficultes, Redressement judiciaire—Faillite // Droit des affaires. P., 1988. P. 133.

основу определения несостоятельности (банкротства), представляется чрезвычайно важным выделить позитивные моменты как в том, так и в другом случаях, имея в виду неоплатность и неплатежеспособность. В этом плане, если встать на позицию охраны общественных интересов и прежде всего необходимости скорейшего введения санационных мер, то, поскольку при этом большое значение имеет фактор времени, признак неплатажеспособности отвечает конечной цели данного процесса. Следовательно, чем быстрее будут введены механизмы банкротства, тем эффективнее может быть проведена реабилитация предприятия-должника. Признак его неплатежеспособности, взятый за точку отсчета, в данной ситуации предпочтителен. В то же время, при объявлении лица банкротом гораздо более значимым является его финансовое состояние в целом. Следовательно, фактор неоплатности имеет больше перспектив. Но справедливо также и то, что если должник будет знать, что одного неплатежа с его стороны еще недостаточно для открытия процедур по защите от его действий кредиторов и третьих лиц, нельзя ожидать иного, кроме как снижения ответственности участников хозяйственного оборота за выполнение в точном объеме и в надлежащий срок обязательств. В конечном итоге это приведет к разбалансированию и дестабилизации рынка и торговых отношений.

Однако судебное вмешательство в дела компании и вообще недобросовестного должника не может затягиваться, поскольку с течением времени его активы могут быть распределены совсем другим субъектам, а вовсе не кредиторам, что, помимо прочего, сделает еще и невозможным восстановление платежеспособности должника. С другой стороны, суд не вправе допускать преждевременное вмешательство в дела компании посредством возбуждения процедур несостоятельности. Точное же установление своевременности возможно только тогда, когда всесторонне будет оценено финансовое положение должника, в том числе его активы и пассивы, а не только отсутствие у него в данный момент наличных средств и факт неплатежа. Вместе с тем с помощью признака неплатежеспособности легче обнаружить банкротство, так как в этом случае не нужно исследовать активы и пассивы должника — внешний фактор симптоматичен сам по себе. Тем не менее трудно отрицать и то, что критерий неоплатности влечет за собой каждый раз проверку внутреннего состояния должника, даже если требование кредитора беспочвенно.

Таким образом, проведенное сопоставление аргументов и контрдоводов за и против неоплатности и неплатежеспособности со всей очевидностью демонстрирует, что наличие лишь одного из рассматриваемых признаков для конструирования вывода о несостоятельности лица не является достаточным с точки зрения продуктивной реализации всех целей, стоящих перед правовым регулированием несостоятельности (банкротства). В этом смысле следует согласиться с авторами, полагающими, что два указанных критерия в принципе взаимосвязаны. Ведь должник, у которого достаточно имущества, всегда может найти возможность реализовать его и тем самым покрыть подлежащие удовлетворению требования кредиторов.[1]

§ 2. Компетенция юрисдикционных органов

Вопросы международной подсудности в делах о несостоятельности. Очень важным с практических позиций является вопрос о возможности открытия в местном суде производства по несостоятельности против иностранного должника. Пожалуй, это один из ключевых моментов, стоящих в рамках проблем трансграничной несостоятельности, на который даются разные ответы в различных государствах. Например, в соответствии с российским Федеральным законом 1998 г. дела о банкротстве рассматриваются арбитражными судами (ст. 5) и в силу его ст. 29 дела о банкротстве юридического лица компетентен разрешить арбитражный суд по месту нахождения должника — юридического лица, а применительно к индивидуальным предпринимателям — арбитражный суд по месту жительства гражданина. Следовательно, исходя из сопоставления существа действующих положений российского законодательства, процедура возбуждения банкротства должников, созданных согласно правопорядку иностранного государства и существующих за пределами Российской Федерации, не может быть предметом рассмотрения в арбитражном суде РФ.

Напротив, по праву Англии возможно возбуждение производства против любой корпорации, компании и т.д., учрежденной в любой стране. В судебной практике Великобритании известны более чем нестандартные ситуации в области признания банкротства и вытекающей из него ликвидации учрежденных за границей юридических лиц.

---

[1] См.: *Колиниченко Е.А.* Указ соч. С. 103—104; *Guyon Y.* Op. cit. P. 133, 134.

В частности, в деле, слушавшемся по иску in rem против Ричбел Иформейшн Сервисез Инк. (Richbell Information Services Inc.),[1] английский суд признал необходимость издания судебного приказа о роспуске компании, учрежденной по законам штата Делавэр, даже в условиях, тогда он установил, что имелось основательное и серьезное требование, способное погасить долг, наследуемый заявителю, в результате чего было постановлено, что интересы компании и ее кредиторов в процессе разбирательства спора по перекрестному требованию будут более эффективно защищены посредством назначения ликвидатора.

В ходе вынесения судебного приказа против Richbell в обстоятельствах существования действительного встречного требования в рамках процедур, возбужденных в Нью-Йорке, США, суд констатировал, что данная компания не является торговой и ее остающиеся активы являются межкорпоративной задолженностью ей. Ею не предполагалось ведения коммерческой деятельности в период судебного рассмотрения встречного иска и, помимо прочего, было принято решение о том, чтобы производство в суде осуществлялось без несения затрат со стороны компании. Кроме того, в компании имелся один банкрот—директор, второй же директор не обладал долями участия в компании и тем самым не был заинтересован во взыскании межкорпоративного долга. По мнению суда, роспуск компании, зарегистрированной в иностранном государстве, являлся соответствующим и целесообразным в данной юрисдикции, поскольку контракт, образовывавший основание для взыскания долга по иску, подчинялся английскому праву и содержал условие о передаче на рассмотрение английских судов возникающих в связи с ним споров, а также в пределах этой юрисдикции имелись лица, которым издание такого приказа о роспуске компании будет благоприятствовать. Назначение ликвидатора компании должно по признанию суда в большей мере обеспечивать защиту интересов компании и ее кредиторов применительно к рассмотрению иска в Нью-Йорке. Это будет также способствовать позиции отстаивания межкорпоративного долга и защите от манипуляций лиц, вовлеченных в судебное разбирательство, без какого-либо внешнего воздействия на ход самого процесса.

Суд США в соответствии с § 304 Свода законов о банкротстве может возбудить по заявлению иностранного представителя вспо-

[1] The Times. 21 January, 1999.

могательное производство о несостоятельности, являющееся дополнительным к производству о несостоятельности, ведущемуся за рубежом, предписать обеспечительные меры в отношении должника, обратить принудительное взыскание на обеспечительные средства и передать иностранному представителю имущество несостоятельного лица.

В ФРГ германские суды на основании ст. 102 Вводного закона к Закону о несостоятельности могут осуществить признание иностранного судебного решения, относящегося к имуществу должника, находящемуся на территории Германии. Это возможно при условии, что иностранный суд, вынесший решение, был компетентен принять его, и исполнение в ФРГ такого решения не противоречит основным принципам права ФРГ, морали и нравственности. При этом иностранный представитель вправе оспорить сделку, основываясь на требованиях иностранного правопорядка, хотя бы для этого отсутствуют основания согласно германскому праву. В то же время, если на территории ФРГ имеются активы должника, ничто не препятствует открытию самостоятельного производства в Германии, которое будет ограничиваться этими активами.

Открытие во французских судах при наличии имуществ во Франции производства против иностранных должников по заявлениям французских кредиторов непосредственно предусмотрено действующим законодательством. К тому же французское производство может проходить параллельно с иностранным производством по несостоятельности конкретного должника.

Применительно к данной проблеме традиционно встает триада вопросов: какой суд компетентен разрешить дело о признании банкротом; какое право должно быть применено для решения дела по существу; каковы масштабы признания вынесенных решений и возможности принудительного исполнения иностранных судебных решений в других юрисдикциях? Представляется очевидным, что третий вопрос наиболее существенен, поскольку именно от него зависит достижение общественных целей объявления лица несостоятельным, о чем пойдет речь чуть позже.

Принципы правового регулирования производства дел по трансграничной несостоятельности. Теории «единого производства» и «параллельных территориальных производств». В том, что касается общих аспектов определения компетенции судебных учреждений рассматривать дело о банкротстве, не возникает особых трудностей. Суд может базироваться на критериях резиденции, домицилия, осуще-

ствления деятельности, местонахождения (головного офиса) должника, наличия имущества в пределах его юрисдикции. Гораздо более сложным оказывается вопрос об объеме и пределах юрисдикции конкретного судебного органа соответствующего государства по разрешению всей полноты спорных и связанных с ними отношений, в которые вовлечено лицо, подлежащее признанию в качестве банкрота. Одной из главных его составляющих выступает допустимость либо невозможность охвата процедурами, ведущимися в национальном суде, активов и пассивов должника во всех странах, с которыми связана его хозяйственная (коммерческая) деятельность.

Мировой законодательной и судебной практике правового регулирования банкротств известны два основных принципа, следование которым соответственно делит все государства на две системы: использующие либо принцип «универсальности», либо принцип «территориальности». Небезынтересно отметить, что принцип единой процедуры принимался за основу еще в начале XX в., когда на Гаагских конференциях по международному частному праву в 1902—1904 гг. планировалось разработать проект Конвенции о несостоятельности. Принятие Конвенции как многостороннего договора тогда не имелось в виду. Она должна была служить образцом для создания соглашений на двусторонней основе или сепаратных договоров между отдельными государствами. Ведущим принципом Конвенции была бы идея единства конкурса: объявление купца несостоятельным в одной стране имеет силу во всех других конвенционных государствах[1].

Страны, которые разделяют принцип «универсальности», исходят из того, что в рамках объявления банкротом, если имеет место «трансграничное банкротство», требуется только одна процедура. Подобное объявление несостоятельности, а затем и банкротства, начатое в одной стране, будет иметь юридическое действие в любой иной стране, следующей принципу «универсальности». Сфера и масштаб такой процедуры объявления лица несостоятельным включает в себя все имущество должника, в какой бы стране оно ни находилось. Основным «узким» местом этой системы является то, что она может эффективно функционировать только в условиях, когда государства, на территории которых находится имущество

[1] См.: Actes de la Conférence de la Haye, chargae de reglementer diverses matierés de droit international privé 12—27 septembre 1893). Haye, 1893; Ibid., 1904.

несостоятельного лица (банкрота), также признают универсальность проведенных в какой-либо стране процедур банкротства. Короче говоря, система носит в известном смысле односторонний характер. В числе ее приверженцев — Англия, Франция, Германия.

Кроме того, для признания «универсальности» этой теории в части прежде всего правовых последствий объявления лица банкротом немаловажное значение имеют и предпосылки к единообразному подходу решения вопроса о юридическом содержании и критериях несостоятельности. Однако и здесь требующееся единодушие в правовых системах отсутствует. Так, в праве различных государств несостоятельность как неспособность должника оплатить свои долги в срок исполнения обязательства определяется либо через отказ платить эти суммы ввиду недостаточности наличных средств, либо через недостаточность имущества. В ФРГ, Франции и США доказательством неплатежеспособности должника является прекращение им платежей. В праве же Англии неплатежеспособность должна быть подтверждена совершением должником одного из предусмотренных законом действий. Последствия объявления несостоятельными объединений лиц и объединений капиталов в разных странах также не одинаковы.

Экономическое содержание несостоятельности, справедливо отмечаемое в специальной литературе, — это превышение пассива над активом. Как ни правомерен такой критерий, он неприменим в наиболее ныне распространенных и вместе с тем важных случаях — при разорении крупных компаний, имеющих многочисленные отделения по всему миру. Большие размеры принадлежащего им имущества, его разбросанность часто не позволяют в разумные сроки выявить со всей достоверностью полный его состав для того, чтобы убедиться, что они действительно уступают по размерам сумме требований кредиторов, и, следовательно, имеются основания к объявлению несостоятельности и открытию конкурсного процесса, либо прийти к противоположному заключению. Поэтому в таких случаях в основу устанавливаемой судом несостоятельности кладется не подлинный недостаток средств, а предполагаемый, проявляющийся в наступлении неплатежеспособности[1]. Однако формальный критерий неплатежеспособности, по точному замеча-

[1] См.: *Лордкипанидзе А.Г.* Гарантии платежеспособности по законодательству Англии и Франции //Законодательство зарубежных стран. Обзорная информация ВНИИСЗ. Вып. 162. М., 1979. С. 32—33.

нию специалистов, во многих ситуациях служит довольно верным показателем фактического финансового неблагополучия.

Слабым местом конструкции, основанной на принципе «универсальности», является, помимо указанного, и ее определенная громоздкость, что связано с деятельностью и наличием имущества несостоятельного должника — транснациональной корпорации или мультинациональной компании — в пределах юрисдикции множества государств. Проходит значительный отрезок времени, прежде чем будет осуществлено доскональное выявление кредиторов, имущества, активов и пассивов лица.

С другой стороны, каждое государство, на территории которого имеются активы лица, предполагаемого или объявленного в качестве несостоятельного должника, заинтересовано защитить своих национальных кредиторов. Именно эта идея обусловила использование альтернативной конструкции — территориальных производств.

Система, построенная на «территориальном» принципе, исходя из его наименования, ставит во главу угла ограниченность действия процедур по банкротству, проведенных в одном государстве, пределами его территории. Соответственно в каждой отдельной стране следует особо осуществить судебные и иные действия, предписанные ее законодательством, для признания лица банкротом в ее пределах. Это вполне закономерно означает множественность (плюрализм) процедур по банкротству, в результате чего кредиторы обязаны заявлять свои требования в каждой стране, в которой открывается процесс. Представительницей этой системы выступает Голландия. Вместе с тем следует отметить, что ни одна из систем[1] ее не применяется в чистом виде.

В Российской Федерации нормы, регулирующие несостоятельность, в Гражданском кодексе РФ помещены в раздел, посвященный юридическим лицам, и рассматривают данный институт преимущественно в свете ликвидации юридического лица, предпринимаемой как добровольно по решению его учредителей в случаях неплатежеспособности, так и по решению суда на основании тре-

[1] В отечественной литературе применительно к данной проблематике используется иная терминология и говорится со ссылкой на английского исследователя Ф. Вуда о «методах» регулирования трансграничной несостоятельности, в основу которых положены соответственно две «теории»: «единого производства» и «параллельных территориальных производств». (См.: *Wood Ph. R.* Principles of International Insolvency. L., 1995; *Степанов В.В.* Указ. соч. С. 117 и сл.).

бований кредиторов, что составляет соответственно принудительную ликвидацию. Специальные нормы Федерального закона РФ «О несостоятельности (банкротстве)» от 8 января 1998 г.[1] регламентируют подобного рода вопросы в более широком спектре субъектного состава, т.е. рассматривают несостоятельность не только юридических лиц, но и индивидуальных предпринимателей, зарегистрированных в установленном порядке. В п. 3 ст. 65 ГК РФ указывается, что основания признания судом юридического лица банкротом либо объявления им о своей несостоятельности, а также порядок ликвидации такого юридического лица устанавливаются законом о несостоятельности (банкротстве). Требования кредиторов удовлетворяются в очередности, предусмотренной гражданским законодательством (п. 1 ст. 64 ГК).

В данной связи необходимо отметить, что практически повсеместно страны мира при установлении очередности требований кредиторов исходят из принципа приравнивания местных (национальных) и иностранных кредиторов. В России этот подход вытекает из общего принципа национального режима в отношении иностранных физических и юридических лиц, закрепленного в ст. 2 ГК РФ, заключающегося в том, что правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Для уяснения этого аспекта содержания норм российского права, касающихся регулирования отношений по банкротству, в том числе с участием иностранных кредиторов, чрезвычайно важное значение имеет Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 мая 2000 г. № 8—П по делу о проверке конституционности отдельных положений пункта 4 статьи 104 Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» в связи с жалобой компании

[1] Уже принятое и готовящееся к принятию в Российской Федерации законодательство в этой области имеет в виду отразить соответствующие особенности несостоятельности для отдельных категорий хозяйствующих субъектов. Так, во исполнение поручения Президента РФ от 10.11.98 Правительством РФ был разработан проект закона об особенностях банкротства предприятий оборонно-промышленного комплекса, а 24 июня 1999 г. издан Федеральный закон № 122—ФЗ «Об особенностях банкротства субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса». См. также Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 40-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций»

«Timber Holdings International Limited», которым были признаны не соответствующими Конституции РФ положения вышеуказанного федерального закона в той части, в какой они по смыслу, придаваемому им сложившейся правоприменительной практикой, позволяют передавать соответствующим муниципальным образованиям жилищный фонд социального использования, детские дошкольные учреждения и объекты коммунальной инфраструктуры, жизненно необходимые для региона, без выплаты должникам — собственникам, находящимся в процедуре конкурсного производства, разумной, справедливой компенсации, обеспечивающей баланс между публичными и частными интересами, а также не допускают судебной проверки такой передачи по существу (п. 1). В перечне выводов Конституционного Суда РФ, обращает на себя внимание своим исчерпывающим характером подтверждение им оценки приоритетности в аспекте действующего в РФ права имущественных (вещно-правовых) отношений, закрепленной в ГК РФ: «С учетом выводов, содержащихся в настоящем Постановлении, подлежит применению, в частности, статья 306 ГК РФ, в соответствии с которой в случае принятия Российской Федерацией закона, прекращающего право собственности, убытки, причиненные собственнику в результате принятия этого акта, в том числе стоимость имущества, возмещаются государством».

§ 3. Применимое право

Проблема применимого права в случаях «трансграничных банкротств» распадается на две основные составляющие: применение процессуального права и применение материального права, т.е. того правопорядка, который регулирует вопрос по существу.

Примером, свидетельствующим о тонких нюансах, порою сопровождающих разрешение дел о несостоятельности именно с точки зрения применимого материального права, является иск в отношении Park Air Services Plc. Английский суд (Палата лордов) рассматривала вопрос о характере требований, в частности, американского арендодателя, к добровольно ликвидируемому английскому юридическому лицу, выступавшему арендатором на основании возмездного договора имущественного найма, который был отвергнут ликвидатором в порядке ст. 178 Закона Англии о несостоятельности 1986 г. Палата лордов встала на позицию квалификации притязаний арендодателя к должнику как иска о возмещении вреда и взыскании убытков. Это потребовало представления расчетов тех сумм, которые

арендодатель мог бы получить в рамках первоначального исполнения аренды, с учетом соответствующего их уменьшения на основании презумпции, что он бы стал повторно сдавать имущество в наем. Палата лордов заявила, что требование арендодателя подлежит уменьшению на сумму ускоренных платежей, т.к. иск относится к компенсации убытков, которые имеют место в настоящее время, а не является требованием об убытках за весь срок действия аренды. Судебная инстанция установила, что размер уменьшения иска должен соответствовать процентной ставке, которая действовала по первоклассным (гарантированным) ценным бумагам на момент отказа от договора аренды со стороны ликвидатора. Указанная дата конституирует также момент, на который арендодатель стал кредитором в отношении будущих арендных платежей за минусом сумм, подлежащих выплате в случае, если бы он заключил новый договор аренды.

Исход дела в данном случае означает, что для любой компании-арендатора будет существовать большая определенность во взыскании оцененной стоимости прекращения ее аренды в случае предполагаемой ликвидации, вне зависимости от оснований ликвидации — наличия или отсутствия платежеспособности. Кроме того, это упрощает проведение переговоров по уступке требований как альтернативного по отношению к ликвидации средства, в то время как в количественном отношении и для арендатора и для арендодателя последствия ликвидации легче поддаются обсчету.

Суд констатировал, что он не усматривает причин для того чтобы принципы, действовавшие в данном случае, не могли бы быть приняты в целях расчета сумм, подлежащих представлению в качестве доказательств в ходе ликвидации, в частности, по активам в части арендных платежей. По мнению суда, должно быть также отмечено, что результаты разрешения этого дела не затрагивают гражданские права, которыми обладает арендодатель, скажем, в отношении поручителя по гарантии, выданной в обеспечение обязательств арендатора по договору аренды. Однако любые суммы, полученные от ликвидатора, должны быть учтены арендодателем в отношении обязательств гаранта при обращении к последнему в рамках договора поручительства.

Процессуальные нормы, подлежащие применению, представляют собой право того государства, судебное учреждение которого рассматривает дело. Этим же законом определяется и очередность требований кредиторов, хотя данный вопрос для большинства стран

и не является процессуальным, а стоит в кругу объектов материально-правового регулирования. Среди важнейших и, пожалуй, труднейших задач значатся поиски ответов на вопросы о судьбе неисполненных контрактов, обеспечительных средств и интересов, пределах допущения зачета и встречных требований, которые также регулируются законом страны суда, хотя и не везде эти явления квалифицируются в качестве процессуальных институтов (например, в Англии, где зачет представляет собой процессуальную категорию). При этом следует проводить четкое различие в том, как понимается lex fori, в зависимости от того, какой принцип положен в основу регулирования в той или иной стране. Так, если данное государство разделяет принцип «универсальности», то существует только один закон суда, т.е. право того государства, в котором и проходит процедура банкротства. Банкротство трактуется как единое производство. В противоположность этому страны, исповедующие принцип «территориальности», должны быть готовы к применению множества законов суда, поскольку в каждой стране, где имеются имущество и активы юридического лица, должны быть открыты отдельные процедуры банкротств. В результате не исключена ситуация, когда удовлетворение одного требования будет подчиняться нескольким правопорядкам.

В целом, однако, следует заметить, что поскольку ни одна из систем не применяется государствами во всей их последовательности, т.е. страны, разделяющие как идеи «универсальной теории», так и «территориальности», предпочитают использовать их в интерпретации соответственно либо «ограниченного универсализма», либо «ограниченной территориальности», решение вопросов о применимом к процедурам праве иногда превращается в особое крайне серьезное обстоятельство.

В российском праве, как и в законодательстве других стран, не существует специальной коллизионной привязки в отношении объявления лица несостоятельным. Презюмируется, что действуют общие положения. Так, подобный акт в Российской Федерации подчиняется процессуальному и материальному закону РФ, если речь идет о признании российским судом несостоятельности юридического лица, учрежденного по закону РФ, либо индивидуального предпринимателя, зарегистрированного в России. В отношении же иностранного (физического или юридического) лица аналогичный вывод мог бы основываться на принципе национального режима, при условии, что применительно к таковым налицо при-

знаки, сформулированные в отечественном праве, которые требуют объявления лица банкротом. Однако российское процессуальное законодательство, как отмечалось ранее, не позволяет возбудить в российском суде дело о банкротстве иностранного юридического лица. В литературе подобное положение подвергается критике и квалифицируется как односторонняя и архаичная конструкция[1]. В том же, что касается отношений с участием иностранных лиц в качестве кредиторов, регулируемых российским правом, применяются положения федерального законодательства о несостоятельности, если иное не установлено международным договором РФ (п. 6 ст. 1 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» от 8 января 1998 г.).

В данном случае следует заметить, что, формулируя предписания, разработчики российского закона 1998 г., исходившие, видимо, из публично-правовой природы и целей акта, не предполагали обращения к частно-правовому инструментарию регулирования гражданских отношений, в том числе использования коллизионно-правовых норм, направленных на отыскание применимого к их существу права, посчитали тем самым неоспоримой презумпцию применения российского права как единственного регулятора публично-правовых отношений. Однако такая позиция опровергалась в последующий период действия закона ходом рассмотрения конкретных дел, в процессе которого все же выявилась необходимость привлечения к регулированию коллизионных норм, обусловленная постановлениями самого закона о несостоятельности (банкротстве), поскольку, скажем, он оперирует категорией «установленных требований» кредиторов, т.е. в самом начале процедур банкротства необходимо установить правомерность и размер требований кредиторов должника. Если у последнего возникают возражения в отношении указанных оснований долга и объема долговых обязательств, разногласия разрешаются судом. Нет нужды напоминать, что в подобных ситуациях все это может вытекать из соответствующих положений контрактов и в силу данного обстоятельства базироваться на нормах применимого иностранного правопорядка.

Таким образом, в области судебного разбирательства дел о банкротстве именно проблема применимого права нередко оказывается ключевой для итогового разрешения вопроса. В отсутствие специальной регламентации не могут вследствие этого быть исключены общие подходы, выработанные теорией и практикой междуна-

[1] См.: *Степанов В.В.* Указ. соч. С. 120.

родного частного права, если в соответствующем отношении участвуют иностранные граждане или юридические лица либо предметом спора выступают имущество и имущественные права и интересы, возникшие на основании норм иностранного правопорядка. И здесь далеко не последнюю роль играют издавна существующие в МЧП формулы решения «конфликтов понятий».

Например, обычные требования кредиторов, иногда регулируемые иностранным правом, и «установленные требования» в контексте российского закона о несостоятельности обладают различным юридическим значением и последствиями. Обычные требования дают право на получение имущественного удовлетворения в полном объеме и в соответствующий срок. «Установленные требования» позволяют лицу быть включенным в состав кредиторов, участвовать в собрании и комитете кредиторов несостоятельного должника и иметь соразмерное их объему количество голосов и долю в конкурсной массе, которая подлежит распределению по закону в порядке определяемой им очередности. Для исчисления обычных требований берется в расчет как сумма основного долга, так и «санкционные» проценты, в соответствии же с п.2 ст. 111 российского акта о несостоятельности (банкротстве) величина санкций учитывается отдельно и подлежит удовлетворению только после погашения основной задолженности, в результате чего взыскание сумм задолженности по процентам может возникнуть лишь после погашения требований кредиторов последней (пятой) очереди. Валюта долга (платежа) по обычным требованиям практически всегда выражена в денежных единицах иностранных государств; «установленные требования», выполняя в основном учетную функцию, выражаются только в рублях.

В качестве примера, иллюстрирующего важность правильного определения применимого права, стоит сослаться на одно из «громких» дел, рассмотренных в органах арбитражного суда РФ в 1999—2000 гг. по банкротству ОНЭКСИМ Банка, кредиторами которого выступали крупные иностранные банки, чья основная доля требований приходилась на срочные конверсионные валютные (фьючерсные) сделки. Как известно, специальное регулирование указанных видов сделок в отечественном праве не разработано. Нет нужды говорить о значении факта установления соответствующих квалификаций применительно к подобным отношениям, а также того, каким правопорядком надлежит их регулировать, для окончательного определения существа и размера требований, следовательно, и экономических интересов кредиторов. Центральное же место в этом

плане занял как раз вопрос о применимом праве и, в частности, установление содержания иностранного права (банковского права штата Нью-Йорк)[1].

В проекте раздела VII третьей части ГК РФ по-прежнему не содержится специальных формул прикрепления для рассматриваемых отношений. Вместе с тем в уточнение и развитие основных принципов, закрепленных в общих нормах гражданского права, особо подтверждается приравнивание к российским лицам в хозяйственно-правовом отношении, скажем, иностранных индивидуальных предпринимателей, а также принципы деятельности иностранных юридических лиц на территории РФ: «способность иностранного гражданина или лица без гражданства быть индивидуальным предпринимателем и иметь связанные с этим права и обязанности определяются по праву страны, где иностранный гражданин или лицо без гражданства зарегистрированы в качестве индивидуального предпринимателя. При отсутствии страны регистрации применяется право страны основного места осуществления индивидуальной предпринимательской деятельности» (ст. 1241); «иностранные юридические лица осуществляют в Российской Федерации предпринимательскую и иную деятельность, регулируемую гражданским законодательством, в соответствии с правилами, установленными этим законодательством для такой деятельности российских юридических лиц, если законом Российской Федерации не предусмотрено иное» (ст. 1244). Следовательно, если лицо осуществляет хозяйственную деятельность на территории РФ и при этом нигде не зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя, российский суд в необходимых случаях при наличии соответствующих признаков будет вправе признать данное лицо несостоятельным.

Сходное регулирование применительно к затронутым проблемам имеется и в венгерском Законе о международном частном праве. Так, экономическая, производственная и торговая деятельность лица (хозяйственный статус) подчиняется праву того государства, в котором выдана лицензия на осуществление такой деятельности. Если для ее осуществления не требуется никакого разрешения или лицензия была выдана в нескольких государствах, хозяйственный статус лица будет подчиняться закону государства, в котором оно

[1] См. об этом: *Монастырский Ю.Э.* Проблема применимого права в делах о несостоятельности (пример судебной практики 2000 г.) // Международное частное право: современная практика. М., 2000. С. 50—69.

имеет деловое обзаведение (ст. 14). Отсюда следует, что согласно приведенной общей норме венгерского международного частного права применимым правом и компетентным судом в процессе признания его банкротом будет право того государства, в котором предприниматель зарегистрирован или получил лицензию, либо, при отсутствии таковых, ведет свою основную деятельность, имея в нем головной офис (контору). Анализ содержания норм монгольского Закона о банкротстве 1991 г. отчетливо показывает, что оно в принципе не препятствует предъявлению в монгольском суде требования, даже и к иностранному лицу — юридическому или физическому — о признании неплатежеспособного должника банкротом. Во всяком случае запрещающих в этом плане правоположений в нем не имеется. Более того, содержание некоторых из его положений, взятое в общем контексте акта, позволяет прийти к выводу о том, что данное предположение вполне справедливо. В частности, в ст. 1 в общей форме указывается на цель закона, которая, опять-таки в виде общего правила, формулируется как регламентация процедур, в рамках которых несостоятельные предприятия признаются банкротами. Текст закона не оперирует понятиями «монгольское предприятие» или «монгольские субъекты хозяйствования», а использует в противовес этому обобщающие термины: «предприятия, осуществляющие предпринимательскую деятельность», «коммерческие предприятия», «юридические лица», «заинтересованное лицо» и т.д. Аналогичным образом в разделе, регламентирующем принятие судом к рассмотрению требования о признании банкротом, установлены материально-правовые основания, применимые вообще ко всем случаям без ограничения «национальности» субъектов. В ст. 2 предусматривается применение в регулировании соответствующих отношений международных договоров, участницей которых является Монголия. Представляется, что если бы закон МНР не предполагал своего распространения на отношения по банкротству с участием иностранных хозяйствующих субъектов, а действовал бы только применительно к монгольским предприятиям и организациям, никакого обращения к международным договорам не потребовалось бы вовсе. Следовательно, имплицитно выраженная возможность разбирательства дел в монгольском суде по несостоятельности иностранных участников оборота может иметь место. С учетом этого применимым правом будут выступать согласно ст. 1 и 2 Закона 1991 г. законодательство Монголии о банкротстве и соответствующие международные договоры, обязывающие МНР.

В сфере «трансграничных банкротств», как нигде в иной области, важное значение имеет «предварительный коллизионный вопрос». В частности, определение применимого к целостности отношений по признанию лица несостоятельным и установление очередности кредиторов не всегда может прояснить ситуацию во всех ее аспектах. Например в том, что касается действительности договора, по которому возникло требование к должнику, и, таким образом, действительности самого требования правомерно ли существует обеспечительное средство, и, как следствие этого, действителен ли заявленный иск кредитора на удовлетворение. Кроме того, совершенно не обязательно, что применимым к контракту или обеспечению обязательства правом должно выступать право, по которому разрешается существо отношений в рамках признания несостоятельности.

В результате того, что каждое государство имеет свою систему коллизионного права, отыскание применимого права к предварительному вопросу и последующее разрешение основной коллизионной проблемы (несостоятельности) могут привести к различным результатам в зависимости от того, суд какой страны разбирает дело и каким правопорядком он руководствуется при объявлении лица несостоятельным. В этом смысле трудно согласиться с авторами работы «Международные контракты. Юрисдикция, арбитражное разбирательство и международное частное право», опубликованной в Лондоне в 1996 г.[1], в которой утверждается, что в рамках поистине «универсальной» системы проблема различий в праве, регулирующем предварительный коллизионный вопрос, не встает, поскольку-де будет иметь место только одна процедура банкротства, один правоприменительный орган, руководствующийся lege fori, и, следовательно, будут применяться лишь коллизионные нормы того государства, учреждение которого рассматривает дело. Подобный подход был подвергнут вполне обоснованной критике в отечественной юридической литературе.[2]

---

[1] International Contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law. L., 1996. P. 189.

[2] В свое время Л.А. Лунц, обращаясь к анализу этой категории, весьма недвусмысленно высказался против существовавшей в практике западных стран конструкции объединения в один состав различных, хотя и связанных между собой отношений, насильственно, таким образом, подчиняемых одной коллизионной привязке, как если бы это были сходные правоотношения: «Предварительный коллизионный вопрос, утверждают некоторые коллизионисты, возникает тогда,

В этом плане коллизионное регулирование составляет один из сложнейших узловых элементов единого производства. Неслучайно, что даже сами разработчики и приверженцы «универсалистской» теории не в состоянии игнорировать ее негативные стороны, связанные именно с данным аспектом. Так, по мнению Ф. Вуда, наряду с очевидными преимуществами (снижение судебных издержек на проведение процедур, участие всех кредиторов на равных условиях, концентрация всех имущественных прав в одном месте, «прозрачность» действий кредиторов, соответствующая определимость применимого права домицилия или основной деятельности (центра эксплуатации), регулирование на основе концепции «единого производства» (принципа «универсальности») эта теория характеризуется и некоторыми недостатками: местное законодательство по целям и задачам может существенно разниться по сравнению с правопорядком иностранного производства, являющегося основным; местные кредиторы вынуждены участвовать в процедуре и подчиняться положениям иностранного права; в связи с участием в иностранном производстве неизбежны дополнительные расходы по предъявлению требований и получению удовлетворения, что особенно затруднительно для кредиторов с небольшими исками; не исключены проблемы с определением места основной деятельности; в стране основного производства могут применяться ограничения на расчеты с нерезидентами; активы, которые в случае территориального производства подлежали бы распределению среди кредиторов данной юрисдикции, в едином производстве могут

когда налицо взаимосвязанные отношения, так что от того или иного «выбора закона» по одному отношению зависит определение прав и обязанностей по второму отношению. Отвергая позицию единой коллизионной привязки для предварительного и основного вопросов, мы приходим к выводу, что нет необходимости выдвигать «предварительный коллизионный вопрос» как самостоятельную категорию коллизионного права» (*Лунц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С.234—235).

Полностью разделяя мнение авторитетного ученого в части невозможности подчинить и предварительный, и основной вопрос одному и тому же коллизионному принципу, если только тому не соответствует фактический состав отношения, полагаем необходимым категорически возразить ему в той части, что будто бы нет нужды выделять «предварительный коллизионный вопрос» в особую категорию МЧП. Несмотря на то, что «предварительный коллизионный вопрос», бесспорно, должен решаться аналогично любой другой коллизионной проблеме на основе присущей ей коллизионной формулы и в этом плане здесь нет особой категории коллизионного права, выделение его в качестве таковой применительно к МЧП вообще целесообразно, хотя бы только для того, чтобы отстоять упомянутый принцип независимости коллизионных привязок, определяющих его разрешение как отдельного «коллизионного вопроса», пусть и «предварительного».

быть направлены на удовлетворение требований трудовых обязательств или фиска (налоговых требований) государства единого производства, как первоочередных в пределах данной территории основного производства[1].

Как трудности, так и достижения той или иной теории либо подходов, зафиксированных в национальном законодательстве отдельных стран, можно проследить на конкретных делах о несостоятельности в связи с «трансграничными банкротствами», которые стали предметом анализа в мировой юридической литературе.

Компания «Maxwell Communication Corporation» (MCC), учрежденная в Англии, имела свыше 400 дочерних отделений по всему миру. Большая часть этих отделений находилась в США. После того как MCC оказалась неспособной выполнить свои финансовые обязательства, в Англии против нее были начаты процедуры по несостоятельности. Параллельно с этим было возбуждено производство в рамках добровольной реорганизации в США на основании главы 11 Свода законов о банкротстве (US Bankruptcy Code), поскольку 75 проц. активов MCC находились в этой стране. Таким образом, в Лондоне были назначены управляющие, а в США — экзаменатор (специальное лицо, назначаемое по решению суда для контроля за действиями должника в соответствии со схемой «должник во владении» — debtor in possession). В решении американского суда указывалось: управляющие и экзаменатор будут действовать совместно в расследовании активов, обязательств и финансового состояния MCC и снижении дублирования усилий; будут принимать меры для целей реорганизации корпорации в смысле главы 11 Свода законов о банкротстве США и процедуры управления по английскому Закону о несостоятельности (Insolvency Act). Английский суд имел приблизительно те же цели, что и позволило его представителям подписать с английской стороны протокол, в котором определялся список компаний, находившихся под совместным управлением, а также дочерние компании холдинга MCC, по отношению к некоторым стороны не будут инициировать ликвидационные процедуры по главе 7 US Bankruptcy Code без согласования друг с другом. Разработанная схема предполагала, что английские управляющие будут представлять руководство компании в Англии и США, экзаменатор же будет выполнять контрольные функции в соответствии с гл. 11 Свода законов о банкротстве. Несмотря на значительное своеобразие английской и амери-

[1] См.: *World Ph.* Principles of International Insolvency. L., 1995. P. 228. Ch. 13—17.

канской процедур, удалось, как пишут специалисты, совместить правовые конструкции двух стран (реорганизацию по праву США и официальное управление по праву Англии).[1]

Однако далеко не всегда действия судебных и иных официальных органов могут осуществляться в подобной гармонии.

В начале 90-х гг. Американская транспортная морская компания (US Lines — USL) попала в затруднительное положение: в ее активах было 1,25 млрд. долл., в пассивах же 1,27 млрд. долл. При этом обязательства USL перед английскими кредиторами составляли 2,4 млн. фунтов стерлингов, а ее активы в стране (Великобритании) — 270 тыс. фунтов. Руководство USL заявило в США об открытии реорганизационных процедур по гл. 11 Свода законов о банкротстве. Согласно этому акту открытие таких процедур приостанавливает любые действия в отношении активов должника во всем мире, где бы они ни находились. Между тем английский суд удовлетворил требования отечественных кредиторов об аресте активов USL в Англии. Американский управляющий потребовал снятия ареста и перевода всех активов USL в США для реорганизационных процедур. Английский суд отказал в разрешении на перевод, мотивировав свой отказ тем, что он выдал бы разрешение, если бы производились не реорганизационные, а ликвидационные процедуры, а также если бы активы USL собирались из всех стран в целях единого ликвидационного производства и всем кредиторам обеспечивалось бы одинаковое обращение. Поскольку же такой уверенности у английского суда нет, то все активы USL «блокируются в Англии для удовлетворения требований английских кредиторов»[2].

§ 4. Признание и приведение в исполнение иностранных решений о банкротстве

Как видно из последнего примера, равно как и в целом из существа отношений, главными вопросами в «трансграничных банкротствах» оказываются, во-первых, оптимизация судебного производства по делам о несостоятельности, точнее минимизация усилий по его осуществлению, как для судебных органов, так и для

---

[1] См.: *Степанов В.В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. С. 181—183; *Grierson Ch. K.* Current Developments in International and Comparative Insolvency Law. P. 592.

[2] Ct.: *Flint C.* Cross—Border Insolvency. Birmingham, 1991. P. 5; *Grierson Ch. K.* Op. cit. P. 594.

заинтересованных лиц — кредиторов, в сочетании с достижением справедливого результата, и, во-вторых, наступление необходимых правовых последствий в виде обеспечения юридического действия решения о несостоятельности, т.е. исполнительной силы вынесенного судом решения, в других странах. Теоретически подобному требованию может удовлетворить теория «единого производства», т.е. «универсальная» концепция. Однако ее действенность может быть достигнута только в случаях, когда все государства мира строят свои правовые системы на свойственных ей положениях. Разумеется, что это далеко от реальности. На практике, даже если то или иное государство и разделяет теорию «универсальности», оно стремится сузить ее сферу. Основным следствием данной теории является единство процесса по несостоятельности юридического лица. Между тем, скажем, Англия, будучи в принципе страной «универсального» подхода, тем не менее признает существование производства по банкротству в нескольких странах. Предваряя более подробное рассмотрение данных вопросов на примерах отдельных государств общими замечаниями, следует указать, что ни Брюссельская (ЕС), ни Луганская (ЕАСТ) конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам не распространяются на банкротства, судебные процедуры, касающиеся ликвидации несостоятельных компаний или других юридических лиц, судебных договоренностей, соглашений или аналогичных им процедур (ст. 1). Это обусловливает разрозненность соответствующей практики интересующих нас стран.

Так, если процедура банкротства инициирована в *Англии*, считается, что она относится ко всем активам компании, где бы они ни находились и в чем бы ни выражались, т.е. даже к недвижимости, расположенной за границей. В то же время действия иностранного официального управляющего будут признаны только в отношении движимых вещей, находящихся за рубежом. Что же касается недвижимости, расположенной в Англии, английский суд должен выдать особый приказ, разрешающий иностранному управляющему продать данное имущество для целей осуществления процедур по несостоятельности. При этом характерна трактовка специалистами положений ст. 426 английского Закона о несостоятельности 1986 г., предусматривающих признание судебных решений, принятых в соответствующей стране в связи с несостоятельностью какого-либо лица. Она сводится к тому, что выражение «соответствующая страна» относится только к странам Содружества —

Британского Содружества Наций[1]. Таким образом, иностранное производство о несостоятельности не приводит к автоматической остановке процедур против должника в Англии. Однако английские суды стараются не допускать несправедливых действий со стороны отдельных кредиторов. Во многих необходимых случаях, если в другом государстве инициированы процедуры по несостоятельности какого-либо лица, в Англии открывается полное или дополнительное по отношению к основному иностранному производству судебное производство о несостоятельности для защиты интересов местных кредиторов[2]. Форма, содержание и объем таких процедур в Англии зависят от размера и вида активов, категории кредиторов страны, в которой открыто первичное производство, разряда кредиторов в Англии, наличия взаимности в подобного рода отношениях с данным государством и т.д.

Немаловажный практический интерес представляют также нормы поправок, введенных в 1995 г. в Закон о несостоятельности 1986 г. в связи с принятием Закона (некоторых положений) о международном частном праве Англии. Речь идет о том, что если банкрот стал стороной в контракте, содержащем арбитражную оговорку, до начала производства дела о несостоятельности, доверительный управляющий определяет, приводить или нет ее в действие по вопросам договорных отношений, которых она касается. Если он одобряет контракт, арбитражное соглашение будет действовать обычным порядком, т.е. равным образом в случаях, когда управляющий является истцом и когда он выступает ответчиком. Если же доверительный управляющий сочтет, что вопрос, по которому заключено арбитражное соглашение, требует того, чтобы дело решалось в рамках целей и процедур банкротства, то с согласия комитета кредиторов или любого другого участника соглашения он обращается в суд, который с учетом всех обстоятельств дела вправе издать приказ о том, чтобы вопрос был передан на арбитражное разбирательство в соответствии с арбитражным соглашением (ст. 349А). При этом в статье подчеркивается, что понятие «суд» означает орган, который обладает компетенцией на рассмотрение дел о несостоятель-

[1] Об этом, в частности, пишет Чарльз Дж. Б. Флинт (см.: *Flint Charles J.B.* Corporate Insolvency and Rescue: the International Dimension. Cross—Border Insolvency. Boston, 1993. P. 5).

[2] *Grierson Ch. K.* Concurrent Insolvency Jurisdiction. Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law. Oxford, 1994. P. 583, 584.

ности. Отсюда можно заключить, что подобным органом может выступать и суд иностранного государства.

Во всем этом бесспорно проявляется «усеченное» признание теории «универсальности», или «единого производства».

В *США* так же, как и в Англии, суд может возбудить дополнительное по отношению к процедурам, ведущимся в иностранном государстве, производство о банкротстве по заявлению представителя, назначенного иностранным судом, принудительно исполнить судебное решение против должника, осуществить предварительное обеспечение или принудительно взыскать обеспечительное средство, передать иностранному взыскателю имущество несостоятельного лица (см. §304 US Bancruptcy Code). В ходе выполнения этих действий суд руководствуется следующими принципами: справедливое обращение по отношению ко всем истцам; защита американских кредиторов от предвзятого подхода и неудобств в рамках иностранного производства; предотвращение неправомерного, преференциального или обманного оборота имущества, находящегося во владении должника; распределение вырученного имущества в соответствии с положениями Свода законов о несостоятельности США; проявление вежливости и др.

Вспомогательное производство имеет свои отличия от обычного, или основного, производства по банкротству, открываемого по заявлению должника, кредиторов, иностранного представителя и т.д. по одному и тому же объему активов. Главными из них являются следующие: вспомогательное производство осуществляется в пределах юрисдикции конкретного штата, что крайне осложняет задачу концентрации активов в одном месте; не все способы признания сделок недействительными могут иметь место в процессе такого производства; схема «должник во владении» не применяется; должник или кредиторы при открытом вспомогательном производстве могут ходатайствовать о начале основного производства. Решение в зависимости от конкретных обстоятельств принимает суд[1].

Признание иностранных судебных решений о банкротстве может быть осуществлено в *Германии* при условии, что суд ФРГ признает иностранное учреждение компетентным принимать подобного рода решения, а также если подобным исполнением не затрагивается существо положений немецкого правопорядка (оговорка о публичном порядке). В Германии, как и в ряде других стран, теория

[1] См.: *Степанов В.В.* Проблемы трансграничной несостоятельности... С. 119.

«универсальности» сосуществует параллельно с принципом «территориальности»: представитель, назначенный иностранным судом, может оспорить в суде ФРГ сделку, которая не могла бы быть оспоримой по германскому праву, но является таковой по праву иностранного государства («универсальность»). В то же время открытие производства за рубежом не означает, что в Германии нельзя инициировать соответствующие процедуры применительно к активам несостоятельного лица, находящимся в этой стране (принцип «территориальности»), которые будут ограничены объемом таких активов.

Во *Франции* Закон о восстановлении предприятий и ликвидации их имущества в судебном порядке от 25 января 1985 г. №85—98, одноименный декрет 1985 г. №85—1388, а также Закон о конкурсных управляющих, ликвидаторах и экспертах по определению состояния предприятий, являющиеся основными источниками правового регулирования в области рассматриваемых отношений, устанавливают подведомственность дел о несостоятельности преимущественно торговым судам (трибуналам), хотя в некоторых случаях не исключается подсудность и гражданским судебным учреждениям, а также процедуру начала производства (в частности, по требованию прокурора Республики, выступающую как главная специфическая особенность французского производства).

По свидетельству Ф. Вуда, во Франции предусматривается возможность открытия против несостоятельного лица производства параллельно иностранным процедурам и независимо от них. Иностранным кредиторам предоставляется право заявлять свои требования и участвовать во французском производстве. Характерно, что один из непростых для очень многих стран, разделяющих теорию «единого производства», вопрос — о том, как быть, если иностранный кредитор получил удовлетворение в ином государстве, нежели в том, где осуществляется процедура банкротства, — разрешен во Франции весьма определенным образом: полученное в иностранном государстве засчитывается в размер требования во французском производстве.

Возбуждение самостоятельных процедур, независимых от процессов банкротств в иностранном государстве, свойственно, что было показано, не только Франции, но и ряду других стран, причем повсюду в таких случаях они объявляются как обеспечивающие цели защиты позиций национальных кредиторов. В итоге трудно говорить о единстве усилий мирового сообщества в решении про-

блем трансграничной несостоятельности с учетом развития международного сотрудничества и его интересов.

Действующее законодательство *Японии* в рассматриваемой области данной страны исходит, в сущности, из принципа реабилитации несостоятельного лица. В соответствии со ст. 381 Торгового кодекса Японии 1899 г. (Закона №48 с последующими изменениями и дополнениями), «если существующее положение дел компании и другие обстоятельства дают основания предполагать возможность неплатежеспособности или превышения долговых обязательств над имуществом компании, суд по заявлению директоров, аудиторов, акционеров, непрерывно, по крайней мере в течение последних шести месяцев владеющих акциями в размере не менее трех сотых общего количества выпущенных акций, или кредиторов, в отношении которых компания имеет обязательства, соответствующие не менее одной десятой части капитала, вправе распорядиться, чтобы компания начала реорганизацию». Если компетентные власти, осуществляющие надзор за деятельностью компании, сочтут, что указанные обстоятельства существуют, они могут известить об этом суд. В подобной ситуации суд вправе по своей инициативе издать приказ о начале реорганизации.

В случаях, когда сделано распоряжение о начале реорганизации или признано, что она соответствует интересам кредиторов и нет опасности нанесения необоснованного ущерба лицу, требующему проведения конкурсного производства, суд вправе по истечении определенного срока распорядиться о прекращении конкурсного производства (ст. 384). Если предполагаются обстоятельства, которые могут серьезно помешать осуществлению ликвидации, суд по заявлению ликвидатора, аудитора, акционера компании или по своей инициативе вправе приступить к специальной ликвидации. Она применяется и в случаях, когда есть основания полагать, что обязательства компании превышают ее активы (ст. 431 ТКЯ). При наличии распоряжения суда о начале специальной ликвидации, когда возможность достижения соглашения не имеет перспективы, суд вправе вынести решение о банкротстве в соответствии с Законом о банкротстве.

Поскольку согласно законодательству Японии иностранные компании, намеревающиеся осуществлять коммерческие сделки в качестве способа продолжительного осуществления предпринимательской деятельности на территории этой страны, обязаны назначить представителя в Японии и создать контору по месту его жи-

тельства или в другом месте, которое укажет это лицо (ст. 479 ТКЯ), т.е. обеспечить регистрацию, а также ввиду того, что иностранная компания относительно целей применения законодательных актов, за исключением случаев, когда в самом акте предусмотрено иное, считается компанией, имеющей аналогичный характер, что и созданные в Японии (ст. 485—2 ТКЯ), ликвидация иностранной компании по изложенным выше обстоятельствам подчиняется здесь тем же правилам, которые применяются и в отношении «отечественных», т.е. японских компаний (ст. 421—424, 430—456, кроме тех из них, которые неприменимы по своей юридической природе, а также ст. 340, 399 и др.). Следовательно, суд вправе издать распоряжение о закрытии конторы иностранного юридического лица по требованию министра юстиции, акционера, кредитора или другого заинтересованного лица в случаях, если наряду с прочим последняя прекратила платежи. Все изложенное позволяет сделать вывод о том, что, связывая деятельность иностранных компаний и обществ с территорией своего государства, Япония и в случаях несостоятельности таких образований следует принципу территориального производства.

Практически все государства обусловливают состояние банкротства признанной судом или добровольно объявленной должником невозможностью и вследствие этого отказом лица платить по своим обязательствам. При этом, как правило, понимается, что речь идет не об одном, а о совокупности кредиторов. Ранее подчеркивалось, что различные правовые системы по-разному устанавливают основания объявления лица несостоятельным, неодинаково регулируют порядок и условия осуществления мер по предупреждению банкротства, проведения внешнего управления и конкурсного производства и т.д., а также иные отношения, возникающие при неспособности должника удовлетворить в полном объеме требования кредиторов, в том числе по принудительному исполнению судебных решений. Не составляет в этом смысле исключения и законодательство *Российской Федерации.*

В соответствии с российским законом дела о банкротстве юридических лиц и граждан, в том числе индивидуальных предпринимателей, рассматривает арбитражный суд по месту нахождения должника — юридического лица и по месту жительства индивидуального предпринимателя (ст. 29 Закона о несостоятельности (банкротстве). Заявления о признании должника банкротом принимаются судом, если требования к должнику — юридическому лицу

составляют в совокупности не менее 500, а к должнику — физическому лицу — не менее 100 минимальных размеров оплаты труда, причем если указанные требования не погашены в течение трех месяцев, за исключением случаев, когда федеральным законом специально предусматривается иное. Для определения задолженности, просроченной более трех месяцев, принимается во внимание размер денежных обязательств и (или) обязательных платежей без учета установленных законодательством РФ штрафов и пеней и иных финансовых (экономических) санкций (ст. 4 Закона). Требования кредиторов, по которым должником не представлены возражения в предусмотренный законодательством срок, признаются установленными в размере, заявленном кредиторами. Требования кредиторов, по которым заявлены возражения, рассматриваются арбитражными судами в порядке, установленном Законом о несостоятельности (банкротстве) (ст. 46). Дела о банкротстве не могут быть переданы на рассмотрение третейского суда.

Проблема несостоятельности стала особенно актуальной в Российской Федерации вследствие августовского кризиса 1998 г. и обозначившейся в результате угрозы «суверенного дефолта», которая вызвана прекращением со стороны России платежей по государственным облигациям федерального займа и краткосрочным облигациям (ОФЗ и ГКО), а также государственному долгу СССР. Указанные события применительно к инструментам, размещавшимся на иностранных рынках через коммерческие банки, не могли не вызвать цепной реакции в сфере финансовых операций последних. Таким образом, ныне проблема так называемой реструктуризации долгов (что в контексте современного делового языка в условиях, когда не найдено более подходящего термина для перевода с английского «re-scheduling», означает не что иное, как пересмотр сроков уплаты долга), в том числе и государства, как и коммерческих организаций, являвшихся партнерами иностранных контрагентов, а в ряде случаев и объявления их несостоятельными должниками, представляется одной из краеугольных в сегодняшнем международном частном праве.

Правом на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом в Российской Федерации обладают должник, кредитор и прокурор. Кроме того, в связи с неисполнением обязанности по уплате обязательных платежей правом обращения в суд наделены налоговые и иные уполномоченные в соответствии с федеральным законодательством органы.

Например, в декабре 2000 г. налоговой инспекцией Центрального административного округа г. Москвы в Арбитражный суд г. Москвы был заявлен иск о ликвидации ряда юридических лиц, в том числе и телевизионной компании НТВ, входящих в медиа-холдинг «Медиа-Мост», в составе которых есть и иностранные участники.

В отдельных случаях, определенных законом, это право может принадлежать и иным категориям лиц (ст. 6 Федерального закона РФ о несостоятельности (банкротстве). Поскольку нормы упомянутого акта никак не конкретизируют признаков такой категории, как «кредиторы» с точки зрения их национальной принадлежности, следует прийти к определенному выводу о том, что ими могут быть и субъекты, созданные, организованные и существующие согласно правопорядку другого государства (иностранные физические и юридические лица). В этом смысле данные положения целиком и полностью корреспондируют правилам ст. 1 Закона о несостоятельности (банкротстве). Таким образом, в нынешних условиях в российские органы арбитражного суда могут адресоваться все материальные требования, в том числе и иностранных участников делового оборота.

Федеральная служба России по делам о несостоятельности и финансовому оздоровлению письмом от 11 марта 1999 г., а также Высший Арбитражный Суд РФ письмом от 20 января 1999 г. осуществили необходимые разъяснения по вопросам, связанным с применением процедур банкротства и применением законодательства о несостоятельности в Российской Федерации. В данных актах акцентируется внимание на некоторых деталях использования соответствующих стадий процесса банкротства. Так, уточняется, что реорганизационные процедуры могут быть назначены арбитражным судом лиши при наличии реальной возможности восстановить платежеспособность должника.

Один из кредиторов обратился в арбитражный суд с заявлением о признании его должника несостоятельным (банкротом). При рассмотрении дела суд установил, что помимо этого у должника имеется еще ряд кредиторов, а также существует задолженность в бюджеты различных уровней. Суд исследовал баланс организации и, установив превышение долгов над стоимостью имущества, принял решение о признании его несостоятельным. Однако это решение было обжаловано кредитором, который обратился с ходатайством о назначении реорганизационных процедур с введением внешнего управления имуществом должника. Ходатайство было отклонено по

мотивам непредставления доказательств того, что восстановление платежеспособности должника возможно. Законность судебного акта проверялась апелляционной и кассационной инстанциями. Изучение доводов заявителя и материалов дела показало, что при принятии решения суды всех инстанций тщательно ознакомились с представленными как должником, так и кредиторами документами. Утверждения заявителя о том, что иностранный банк согласился выдать должнику кредит в размере 20 млн. долларов, не было принято в качестве доказательства возможности восстановления платежеспособности, так как в деле наличествовала лишь переписка о выделении средств с соблюдением условия о представлении банку для утверждения сетевых графиков выполнения работ по конкретным объектам. Слушание дела судом осуществлялось в течение продолжительного времени, однако доказательств реальности получения средств должником от иностранного инвестора, а также каких бы то ни было документов, подтверждающих перспективы улучшения финансового положения организации-должника, судом получено не было[1].

В том, что касается второго из указанных в начале раздела требований, а именно о признании и исполнении иностранных судебных решений, вынесенных по делам о банкротстве, в международном масштабе, то здесь нужно сразу же поставить гипотетический вопрос: обладают ли такие решения какими-либо специфическими особенностями, которые могли бы обусловить отклонения от общей практики принудительного исполнения? Представляется, что ответ должен быть отрицательным — как и всякое другое решение иностранного суда, судебные акты по делам о несостоятельности (банкротству) подчиняются общему порядку, предусмотренному нормами национально-правового и международно-правового регулирования.

В частности, согласно российскому Закону о несостоятельности (банкротстве) от 8 января 1998 г. решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности признаются на территории РФ в соответствии с международными договорами Российской Федерации (п. 7 ст. 1). При отсутствии международных договоров РФ решения иностранных судов по делам о несостоятельности признаются на территории России на началах взаимности, если иное не установлено федеральным законом. В анализируемой сфере действует

---

[1] См.: *Весенева Н.* О некоторых вопросах рассмотрения дел о банкротстве // Хозяйство и право. 1999. № 1. С. 137.

общее правило о превалировании положений международных соглашений, если имеют место расхождения между нормами национального права и международных договоров.

Основными договорами, применяемыми для целей взаимного признания и исполнения судебных решений о банкротстве и связанных с ним последствий, со стороны Российской Федерации выступают двусторонние договоры о правовой помощи, которые регламентируют взаимоотношения сторон без конкретизации того, о каких решениях идет речь.

Например, в российско-польском договоре от 16 сентября 1996 г. (пока не вступившем в силу) уточняется, что условия о признании и исполнении, предусмотренные договором, распространяются на решения судов по гражданским делам, а также приговоры судов по уголовным делам в части возмещения ущерба, причиненного преступлением. Судебными решениями в смысле договора считаются также утвержденные (заключенные) судом мировые соглашения по гражданским делам имущественного характера (ст. 52). Решение подлежит признанию и исполнению на территории другой договаривающейся стороны, если оно вступило в законную силу по законодательству стороны, судебным учреждением которой было вынесено; в соответствии с договором, а при отсутствии в нем необходимой регламентации — законодательством договаривающегося государства, на территории которого решение должно быть признано и исполнено, дело не относится к исключительной компетенции органов этой договаривающейся стороны; если по тому же делу между теми же сторонами не было вынесено вступившего в законную силу решения судом договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть исполнено, и если между этими же сторонами не было начато ранее производство в суде другого государства, на территории которого решение должно быть признано и исполнено; если решение суда третьего государства по тому же делу между теми же сторонами не было признано и исполнено на территории договаривающегося государства, где решение должно быть признано и исполнено (ст. 53).

В ходе осуществления процедур по признанию и исполнению решения компетентен суд государства, на территории которого решение должно быть исполнено. В производстве по признанию и исполнению суд ограничивается установлением того, что условия, предусмотренные договором, выполнены. К признанию и исполнению судебного решения иностранного государства применяется законо-

дательство той договаривающейся стороны, на территории которой решение должно быть исполнено (в том числе по вопросам формы ходатайства о признании и исполнении). Если на территории договаривающегося государства, суд которого вынес решение, исполнение было приостановлено, то на территории другой договаривающейся стороны приостанавливается производство по признанию и исполнению, а если уже ведется производство по принудительному исполнению, приостанавливается это производство (ст. 55). Таким образом, становится очевидным, что заключившие договор государства — Россия и Польша — исходят из возможности самостоятельного ведения процедур в области имущественных споров, в том числе и по несостоятельности, а, значит, и признания принципа территориального производства при вынесении судебных решений в этой сфере.

Страны—участницы СНГ связаны по крайней мере тремя соглашениями международного характера, в которых вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений получили соответствующую регламентацию. К ним относятся: Конвенция о правовой помощи и правоотношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. и Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств—участников Содружества от 6 марта 1998 г. Последний из актов был заключен на основе Договора о создании Экономического союза от 24 сентября 1993 г. для целей обеспечения согласованного порядка разрешения хозяйственных споров между субъектами хозяйствования и беспрепятственного исполнения решений компетентных судов одной договаривающейся стороны на территории других государств. Исходя из содержания его ст. 3, вступившее в законную силу решение компетентного суда одной страны исполняется на территории другой договаривающейся стороны в бесспорном порядке: банк, обслуживающий должника, производит списание присужденной суммы с банковского счета должника в соответствии с правилами, установленными Соглашением 1998 г. Обращение взыскания на имущество должника производится в соответствии с законодательством государства местонахождения должника по ходатайству взыскателя в компетентный суд того государства, о котором идет речь. В случаях, не охватываемых данным международным договором, признание

и исполнение решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов осуществляется на основе других вышеперечисленных соглашений стран СНГ.

Очередность, процедура, пределы взыскания и меры для обеспечения исполнения решения компетентного суда определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой производится взыскание (ст. 4). Взыскание производится на таких же условиях, как и исполнение решения собственного суда данной договаривающейся стороны. По ходатайству взыскателя должностное лицо, на которое возложено исполнение судебных решений, при соблюдении требований Соглашения обязано по месту нахождения имущества должника обратить взыскание на это имущество (движимое и недвижимое) и обеспечить перевод взыскателю денежных сумм, полученных от его реализации, если наличных денежных средств на счете должника оказывается недостаточно для погашения долга (ст. 10).

Предусматриваемый в Соглашении 1998 г. механизм исполнения судебных решений представляется вполне приспособленным и для нужд исполнительных мер по делам о несостоятельности. Бесспорный порядок исполнения судебных решений, предусматриваемый Соглашением от 6 марта 1998 г., в сопоставлении с упрощенным порядком их исполнения в соответствии с Соглашением 1992 г. (см. об этом далее, в гл. 33) дает безусловные преимущества по более оперативному удовлетворению требований кредиторов несостоятельного лица, причем в случаях, когда решение должно быть исполнено в нескольких странах, международный договор регулирует в известной степени и координацию исполнения. Так, если исполнение решения уже начато или решение частично исполнено на территории какого-либо из участвующих в Соглашении государств, при представлении в компетентный суд ходатайства о взыскании необходимо предъявить документы, подтверждающие этот факт, с указанием оставшейся суммы или имущества, подлежащего взысканию (ст. 3).

Национальные банки участников международно-правового Соглашения осуществляют контроль за беспрепятственным взысканием денежных сумм всеми банковскими учреждениями по решениям компетентных судов договаривающихся государств, вступивших в законную силу, в пределах полномочий, предоставленных им национальным законодательством и международными договорами (ст. 12).

§ 5. Международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности

Закономерно, что государства заинтересованы в устранении всяческих, в том числе и рассмотренных выше типов барьеров в привлечении и взаимном поощрении иностранных инвестиций, развитии кооперационных, производственных и торговых связей, которые по большей части реализуются крупными компаниями.

В таких обстоятельствах риск возникновения различного рода конфликтов в результате финансовых осложнений в деятельности хозяйствующих субъектов и обусловленных этим банкротств весьма велик. Взаимоприемлемый для заинтересованных сторон выход из данного положения в конкретных практических ситуациях зачастую зависит от факторов субъективного порядка.

Крупный частный банк, имеющий разветвленную сеть филиалов во множестве стран мира (BCCI — Bank of Credit and Commerce International), в 1991 году испытывал значительные финансовые трудности. На момент, когда встал вопрос о ликвидации, существовали следующие корпоративные образования: BCCI, s.a. — банк, учрежденный в Люксембурге, BCCI Overseas, инкорпорированный на Каймановых Островах, BCCI Holding, также существующий по законодательству Люксембурга. Процедуры несостоятельности в отношении BCCI были возбуждены в Англии, Люксембурге и на Каймановых Островах, в рамках которых в 1992 г. открывались конкурсные производства, параллельно чему в одних странах их государственные банки стали контролировать финансовые потоки BCCI, а в других — производились процедуры ликвидации отделений BCCI. Основные акционеры BCCI находились в Саудовской Аравии. Заинтересованные стороны предложили «инвестиционное соглашение» между акционерами и кредиторами, по которому в обмен на дополнительные инвестиции со стороны акционеров кредиторы уменьшали размер требований к своим должникам по соответствующим искам. Однако соглашение не было утверждено судом Люксембурга. Кроме того, было предложено соглашение об объединенной процедуре урегулирования долгов, предусматривавшее следующее: 1) выручка от реализации активов, собранная ликвидаторами, будет передаваться в место основной процедуры; 2) все кредиторы, чьи иски будут приняты, получат одинаковое обращение; 3) ликвидационные процедуры, производимые в отношении отделений в иных, кроме Люксембурга и Каймановых Островов, государствах, будут являться дополнитель-

ными по отношению к процедурам, имеющим место в Люксембурге или на Каймановых Островах. Соглашение об объединенной процедуре урегулирования долгов состояло из основного соглашения (между ликвидаторами Люксембурга, Каймановых Островов и Англии) и дополнительных договоренностей: между ликвидаторами Люксембурга и иных стран, «привязанных» к Люксембургу дополнительными процедурами, а также между ликвидаторами Каймановых Островов и другими ликвидаторами. Отдельную позицию в пакете достигнутых договоренностей составляло соглашение между ликвидаторами BCCI s.a. и BCCI Holding, которое было необходимо прежде всего для разрешения проблемы принадлежности активов то ли первой, то ли второй из указанных компаний. В результате было принято решение об объединении активов и кредиторов BCCI, s.a. и BCCI Holding. Суды Англии, Люксембурга и Каймановых Островов вынесли соответствующие постановления о том, чтобы ликвидаторы заключили соглашение об объединенной процедуре урегулирования долгов.[1] На это, безусловно, понадобился достаточно большой объем практических усилий, времени и средств.

Таким образом, изложенное в отчетливой форме подтверждает существование в сложившихся международных отношениях насущных потребностей в изыскании адекватных правовых инструментов преодоления трудностей, которые объективно несет с собой явление трансграничной несостоятельности. Думается, что недопущение либо по крайней мере эффективное разрешение подобного рода и иных коллизий в рассматриваемой области международных отношений возможно посредством заключения специальных международных договоров.

Нелишне заметить в этой связи, что так называемые негосударственные средства регулирования (т.е. не имеющие обязательной юридической силы) — генеральные соглашения, проформы, типовые условия и т.д., — отдавая должное важности этой проблемы, нередко содержат положения, предназначенные отразить ситуацию в части состояния прав и обязанностей сторон в случае возникновения несостоятельности (банкротства) или угрозы банкротства одной из них. Например, Генеральное соглашение, разработанное Международной ассоциацией дилеров по сделкам «своп» и с производными

[1] См.: *Степанов В.В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. С. 184—185.

ценными бумагами, имея в виду характеристику соответствующих событий как фактов неисполнения обязательств, весьма подробно перечисляет признаки «банкротства» в смысле целей и содержания документа.

Некоторые документы, посвященные в принципе регулированию других отношений, тем не мене уделяют специальное внимание вопросам прав и обязанностей сторон в случаях несостоятельности. Так, в Конвенции УНИДРУА 1988 г. о международном финансовом лизинге особо оговариваются обстоятельства разрешения ситуаций, когда лизингодатель или лизингополучатель впадают в состояние несостоятельности.

В подобных случаях вещные права лизингодателя на оборудование, согласно п.1 (а) ст. 7 Конвенции, противостоят правам доверительного управляющего по несостоятельности или кредиторов лизингополучателя, включая кредиторов, являющихся держателями исполнительных документов по принудительному исполнению. В контексте положений Конвенции «доверительный управляющий по несостоятельности» означает и включает в себя ликвидатора, административного управляющего или любое иное лицо, которое назначено в целях управления имуществом лизингополучателя в интересах кредиторов (п. 1 (б) ст. 7). Если согласно применимому правопорядку вещные права лизингодателя в отношении предмета лизинга противостоят правам вышеуказанных лиц исключительно при соблюдении правил, предписывающих публичное уведомление, соответствующие права будут действительными только при условии следования таким нормам.

Для целей осуществления рассматриваемых положений международного договора, если речь идет о зарегистрированном судне, являющемся предметом лизинга, применимым правом считается право государства, в котором в момент, когда упомянутое выше лицо становится управомоченным на обращение к подобным нормам, данное судно зарегистрировано на имя лица, выступающего судовладельцем (при этом фрахтователь судна по бербоут-чартеру не рассматривается в качестве владельца судна); в отношении летательных аппаратов, которые зарегистрированы в соответствии с Чикагской конвенцией о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 г., — право государства, в котором воздушное судно внесено в реестр; в том, что касается другого имущества, относящегося к той или иной категории, которое обычным порядком может перемещаться из одной страны в другую, включая и двигатели летательных

аппаратов, — право того государства, на территории которого данное оборудование находится; в отношении любого другого имущества — право государства местонахождения.

На двусторонней основе специальные договоры, используемые исключительно в целях разрешения вопросов трансграничной несостоятельности, заключаются редко[1], многосторонние договоры исключительны. В течение длительного периода времени несколько организаций пытались создать конвенционные документы, которые регулировали бы процедуры банкротств. В частности, в 1925 г. Гаагская конференция по международному частному праву разработала проект конвенции по вопросам банкротства (Гаагская конвенция о банкротстве от 7 ноября 1925 г.), которая так и не вступила в силу. С момента самого создания Европейских экономических сообществ (ЕЭС), точнее с 1960 г., началась работа над многосторонним документом в области несостоятельности. Концептуальные идеи разработки проекта исходили из принципа единства процедур, что выражалось, в частности, в предложении о взаимном признании производства по несостоятельности, ведущегося в одной стране—участнице, другими государствами и соответственно запрещении при этом возбуждения аналогичных процедур в иных странах. Содержащиеся в проекте конструкции опережали время, будучи несовместимыми с существовавшими условиями (что позволило специалистам назвать его «амбициозным»[2]), и не получили одобрения государств. В 1970 и 1980 гг. рабочие группы Европейского Союза (ЕЭС) представили проекты международных соглашений о банкротстве, юрисдикции и исполнении решений (см. Брюссельскую конвенцию о банкротстве, мировых соглашениях и аналогичных процедурах 1980 г.), которые также были отвергнуты из-за отсутствия адекватных решений в части прав, вытекающих из обеспечительных средств, особенно в области специальных видов продаж и т.п.

---

[1] См., например, французско-швейцарскую конвенцию 1869 г., французско-бельгийскую конвенцию 1899 г., французско-итальянскую конвенцию 1930 г., французско-монакскую конвенцию 1950 г., бельгийско-голландское соглашение 1925 г., бельгийско-австрийское соглашение 1969 г., германо-голландское соглашение 1962 г. и др.

[2] Такая оценка проекта была дана одним из его разработчиков — Председателем (1989—1995 гг.) Комиссии по подготовке проекта Конвенции о трансграничной несостоятельности Европейских экономических сообществ Манфредом Бальцем. См.: *Balz M.* The European Union Convention on Insolvency Proceeding // American Bankruptcy Law Journal. 1996. № 70. P. 492.

В результате ни один из инициировавшихся проектов многостороннего договора не был принят, а Конвенция стран ЕЭС о юрисдикции и признании судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г., заключенная в Брюсселе 27 сентября, и Конвенция стран ЕАСТ с аналогичным наименованием от 16 сентября 1988 г., как указывалось выше, исключают вопрос о банкротстве из сферы своего действия.

Однако в 1990 г. в рамках Совета Европы было рождено менее претенциозное соглашение — Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбул, 5 июня 1990 г.). Конвенция не ставит перед собой цели регулирования всех сторон, относящихся к трансграничным банкротствам. Главная ее задача — создать и обеспечить соответствующий правовой статус иностранного официального должностного лица, действующего в рамках процедур банкротства, в договаривающемся государстве. Это должно способствовать сохранению активов, находящихся на территориях других стран, в целях осуществления процедур банкротства, которые происходят в иностранных государствах, и обеспечению на законном основании интересов иностранных кредиторов из числа участвующих в международном договоре стран. В конвенции имеется факультативный раздел, в котором регулируется процедура открытия предварительного производства по банкротству в договаривающейся стране.

В соответствии с нормами Стамбульской конвенции, если иностранный ликвидатор желает получить доступ к активам, находящимся в другом государстве, он обязан опубликовать об этом сообщение, которое должно содержать указание на наличие у него полномочий и намерение предъявить иски к должнику на территории этого государства. Только после такой публикации все кредиторы, включая работников по найму, налоговые органы, вправе в течение 2 месяцев заявить в индивидуальном порядке свои иски. Истечение указанного срока дает иностранному ликвидатору возможность осуществить свои функции в отношении оставшихся активов.

Тот факт, что ни одна из упомянутых выше конвенций не вступила в силу, подтверждает, что впереди еще долгий путь по унификации норм, относящихся к трансграничной несостоятельности. Многие ученые сходятся во мнении, что этому процессу должна предшествовать унификация материальных норм в области ценных бумаг и обеспечения обязательств, а также некоторых коллизион-

ных норм в рассматриваемой сфере, что является conditio sine qua non эффективной унификации правоположений по банкротству.

Вместе с тем все указанные обстоятельства не стали препятствием для стран Европейского Союза, которые 25 сентября 1995 г. согласовали текст еще одного документа в рассматриваемой области — Конвенции о процедурах несостоятельности. Эта Конвенция не направлена на приведение к единообразию национально-правовых норм, касающихся банкротств, и имеет целью решение вопросов юрисдикции, применимого права и признания процедур по делам о несостоятельности в странах—членах ЕС. В числе задач, стоящих перед ее разработчиками, как об этом свидетельствуют публикации, стояло, во-первых, использование в допустимых пределах принципа единого производства и совмещение его с вторичными процедурами по банкротству; во-вторых, определение границ компетенции судебных учреждений в рамках основных и вторичных производств; в-третьих, гармонизация несовпадающих национально-правовых норм, препятствующих управлению при несостоятельности; в-четвертых, учет тенденций, существующих в законодательстве договаривающихся государств по закреплению реабилитационных процедур, и др.

Авторы Конвенции пытались предложить приемлемое для всех участвующих государств сочетание принципов единого производства с системой вторичных процедур, увязанное с такой схемой урегулирования долгов несостоятельного лица, которая учитывала бы защиту интересов национальных кредиторов. В результате получилась комбинация элементов единого производства с присутствием в ней в гораздо большей степени схемы параллельных территориальных производств[1]. Центральное производство открывается по месту ведения основной деятельности должника. Вторичное производство в другом государстве осуществляется по месту нахождения филиала или отделения несостоятельного лица и ограничивается пределами того объема активов, которые имеются в данном государстве. Важной характерной чертой содержания конвенционных предписаний в отношении вторичного производства является то, что оно может быть открыто даже ранее основного, если для него по действующему в данном государстве праву условия уже наступили, а для центрального еще нет. Открытие вторичного производства, предшествующего основному, допускается и в том случае, если

[1] См.: *Степанов В.В.* Проблемы трансграничной несостоятельности... С. 126—127.

процедуры по несостоятельности возбуждаются кредитором, учрежденным или имеющим зарегистрированное представительство на территории данного государства либо иск которого обусловлен деятельностью должника в этом государстве.

В вопросе о виде открываемых процедур и их трансформации из одной в другую Конвенцией 1995 г. воспринят подход германского Закона о несостоятельности: все процедуры начинаются как ликвидационные, а затем в зависимости от обстоятельств могут преобразоваться в реабилитационные. Она не препятствует допущению в качестве возможных всех известных праву стран—участниц ЕС процедур, включая оформление мирового соглашения, кроме модели французского досудебного урегулирования. Если положениями Европейской конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 г. не установлено иное, применимым правом является право страны, в которой возбуждены процедуры несостоятельности. Однако в силу ст. 5 Конвенции при открытии производств о несостоятельности в других договаривающихся государствах право обеспечения требований за счет активов, расположенных в иных государствах (за пределами договаривающихся), этими производствами не затрагивается. Конвенция обусловливает применение прочих региональных международно-правовых документов. Так, если у должника и кредитора существуют встречные требования друг к другу, имеет место обращение к правилам Европейского соглашения о зачете встречных требований. В Конвенции присутствуют специальные положения по отысканию правопорядка, подлежащего применению, в части признания сделок недействительными, прав и обязанностей сторон по действующим гражданско-правовым контрактам, регулирования сделок с ценными бумагами и др. Важным практическим значением обладают правила данного международного договора о том, что иностранные производства взаимно и безусловно признаются договаривающимися государствами.

Конвенция открыта для подписания. При этом планировалось, что в течение полугода с момента его открытия государства—члены ЕС могли бы подтвердить свое участие в ней. Это сделали все, кроме Великобритании. В настоящее время Конвенция еще не действует.

Проблемами несостоятельности занимаются и другие международные организации с более представительным кругом участников. В частности, Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) работает над проектом соответствующих междуна-

родных документов — типового закона и типового соглашения о трансграничной несостоятельности.[1]

Проект подготовлен экспертами правительств участвующих государств, привлеченными Комиссией, при содействии Международной ассоциации практических работников в области несостоятельности (Инсол Интернэшнл) и Международной ассоциации адвокатов. Помимо модельного закона,[2] ЮНСИТРАЛ одобрила также и руководство по его инкорпорации в национальное право государств. Комиссия ООН имела в виду в целях достижения поистине интернационального эффекта коллективных процедур банкротства предложить инструмент, направленный против должника по несостоятельности, основанный на сотрудничестве судебных инстанций и официальных управляющих (синдиков или ликвидаторов) различных государств. Хотя проект впитал в себя разнообразные идеи как национально-правового регулирования, так и предшествующих международных договоров (например, Европейской конвенции 1995 г., подписанной в Брюсселе): подтверждение особенностей банкротства банков и страховых компаний и обусловленное этим неприменение к ним общих норм о несостоятельности, принцип обязательного информирования выявленных иностранных кредиторов, равенства местных и иностранных кредиторов, иерархию между основными и вспомогательными производствами, — он в то же время отражает фундаментальные принципы коллективных процедур, которые имеются во всех законодательствах.

В основу соглашения заложены идеи параллельных производств. В преамбуле проекта говорится о целях регулирования, к которым относятся: сотрудничество между судами и компетентными органами; создание большей юридической определенности; справедливое и эффективное урегулирование случаев трансграничной несостоятельности для обеспечении интересов кредиторов и должни-

---

[1] Принят ЮНСИТРАЛ на ее 30-й сессии в 1997 году. Относительно будущей работы в этой области Австралия предложила Комиссии создать рабочую группу для разработки типового закона о несостоятельности юридических лиц в целях поощрения и содействия установлению эффективных режимов несостоятельности юридических лиц. Иными словами, речь должна пойти о том, чтобы достичь единообразия использования правовых средств для достижения социально значимых целей при регулировании несостоятельности. См.: Генеральная Ассамблея ООН. Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Тридцать вторая сессия. Вена, 17 мая — 4 июня 1999 года. (Документ ООН. Distr. GENERAL A/CN, 9/462 19 May 1999).

[2] См.: Vallens J-L. La loi-type de la Cnudci sur l'insolvabilité internationale. Dijon, 1998. Chr. 157; *Loquin E., Kessedjian C.* La mondialisatyion du droit. Dijon, 2000. P. 193—194.

ков; защита и максимальное повышение стоимости активов должника; содействие сохранению предприятий, находящихся в тяжелом финансовом положении, в целях защиты инвестиций и несокращения рабочих мест. Все кредиторы вправе участвовать в иностранных производствах, неся расходы самостоятельно. Исходя из этого, следует сделать вывод, что кредиторам с мелкими исками будут недоступны такие процедуры.

Специалистами проект оценивается как решающий в основном первую из вышеперечисленных задач и тем самым скорее создающий информационные условия для проведения процедур по несостоятельности, чем конструирующий сам механизм регулирования трансграничной несостоятельности. Главным стержнем проекта соглашения избран принцип места ведения бизнеса должника. Одним из проявлений связи проекта с теорией единого производства является закрепление положений о признании полномочий иностранного представителя и правовой помощи. Характеризуя предлагаемое соглашение в целом, следует подчеркнуть, что подлинной унификации в правовом регулировании трансграничной несостоятельности оно не достигает, поскольку о его эффективности можно говорить лишь в ограниченном количестве случаев, а именно, когда большинство кредиторов находится в одном государстве, а активы размещены в нескольких. Если же в различных государствах имеет место равномерное распределение по удельному весу в соответствующих объемах и кредиторов, и активов, соглашение создает правовую основу для информационного обмена между компетентными учреждениями, а также для кредиторов, что немаловажно, но недостаточно для решения главных задач трансграничной несостоятельности. Вот почему, думается, возникло предложение некоторых государств, о чем говорилось выше, продолжить разработку международными усилиями связанных с несостоятельностью юридических лиц проблем в соответствующем направлении.

Оценивая общее состояние дел в части существующей базы для выработки в международном масштабе единообразного правового регулирования общественных отношений, возникающих в рамках трансграничной несостоятельности, и, в частности, уровень заинтересованности в этом самых различных кругов юристов, нельзя не заметить того обстоятельства, что в данный процесс вовлекаются и неправительственные международные организации, о чем говорилось выше.

Среди существующих инициатив в анализируемой сфере получил известность проект соглашения о трансграничной несостоятель-

ности, подготовленный Комитетом J.[1] Согласно ему центральный форум, юрисдикция которого определяется критерием места ведения основной деятельности (бизнеса компании), обязан координировать сбор и управление активами несостоятельного должника. Подобная постановка вопроса сама по себе означает, что при этом, следовательно, не исключаются и параллельные производства. Вместе с тем в последних (однако это правило не распространяется на действия, возможные в центральном учреждении) удовлетворяются только обеспеченные требования кредиторов и таковые кредиторов первой очереди, что подлежит определению на основе соответствующих норм национального права государства суда (lege fori). Оставшиеся активы передаются в центральный форум. Освобождение должника от обязательств, произведенное на основе применимого права в центральном производстве, должно признаваться во всех договаривающихся государствах. Полномочия представителей также обладают универсальным признанием в договаривающихся государствах. Кредиторы, обладающие правом заявить первоочередные или обеспеченные требования и получившие удовлетворение в каком-либо из форумов, не могут претендовать на участие в дальнейшем распределении активов должника, пока остальные кредиторы, имеющие аналогичный статус и режим, не получат удовлетворения их притязаний. Вопрос об исковой силе требований кредиторов разрешается на основании норм национального права того государства, в судебное учреждение которого они заявляются. Очевидно, что рассматриваемый проект, в свою очередь, построен на идее комбинированного подхода к использованию двух конструкций — единого и параллельных производств. В некоторых моментах, как было показано, заметно преобладание универсалистских концепций.

Необходимость в единообразном правовом регулировании трансграничной несостоятельности заметна сегодня в достаточно широких международных масштабах, но особо ощутимо она проявляется в региональных отношениях. Это становится тем более насущной потребностью в условиях уже существующей перспективы интеграционного развития тех или иных государств. В настоящее время назревшая необходимость подобного рода регулирования определенных общественных отношений наблюдается в рамках Содружества Независимых Государств.

---

[1] См.: Конкордат по международной неплатежеспособности. Международная ассоциация адвокатов. 1995.

Период действия центробежных сил дезинтеграции, который характеризовал состояние межгосударственных связей между бывшими республиками Советского Союза тотчас же после его распада, сменился осознанием нужды для всех сотрудничающих субъектов в более тесном взаимодействии, в том числе и в сфере правового регулирования несостоятельности. Так, органами Содружества подготавливаются модельные законы как в части разработки общих норм гражданского права, так и в области специального регулирования. Именно к таким унификационным проектам относится закон о несостоятельности (банкротстве), который стал предметом обсуждения правоведов СНГ и Монголии на семинаре «Разработка модельного закона о банкротстве для стран СНГ» в Тбилиси в мае 1997 г. Закономерен вывод, что актуальность постановки вопроса о подобного рода правовом акте подготовлена объективными причинами, в числе которых, в частности, — создание и функционирование транснациональных объединений, компаний и финансово-промышленных групп, предназначенных действовать в рамках СНГ. Не исключено, что государства—участники Содружества в самом ближайшем будущем придут к необходимости заключения специального международно-правового договора по данному вопросу на базе согласования позиций и выработки единообразных подходов к правовому регулированию ключевых аспектов проблемы трансграничной несостоятельности: принципов юрисдикции и определения компетенции национальных судебных учреждений, систем конкурсного и иного производства, признания прав иностранных официальных управляющих, защиты прав кредиторов и восстановления платежеспособности должника, а также сохранения активов несостоятельного лица в интересах проведения реорганизационных мер.

Проведенный весьма краткий и отчасти фрагментарный обзор имеющихся на настоящем этапе проектов и принятых международно-правовых документов в области соглашений, посвященных регулированию трансграничной несостоятельности, все же позволяет на основе сравнительно-сопоставительного анализа обозначить положительные и отрицательные качества либо последствия тех или иных решений, заложенных в них. Однако даже самые совершенные предложения, разумеется, не смогут вместить в себя все разнообразие и глубину проблем, встречающихся в реальной жизни. Одной из таких проблем, неизбежно присутствующих как в рамках единого производства, так и территориальных производств, является отыскание и применение к отношениям правопорядка (мате-

риального права), регулирующего их по существу, а также действие гражданско-процессуального права соответствующего государства (а иногда и государств, поскольку в нынешних условиях нередко ставится вопрос о «недискриминации» процессуальных норм других государств, хотя и с учетом действия достаточно известного правила, что в принципе каждое судебное учреждение применяет процессуальные нормы своего собственного государства). Подобного рода сложности, думается, должны быть предметом тщательного и всестороннего исследования при разработке соответствующих положений соглашения о трансграничной несостоятельности стран СНГ.

Вообще же, по мнению ученых и практиков, заключение такого соглашения, работы над которым продвигаются достаточно активно, представляется логичным завершением процесса разработки и принятия модельного законодательства о банкротстве (несостоятельности).[1] Вопрос о предпочтении принципов «универсальной теории» или системы «территориальных призводств» должен, очевидно, решаться государствами СНГ с учетом опыта эффективности действия существующих международно-правовых аналогов общего или регионального характера.

Контрольные вопросы:

1. Каково содержание понятия «трансграничная несостоятельность»?
2. Какие факторы обусловливают явление трансграничной несостоятельности?
3. Что образует сферу возникновения коллизий в области трансграничной, или международной, несостоятельности? Каковы наиболее принципиальные расхождения, встречающиеся в праве различных государств, регулирующем несостоятельность?
4. С помощью каких критериев определяется компетенция национальных судебных учреждений при разрешении дел о несостоятельности (банкротстве)?
5. Каковы подходы национально-правовых актов различных стран к вопросу о предъявлении в местном суде требования о признании банкротом иностранного должника?
6. Какие известны теории и основанные на них принципы производства дел по несостоятельности (банкротству)? К каким соответственно результатам приводит их действие?

---

[1] См.: Вступительная статья В.В.Витрянского к работе В.В.Степанова «Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. С. 5. Предложения, касающиеся вариантов проекта такого соглашения, см. там же. С. 195—200.

В.В. СТЕПАНОВ

Несостоятельность (Банкротство)

в России, Франции, Англии, Германии

СТАТУТ
МОСКВА 1999

Глава IV. ПРОБЛЕМЫ ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

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 корпораций будет возрастать. Кроме того, следствием развития внешнеэкономических 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)[1].

К сожалению, в настоящее время существует правовая неопределенность при возникновении ситуаций трансграничной несостоятельности (отсутствует единообразная схема регулирования), и на практике в большинстве случаев возбуждаются независимые 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

[1] См.: *Powers T.* Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law // The Model International Insolvency Cooperation Act: A Twenty-First Century Proposal For International Insolvency Cooperation. – Oxford, 1994. P. 687.

неопределенности время разбирательств затягивается, структура активов распыляется и они теряют системные качества. В итоге страдают не только ущемленные несправедливым обращением кредиторы, но и весь мировой экономический организм в целом, что сказывается на уровне международной торговли[1]. 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. Исследованию национальных подходов посвящены вторая и третья главы данной работы. Результаты, полученные при проведении сравнительного анализа систем регулирования несостоятельности, позволили продолжить изучение правоотношений, связанных с банкротством в ситуациях трансграничной несостоятельности (глава четвертая).

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, как уже не раз говорилось в данной книге, 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 воз-

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

можной реабилитации. Французское регулирование вопросов несостоятельности своей основной задачей считает оздоровление предприятий в ущерб интересам кредиторов.

Цели регулирования разные. Соответственно и 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, т. е. 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 приступать к разработке схем регулирования, 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 анализируются проекты региональных конвенций (Европейской и СНГ) и проекты для ООН (комитета J и комиссии UNCITRAL). Основное внимание – 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

поднимается. В странах СНГ происходит реформа законодательства о несостоятельности (банкротстве). И уже сейчас необходимо выработать согласованную концепцию подхода к трансграничной (в пределах СНГ) несостоятельности. Так как 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 для СНГ модель.

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 домицилии должника или в месте ведения основного бизнеса). По теории параллельных территориальных производств в отношении одного субъекта проходят независимые территориальные производства параллельно в нескольких государствах.

К преимуществам модели единого производства (относительно модели параллельных территориальных производств) Philip R. Wood относит следующие факторы[1]:

низкая стоимость затрат на проведение процедур;

все кредиторы принимают участие в процедурах на равных условиях (в соответствии с положениями одного применяемого закона);

все активы должника собираются в одном месте;

применяются единые правила по ограничению действий кредиторов;

---

[1] См.: *Wood P.* Principles of International Insolvency. – London, 1995. P. 228.

кредиторы смогут предполагать, какое именно право будет применяться в случае несостоятельности контрагента (право домицилия или места основного ведения бизнеса).

К недостаткам рассматриваемой модели тот же автор относит следующие:

задачи местного законодательства о несостоятельности могут значительно отличаться от законодательства иностранного (основного) производства;

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.

Помимо факторов, на которые указал Philip R. Wood, следует обратить внимание еще на два обстоятельства. Во-первых, при использовании модели единого производства действия всех кредиторов легче проконтролировать. Во-вторых (это одно самых важных преимуществ модели единого производства), увеличивается возможность применения реабилитационных моделей, что позволит гораздо более эффективно сохранять технологическую целостность активов.

Анализ соотношения вышеуказанных преимуществ и недостатков есть не что иное, как сравнение характеристик модели единого производства с моделью параллельных территориальных производств. Если сравнить соотношение преимуществ и недостатков использования модели единого производства, то можно увидеть, что по своим характеристикам модель единого производства явно перекрывает параметры модели параллельных территориальных производств. Кроме того, при современном развитии информационных технологий гораздо проще предоставить

всем кредиторам адекватные возможности участия в иностранном производстве. Интеграционные процессы способствуют повышению уровня правового доверия между государствами, и, соответственно, уже можно ожидать, что время явного неприятия других систем регулирования несостоятельности прошло. Видна тенденция постепенного сближения концепций законодательства о несостоятельности. На основании вышеуказанного можно прийти к однозначному выводу о том, что модель единого производства является более прогрессивной с макроэкономической точки зрения. Также следует отметить, что эта модель соответствует процессам, происходящим в сфере межгосударственных отношений (интеграционные процессы).

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[1].

Как уже указывалось, несмотря на отмеченные выше недостатки, более прогрессивной моделью является схема единого производства. Но, к сожалению, степень правового доверия в вопросах трансграничной несостоятельности пока не достаточна для полного применения теории единого производства. Из исторического опыта можно увидеть, 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

[1] См.: *Flaschen Evan. D.* Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law // The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corporation International Insolvency. – Oxford, 1994. P. 621.

производств. И все же отдельные проявления принципов теории единого производства можно увидеть в положениях национальных законов, посвященных вопросам признания иностранных производств.

Предусматривается, что германские суды могут признавать иностранные судебные решения в отношении активов, находящихся на территории *Германии*[1]. 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. Иностранный представитель имеет право оспорить сделку, которую можно оспорить по иностранному праву, но нет оснований оспорить эту сделку по германскому праву[2]. Эта вышеприведенная часть статьи 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 судопроизводства[3].

В *США* суд по заявлению иностранного представителя может возбудить дополнительное к иностранному производство о несостоятельности, принудительно исполнить судебное решение в отношении должника, создать или принудительно взыскать право обеспечения, передать иностранному представителю имущество несостоятельного лица[4]. 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;

---

[1] Вводный закон к Insolvenzornung. Ст. 102, п. 1.

[2] Там же, п. 2.

[3] Там же, п. 3.

[4] US Bankruptcy Code, § 304.

предотвращение незаконного, предпочтительного и мошеннического обращения с собственностью;

распределение вырученного имущества по правилам Bankruptcy Code;

вежливость;

желательная 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 (уполномоченного 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 должника во владении[1]. При уже открытом вспомогательном производстве должник или кредиторы могут ходатайствовать об открытии самостоятельного производства. Как поступить в каждой конкретной ситуации – решает суд.

В праве *Англии* предусмотрена возможность возбуждения производства о несостоятельности в отношении компаний, инкорпорированных в другой стране[2]. Основания для открытия производства – компания ликвидируется или прекращает деятельность; компания неплатежеспособна; судебная ликвидация несостоятельного лица будет совершаться в интересах справедливости.

В статье 426 Insolvency Act (1986)[3] предусматривается признание иностранных судебных решений, принятых в соответствующей стране в связи с несостоятельностью какого-либо лица. Однако английские авторы отмечают, что формулировка «соот-

---

[1] См.: *Wood P.* Principles of International Insolvency. P. 262.

[2] Insolvency Act, 1986. Ст. 220.

[3] См.: *Grierson Christopher K.* Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law // Concurrent Insolvency Jurisdiction. – Oxford, 1994. P. 583.

ветствующая страна» относиться только к странам Содружества[1]. Практика показывает, что английские суды признают полномочия иностранного представителя, иногда требуя некоторых формальных действий (особенно в отношении к недвижимой собственности). Иностранное производство о несостоятельности не приводит к автоматической остановке любых действий против несостоятельного лица в Англии. Однако английские суды стараются не допускать несправедливых действий отдельных кредиторов[2]. В большинстве случаев в Англии открывается полное или дополнительное по отношению к иностранному судопроизводство о несостоятельности для защиты интересов местных кредиторов. В каждом конкретном случае английские суды весьма творчески решают дело. Решение зависит от размера и вида активов; от типа кредиторов; страны, в которой открыто иностранное производство; принципа взаимности, и т. д.

Законодательство *Франции* предусматривает возможность для французских кредиторов при наличии активов на территории страны открывать производство о несостоятельности в отношении любого должника[3].

Параллельное производство о несостоятельности может быть открыто независимо от наличия иностранного производства[4]. Иностранные кредиторы могут заявлять свои требования и участвовать во французском производстве (при этом учитывается размер денежных средств, полученных кредиторами в иностранном производстве).

Следует отметить, что такое сочетание теорий 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.

---

[1] См.: *Flint Charles J. B.* Corporate Insolvency and Rescue: the International Dimension // Cross-border Insolvency. – Boston, 1993. P. 5.

[2] *Grierson Christopher K.* Concurrent Insolvency Jurisdiction. P. 584.

[3] *Wood P.* Principles of International Insolvency. P. 237.

[4] Ibid. P. 264.

Если *Российская Федерация* заключит международные соглашения, регулирующие вопросы трансграничной несостоятельности, то будут применяться положения таких соглашений. 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[1]. 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 работы, необходимо расширит юрисдикционные полномочия российских судебных органов. Что касается действующего законодательства, то, скорее всего, в судебной практике можно будет увидеть решения, основанные на применении принципов и теории единого производства, а также теории параллельных территориальных производств. Это будет зависеть от конкретных обстоятельств дела.

Как уже отмечалось ранее, 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 рассматриваться в данной главе.

В настоящее время в СНГ проходит широкомасштабная реформа национальных законодательств о несостоятельности. Вполне можно предположить, что через некоторое время государства СНГ также будут стремиться к созданию механизма регулирования трансграничной несостоятельности внутри Содружества. В этой книге читателям предлагается модель такого механизма, основанная на максимальном использовании теории единого производства.

---

[1] Закон РФ «О несостоятельности (банкротстве)», 1997. Ст. 1.

2. Обзор некоторых случаев мировой практики

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

1. Компания Maxwell Communication Corporation (MCC) была инкорпорирована в Англии и имела свыше 400 дочерних отделений. Большая часть этих отделений находилась в США. После того как MCC оказалась не в состоянии выполнить кредитные обязательства, в Англии в отношении ее было возбуждено производство о несостоятельности. Почти 75% активов MCC находилось в США, поэтому MCC подало в США добровольное заявление для открытия реорганизационных процедур несостоятельности (по главе 11 Bankruptcy Code). Открытие процедур в Англии и США произошло с разницей в один день. Через четыре дня в Лондоне были назначены управляющие, а в Нью-Йорке – экзаменатор[1] для совместной работы с MCC. Их задачей было изучение обстоятельств дела и предложение схемы для наиболее справедливого удовлетворения требований всех кредиторов. В судебном решении американского суда[2] указывалось, что:

управляющие и экзаменатор будут действовать совместно в расследовании активов, обязательств и финансового состояния MCC, 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 стороны[3]. В протоколе определялся список компаний, находящихся под совмест-

---

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

[2] См.: *Grierson Christopher K.* Concurrent Insolvency Jurisdiction. P. 592.

[3] Протокол был разработан управляющими и экзаменатором для создания механизма судебного сотрудничества.

ным 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 – выполнять функции, предусмотренные главой 11 Bankruptcy Code[1]. 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 блокировать 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 таковое опоздание было результатом умышленного или в 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 несостоятельно-

[1] См.: *Flaschen E.* The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corporation International Insolvency. P. 625.

сти (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. Серьезным фактором была близость правовых систем, а также, как отмечалось выше, невозможность для английских кредиторов блокировать 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.

2. US Lines (USL)[1] – это транспортная морская компания. Когда она попала в затруднительное финансовое положение, ее активы составляли 1,25 млрд долларов, а пассивы – 1,27 млрд долларов. 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 нb 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 изо всех стран в единый ликвидационный процесс и всем кредиторам обеспечивалось одинаковое обращение. А поскольку такой уверенности ни у кого нет, то «активы USL блокируются в Англии в качестве обеспечения требований английских кредито-

[1] *Flint C.* Cross-Border Insolvency. – Birmigham, 1991. P. 5.

ров»[1]. После такого решения английского суда управляющие USL были вынуждены заключить с английскими кредиторами сепаратные соглашения, для того чтобы иметь возможность продолжения реорганизации USL в США.

3. Bank of Credit and Commerce 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 был одним из самых больших в мире частных банков. Финансовая неудача BCCI создала 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 BCCI. По этому соглашению 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 BCCI в других странах (кроме Люксембурга и Каймановых Островов), будут являться дополнительными по отношению к про-

[1] *Grierson Christopher K.* Concurrent Insolvency Jurisdiction. P. 594.

цедурам, 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, 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

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. Кроме того, важным фактором была близость культурных и правовых традиций. Эти выводы подтверждаются списком международных соглашений в области несо-

стоятельности[1]: – Франко-швейцарская конвенция 1869, Соглашения Монтевидео 1889, Франко-бельгийская конвенция 1899, Бельгийско-голландское соглашение 1925, Кодекс Бустаменте 1928, Франко-итальянская конвенция 1930, Северная (Nordic) конвенция 1933, Франко-монакская конвенция 1950, Германо-голландское соглашение 1962, Бельгийско-австрийское соглашение 1969, Германо-австрийский договор 1975, Франко-австрийская конвенция 1979.

В основном, первых соглашениях 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), 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 ЮНСИТРАЛ. Также интересен для анализа проект комитета J.

Европейская конвенция. 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 государствах[2]. Одна-

[1] *Wood P.* Principles of International Insolvency. P. 291.

[2] См.: *Balz Manfred.* The European Union Convention on Insolvency Proceeding // American Bankruptcy Law Journal. 1996. № 70. P. 492.

ко, как отмечает Манфред Бальц[1], этот проект оказался слишком амбициозен (предложенная модель не соответствовала реальному положению вещей) и между государствами не было достигнуто согласия.

Следующим этапом на пути к Европейской конвенции стала Стамбульская конвенция 1990 года, открытая для подписания в 1990 году. Ее основными идеями являлись[2]:

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 предназначаются 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 его 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 бы произошло. Видимо, это и

---

[1] *Manfred Balz* – (1989–1995) председатель Комиссии по подготовке проекта Конвенции о трансграничной несостоятельности Европейского Экономического Сообщества.

[2] См.: *Balz Manfred.* The European Union Convention on Insolvency Proceeding. P. 493.

были основные причины для ее неподписания государствами Европейского Экономического Сообщества.

В 1995 году был разработан новый проект Европейской конвенции о несостоятельности (далее – конвенция). Основные задачи этого проекта[1]:

1) использовать принцип единого производства в разумном размере;

2) создать единую систему, при которой договаривающиеся государства имели бы четкие обязанности;

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

4) четко определить границы юрисдикций центрального и вторичных производств;

5) гармонизировать спорные правила, которые мешают управлению при несостоятельности;

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

7) создать более эффективную и слаженную систему кооперации 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 эти производство ограничивается активами, находящимися в этом государстве[2]. Вторичное производство может быть возбуждено раньше центрального, только если:

---

[1] См.: *Balz Manfred.* The European Union Convention on Insolvency Proceeding. P. 495.

[2] Европейская конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 года. Ст. 3, п. 2.

по праву государства вторичного производства условия для такого 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 1995 года в вопросе вида открываемых процедур и их трансформации одной в другую используется подход нового германского закона о несостоятельности (Insolvenzornung)[1]. 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 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 затрагивается[2]. Если имеются встречные требования должника и иностранного кредитора, то используются пра-

---

[1] См.: *Balz Manfred.* The European Union Convention on Insolvency Proceeding. P. 500.

[2] Европейская конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 года. Ст. 5.

вила 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 производстве[1]. 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 иски 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 проблемами[2]). Анализ конвенции позволяет сделать вывод о том, что разработчики изо всех сил способствовали реальному принятию конвенции и в то же время стремились не отдать все, что хоть как-то связывало их с теорией единого производства.

Проект Соглашения о трансграничной несостоятельности, подготовленный комитетом J[3]. По проекту управление и сбор активов должно координироваться центральным форумом (в данном случае – это судопроизводство) в месте основного ведения бизнеса[4]. В каждом производстве (за исключением центрального) удовлетворяются требования только обеспеченных и приоритетных кредиторов по правилам национального права. Оставшиеся

---

[1] Европейская конвенции о трансграничной несостоятельности 1995 года. Ст. 32.

[2] См.: *Balz Manfred.* The European Union Convention on Insolvency Proceeding. P. 529.

[3] Конкордат по международной неплатежеспособности. Международная ассоциация адвокатов. 1995.

[4] Проект Соглашения о трансграничной несостоятельности. Pr. 2, п. A.

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 схем параллельных территориальных производств и единого производства).

Проект комиссии UNCITRAL[1]. В преамбуле проекта типового закона ЮНСИТРАЛ говорится, что целями соглашения о трансграничной несостоятельности 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 сохранения рабочих мест.

Из вышеприведенного перечня задач данный проект полностью решает только две первые. В решении третьей и четвертой

[1] Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли. Доклад рабочей группы. Проект типового соглашения ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. – Вена, 1997.

задач проект оказывает содействие, а к последней 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, предоставляемые 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 рассматриваемому 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 отсекаются от участия в иностранных производствах. Также в проекте соглашения не решена 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 были рассмотрены некоторые региональные и мировые модели регулирования трансграничной несостоятельности. Все они в той или иной степени сочетают схемы параллельных территориальных производств и единого производства. Такое сочетание отражает объективную реальность. Во-первых, как уже отмечалось, законодательства стран – участниц проектируемых соглашений предназначены для решения разных задач, и, что не менее важно, используют разные способы 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 кон-

АРБИТРАЖНЫЙ И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

№ 11 2010

Научно-практическое и информационное издание. Зарегистрировано в Госкомпечати. Рег. ПИ № ФС77-29216 от 23 августа 2007 г.
Издается ежемесячно.

Издательская группа «ЮРИСТ»

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:
Иванов А.А., Яковлев В.Ф., Арифулин А.А., Бойков О.В., Витрянский В.В., Исайчев В.И., Ренов Э.Н., Юков М.К.

РЕДКОЛЛЕГИЯ:
Носырева Е.И., д.ю.н., профессор; Осокина Г.Л., д.ю.н., профессор; Туманова Л.В., д.ю.н., профессор; Треушников М.К., д.ю.н., профессор; Шерстюк В.М., д.ю.н., профессор.

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:
Ярков В.В., д.ю.н., профессор

ЗАМ. ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА, РЕГИОНАЛЬНЫЙ РЕДАКТОР:
Дегтярев С.Л., д.ю.н. avtor@lawinfo.ru

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР ИЗДАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЫ «ЮРИСТ»:
Гриб В.В., к.ю.н., доцент

ЗАМ. ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА ИЗДАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЫ «ЮРИСТ»:
Платонова О.Ф., Трунцевский Ю.В., Фоков А.П.

РЕДАКЦИЯ:
Бочарова М.А., Калинина Е.С., Оводов А.А.

ЦЕНТР РЕДАКЦИОННОЙ ПОДПИСКИ:
Тел./ф.: (495) 617-18-88 (многоканальный)

Телефон редакции: (495) 953-91-08

Адрес для корреспонденции:
125057, Москва, а/я 15

E-mail для авторов: avtor@lawinfo.ru
Подписной индекс:
Роспечать – 47632; Почта России – 10746;
Объединенный каталог – 85473 (на полуг.)
Подписка на www.gazety.ru или www.lawinfo.ru
Номер подписан в печать 15.10.2010
ISSN 1812–383X

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа». Формат 60x90/8. Печать офсетная. Физ.печ.л.– 6,0. Усл.печ.л.– 6,0. Общий тираж 4 000 экз.

© Издательская группа «Юрист», 2010

В номере:

Актуальные вопросы науки и практики

Ерёменко А.С. О понятии юридической ошибки в правоприменительной деятельности 2

Семёнова А.А. О некоторых проблемах доказывания по делам о признании недействительными сделок по отчуждению жилых помещений 5

Чудиновская Н.А. Некоторые вопросы обеспечения иска по спорам о правах на недвижимое имущество: практический аспект 8

Немцева В.Б. Законная сила решения суда по делам об оспаривании нормативных актов 13

Соловьёва Т.В. Исполнение актов Конституционного Суда Российской Федерации в гражданском судопроизводстве 15

Компетенция арбитражных судов

Анохин В.С. Подсудность дел арбитражным судам и практика правоприменения 18

Несостоятельность (банкротство)

Собина Л.Ю. Международные тенденции и особенности признания иностранных банкротств в России 21

Вопросы пересмотра судебных актов вышестоящей инстанцией

Павлова Л.Н. Полномочие арбитражного суда кассационной инстанции по отмене судебного акта и передаче дела для рассмотрения по существу 25

Тимофеев Ю.А. К вопросу о восстановлении срока на подачу заявления (представления) о пересмотре судебного акта в порядке надзора в арбитражном процессе 28

Международный коммерческий арбитраж

Ерпылева Н.Ю. Международный коммерческий арбитраж: понятие, юридическая природа и источники правового регулирования 31

Николюкин С.В. Контрольные полномочия государственных судов в третейском судопроизводстве 36

Исполнительное производство зарубежных стран

Сибилёв Д.М. Генезис исполнительного производства в Украине: доктрина и тенденции 40

Законодательство, судебная практика

Гуменюк Т.А. Аналитический обзор судебной практики Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа, связанной с извещением лиц о процессуальных действиях административных и судебных органов в процессе производства по делам об административных правонарушениях 44

Журнал рекомендуется Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора наук.

Полная или частичная перепечатка материалов, опубликованных в журнале «Арбитражный и гражданский процесс», допускается только с письменного разрешения авторов статей или редакции. При перепечатке ссылка на журнал «Арбитражный и гражданский процесс» обязательна. Цена свободная.

Международные тенденции и особенности признания иностранных банкротств в России*

Статья посвящена рассмотрению особенностей реализации принципа взаимности в российском институте признания иностранных банкротств. В статье проводится анализ предложения Министерства экономического развития Российской Федерации об исключении принципа взаимности из российского института признания иностранных банкротств (содержащегося в главе X[1] «Производство по делам о трансграничных банкротствах» проекта федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и иные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования реабилитационных процедур»), на основе изучения опыта зарубежных стран и международных актов, действующих в области трансграничной несостоятельности. Делается вывод о необоснованности и недопустимости исключения принципа взаимности.

Ключевые слова: трансграничная несостоятельность (трансграничные банкротства), признание иностранных банкротств, территориализм, универсализм, принцип взаимности, принцип конвенциональной экзекватуры, позитивная и негативная взаимность.

The article is devoted to consideration of peculiarities of realization of principle of reciprocity in Russian institute of recognition of foreign bankruptcies. The article analyses the proposals of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation on exclusion of principle of reciprocity from Russian institute of recognition of foreign bankruptcies (containing in chapter X[1] «Proceeding on Cases on Transboundary Bankruptcies» of draft federal law «On Introduction of Changes into Federal Law «On Insolvency (Bankruptcy) and Other Legislative Acts of the Russian Federation in the Part of Improvement of Rehabilitation Procedures»), on the basis of study of experience of foreign countries and international acts acting in the sphere of transboundary insolvency. The author makes a conclusion on inconsistency and inadmissibility of exclusion of principle of reciprocity.

Key words: transboundary insolvency (transboundary bankruptcies), recognition of foreign bankruptcies, territorial behavior, universality, principle of reciprocity, principle of conventional exequatur, positive and negative reciprocity.

Собина Людмила Юрьевна, консультант, Управление международного права и сотрудничества Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, аспирант Российской академии правосудия
101000, Москва, М. Харитоньевский пер., д. 12.

В последнее время тема трансграничных банкротств (несостоятельности) привлекает все больше внимания[1]. На пике волны интереса к обозначенной теме Министерство экономического развития России даже разработало проект закона, одна из глав которого посвящена вопросам трансграничной несостоятельности[2]. Вместе с тем проблема трансграничной несостоятельности существует издавна, и истоки ее можно найти уже в XIII столетии. Так, Договор 1204 г. между Вероной и Трентом устанавливал правила передачи имущества иностранного должника между юрисдикциями, а Соглашение 1306 г. между Вероной и Венецией предусматривало порядок выдачи самого несостоятельного должника[3].

Из глубин веков до нас дошла история о банкротстве итальянского банка *Ammanati,* произошедшая с ним в 1302 г. Имущество, кредиторы и должники банка были разбросаны по всей Европе (Испания, Англия, Португалия, Франция), хотя сам он находился в Италии (Пистойя). В результате банкротства банка было закрыто его отделение в Риме, что вызвало панику в кругах Папского престола и духовенства, которые были его клиентами. В отчаянии они написали Папе Римскому Бонифацию XVIII письмо с просьбой вмешаться в ситуацию. Папским приказом владельцам банка было запрещено отчуждать его имущество, а должникам банка было предписано приостановить всяческие выплаты своим кредиторам без одобрения Папского престола. В страны, где находились должники банка, были разосланы судебные поручения. Таким образом, средневековому банку удалось собрать разбросанное по странам Европы имущество и расплатиться по своим долгам с итальянскими кредиторами, лишь заручившись поддержкой самого Папы Римского. К сожалению, современным кредиторам на помощь Папы Римского в подобных ситуациях уповать не приходится. Надеяться можно лишь на средства правового регулирования. Однако, несмотря на большое количество международных актов, существующих в сфере трансграничной несостоятельности[4], здесь остается множество болевых точек, одной из которых является вопрос признания иностранных банкротств.

* SOBINA L.YU. INTERNATIONAL TENDENCIES AND PECULIARITIES OF RECOGNITION OF FOREIGN BANKRUPTCIES IN RUSSIA

В целом вопрос о признании иностранных банкротств (распространении юридических последствий возбуждения, ведения и окончания производства по делу о банкротстве на территорию иностранного государства) имеет большое теоретическое и практическое значение. В ситуации, когда активы несостоятельного должника рассеяны по двум или более юрисдикциям, эффективность процедур банкротства, проводимых в одном государстве, зависит от степени их признания и сотрудничества с другими вовлеченными государствами. Это жизненно важно с точки зрения юриста, занимающегося банкротствами, который участвует в процессе и перед ним стоят проблемы отыскания, сбора и реализации активов должника, распределения сумм на справедливой и законной основе среди кредиторов[5].

Если основное производство по делу о банкротстве возбуждено в одном государстве, то, чтобы защитить основные активы, находящиеся в другом государстве, должник или управляющий банкротства должны обратиться в суд последнего за признанием банкротства. Непризнание повлечет невозможность включения зарубежных активов в основное производство, обращение на них взысканий местными кредиторами в индивидуальном порядке, невозможность провести реорганизацию должника, нарушение принципа равенства кредиторов и иные неблагоприятные последствия. Напротив, признание иностранной процедуры банкротства позволит защитить активы и бизнес должника во благо самого должника и его кредиторов. Это можно проиллюстрировать следующим примером.

В отношении компании-должника *Azabu* было возбуждено реорганизационное производство по главе 11 Кодекса о банкротствах США. В то же время часть имущества должника находилась в Японии. Чтобы защитить активы, необходимые для проведения реорганизации, от взысканий японских кредиторов, компания обратилась в Окружной суд города Токио за признанием американского производства. Токийский суд немедленно признал американское производство и распространил действие американского моратория *(automatic stay)* на территорию Японии. В результате реорганизация компании в США была успешно проведена, и ее удалось спасти от ликвидации[6].

Между тем вопрос признания иностранных банкротств решается каждым государством в одностороннем порядке[7], и не все правопорядки готовы в равной степени признавать иностранные банкротства. В зависимости от возможности признания, необходимости и последствий проведения специальных процедур различают ***два вида и четыре степени признания иностранных банкротств*** (согласно классификации, разработанной *Филиппом Р. Вудом*[8]). К видам такового относятся:

а) *полное непризнание* — в отсутствие международного договора иностранное банкротное производство не признается. При таком режиме процедуры банкротства, возбужденные государствами, с которыми не заключены международные соглашения, игнорируются и изолируются от имущества, находящегося в стране, признание которой испрашивалось (Дания[9], Швеция[10], Норвегия и Аргентина[11]);

б) *полное/частичное признание* — иностранные банкротства получают признание по проведении специальных судебных (или иных формальных) процедур, в которых проверяется соответствие их условиям, выдвигаемым национальным правопорядком, или без проведения таких процедур, но при обязательном соблюдении иностранным банкротством условий признания.

В свою очередь, существует четыре степени полного/частичного признания:

♦ ***автоматическое признание*** (*immediate recognition; recognition de plano; recognition ex proprio vigore*) — признание происходит без проведения судебных (иных формальных) процедур (Англия[12], США[13], Канада, Германия, Бельгия);

♦ ***ретроактивные процедуры признания*** *(retroactive recognition proceedings)* — требуется проведение судебных (иных формальных) процедур, которые при этом имеют ретроактивную силу. Ретроактивность процедуры означает введение моратория на индивидуальные действия должника и кредиторов, в результате чего кредиторы становятся обязанными вернуть имущество, полученное от должника по индивидуальным производствам после возбуждения иностранной процедуры банкротства, равно как и сделки, заключенные должником в этот период, становятся оспоримыми. По мнению *Ф. Вуда,* такую модель используют во Франции, Греции и Италии;

♦ ***неретроактивные процедуры признания*** *(non-retroactive recognition proceedings)* — требуется проведение судебных (иных формальных) процедур, которые, однако, не имеют ретроактивной силы. В качестве примеров Ф. Вуд называет Мексику, Гондурас, Панаму, Колумбию. Очевидно, такой способ признания не эффективен: длительный и затратный процесс выдачи экзекватуры не приводит к достижению желаемых правовых последствий, так как все полученное кредиторами с момента возбуждения иностранной процедуры банкротства остается за ними, а сделки должника, заключенные с момента возбуждения иностранной процедуры банкротства, оспорить невозможно.

♦ ***ограниченное признание*** *(recognition limited to asset collection)* — признание ограничено лишь возможностью собирать имущество. В пример *Ф. Вуд* приводит Финляндию и Нидерланды.

В свете сказанного небезынтересно проанализировать российский институт признания иностранных банкротств. Представляется возможным начать с законодательства, положения которого в вопросах трансграничной несостоятельности в настоящее время лаконичны и ограничиваются двумя нормами Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» (п. 6 ст. 1 и абз. 7 п. 3 ст. 29)[14].

К счастью, вопрос о признании иностранных банкротств подпадает под правовое регулирование, хотя и не в полной мере. Так, согласно п. 6 ст. 1 Закона решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории России в соответствии с ее *международными договорами.* При отсутствии международных договоров решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории России на началах *взаимно-*

сти, если иное не предусмотрено федеральным законом. Таким образом, Закон устанавливает два альтернативных *предварительных условия* признания: основное условие — наличие международного договора, субсидиарное условие — взаимность.

Издавна международные соглашения по вопросам банкротства были одним из самых эффективных средств обеспечения взаимного признания судебных решений в области банкротства. Заключение таких договоров было распространено в европейских странах (Австрия, Бельгия, Франция, Германия, Италия, Нидерланды) в период XVIII — середины XX в.[15], а также в странах Латинской Америки[16]. Между тем практика заключения международных соглашений в области трансграничной несостоятельности и требование наличия международного договора для признания иностранного банкротства, выдвигаемое российским правом, имеют между собой мало общего.

В странах, являющихся участницами подобных договоров, они предназначены *для упрощения режима признания иностранных банкротств*. Например, до того как положения Регламента о процедурах несостоятельности № 1346/2000 (далее — Регламент) заменили все двусторонние договоры стран ЕС, посвященные вопросам банкротства, эти договоры предусматривали автоматическое признание решений по делам о банкротстве, принятых судами договаривающихся государств[17].

Но Россия не является участницей ни одного договора по вопросам трансграничной несостоятельности (банкротства), поэтому становится непонятным, для чего в таком случае законодательно закреплено требование о наличии международного договора.

В целом начиная с XIX в. российское право последовательно проводило *принцип конвенциональной экзекватуры*, т.е. требовало в качестве непременного условия для признания и приведения в исполнение иностранного решения наличия международного договора[18]. И если в области признания иностранных судебных решений Россия является участницей определенного числа соглашений (Киевское соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г.; Минская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.; около сорока двусторонних соглашений подобного рода), то в области трансграничных банкротств требование о наличии международных договоров при фактическом отсутствии таковых явно служит иным целям, а именно — *обеспечению режима непризнания*: иностранные банкротства, возбужденные в государствах, с которыми не заключены международные соглашения, «игнорируются» и «изолируются» от имущества, находящегося в России.

Подобный подход не оригинален, он присущ и другим странам (Дания[19], Швеция[20], Норвегия и Аргентина[21]). Например, до введения на территории ЕС Регламента № 1346/2000 шведское законодательство не признавало решений иностранных судов по делам о банкротстве, вынесенных в государствах, с которыми не заключены международные договоры. Учитывая, что в области банкротства Швеция являлась членом одного лишь международного договора — Скандинавской конвенции по вопросам банкротства (*Nordic Bankruptcy Convention, 1933*), заключенной между Данией, Швецией, Норвегией, Финляндией и Исландией[22], — банкротные процедуры иных государств игнорировались[23].

Между тем использование принципа конвенциональной экзекватуры таит в себе ряд негативных последствий: (а) иностранный управляющий не имеет возможности реализовывать свои полномочия по отысканию и собиранию имущества, находящегося в иностранном государстве, и включению его в конкурсную массу производства по делу о банкротстве; (б) требования местных кредиторов государства предъявляются к должнику в индивидуальном порядке на территории государства, не признавшего иностранное банкротство; (в) должник продолжает совершать сделки с имуществом, находящимся в государстве, не признавшем иностранное банкротство.

Именно поэтому иностранные правопорядки и международные акты в области трансграничной несостоятельности отказываются от принципа конвенциональной экзекватуры. Со всей очевидностью от принципа конвенциональной экзекватуры стоило бы отказаться и российскому праву, поскольку он не соответствует открытости российских границ, доступности внешнеэкономической деятельности любому субъекту и провозглашаемым принципами равной защиты прав российских и иностранных лиц, а главное — потребности защиты прав российских лиц за рубежом.

Вместе с тем некоторое послабление режима конвенциональной экзекватуры уже произошло: законодательно была установлена альтернатива международному договору при признании иностранных банкротств — *принцип взаимности*. Однако реализация этого принципа вызывает не меньшие трудности и дискуссии, чем принцип конвенциональной экзекватуры.

(Окончание см. в следующем номере)

[1] Международные акты не дают точной дефиниции трансграничной несостоятельности, но определяют условия ее возникновения: (а) нахождение имущества должника, которое могло бы быть включено в конкурсную массу, на территории нескольких (более двух) государств; (б) участие в отношениях иностранных кредиторов (должника) (Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли о трансграничной несостоятельности 1997 г.; Регламент ЕС о процедурах несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 г.; Конвенция по вопросам международного частного права (Куба, 1928 г.); Договор о международном коммерческом праве (Монтевидео, 1889 г.); Договор по вопросам международного коммерческого права (Монтевидео, 1940 г.); Договор о международном процессуальном праве (Монтевидео, 1940 г.); Скандинавская конвенция по вопросам банкротства (Копенгаген, 1933 г.); Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбул, 1990 г.); Унифицированный акт ОХАДА «Об организации коллективных процедур ликвидации» (1998 г.); Принципы сотрудничества по делам о банкротстве между странами НАФТА и Руководство по вопросам судебного сотрудничества в ситуации трансграничной несостоятельности и иные). Федеральный закон от 26 октября 2002 г.

№ 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» определяет трансграничную несостоятельность как несостоятельность (банкротство), осложненную иностранным элементом (абз. 7 п. 3 ст. 29 ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон от 30 декабря 2008 г. № 296-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2009. № 1. Ст. 4). В настоящей статье под **трансграничной несостоятельностью (банкротством)** подразумевается комплексный институт международного частного права, состоящий из норм коллизионно-правового и материально-правового характера, регулирующих отношения, возникающие в связи с нахождением должника, с одной стороны, и его активов и (или) кредиторов, с другой стороны, в различных юрисдикциях (государствах).

[2] Глава X[1] «Производство по делам о трансграничных банкротствах», ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и иные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования реабилитационных процедур». URL: http://www.economy.gov.ru/minec/activity/sections/CorpManagment/bankruptcy/doc20040901_06

[3] Wood P. Principles of International Insolvency/ London, 1995. P. 291.

[4] Типовой закон Комиссии ООН по праву международной торговли о трансграничной несостоятельности 1997 г.; Регламент ЕС о процедурах несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 г.; Конвенция по вопросам международного частного права (Куба, 1928 г.); Договор о международном коммерческом праве (Монтевидео, 1889 г.); Договор по вопросам международного коммерческого права (Монтевидео, 1940 г.); Договор о международном процессуальном праве (Монтевидео, 1940 г.); Скандинавская конвенция по вопросам банкротства (Копенгаген, 1933 г.); Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбул, 1990 г.); Унифицированный акт ОХАДА «Об организации коллективных процедур ликвидации» (1998 г.); Принципы сотрудничества по делам о банкротстве между странами НАФТА и Руководство по вопросам судебного сотрудничества в ситуации трансграничной несостоятельности.

[5] Fletcher I. The law of insolvency. 2nd edn. // Sweets&Maxwell, London. 1996. P. 767.

[6] Ide Y., Silverman R. Insolvency law in Japan // ABI Journal, October 2009.

[7] Audit B. Droit international privй. 4 ed// Paris, 2006. P. 318 ; Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права // Ярославль, 1909. С. 170–171 ; Литвинский Д.В. Признание решений во французском и российском праве // СПб., 2005. С. 154 ; Канашевский В.А. Международное частное право : учебник // М., 2006. С. 591 ; Муранов А.И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003. С. 7.

[8] Wood P. Principles of international insolvency // London, 1995. P. 242–270.

[9] Закон Дании о банкротстве № 118 от 4 февраля 1997 г. (Konkursloven).

[10] Cooper N., Yarvis R. Recognition and enforcement of cross-border insolvency // Commercial law series, 2nd edn. 2003. P. 201–204.

[11] Wood P. Principles of international insolvency // London, 1995. C. 244.

[12] In Re Salomons v. Ross, (1764) I Hy. Bl. 131 n. Raeburn (1949) 26 B.Y.I.L. 177. P. 186-187 ; Nadelmann (1946) 9 M.I.R. 154 ; Insolvency Act 1986, article 426 Philip Smart. Cross-border insolvency. 2nd edn.

[13] Wood P. Principles of international insolvency // London, 1995. C. 245.

[14] Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

[15] Конвенция между Бельгией и Францией «О юрисдикции, действительности и приведении в исполнение судебных и арбитражных решений, а также аутентичных правовых актов» (Париж, 1899); Конвенция между Бельгией и Австрией «О банкротстве, ликвидации, мировых соглашениях и приостановлении платежей» (Брюссель, 1969); Конвенция между Бельгией и Нидерландами «О территориальной юрисдикции, банкротстве и приведении в исполнение судебных и арбитражных решений, а также аутентичных правовых актов» (Брюссель, 1925); Договор между Германией и Австрией «О банкротстве, ликвидации, урегулировании и мировых соглашениях» (Вена, 1979); Конвенция между Францией и Австрией «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение решений в делах о банкротстве» (Вена, 1979); Конвенция между Францией и Италией «О приведении в исполнение решений по гражданским и коммерческим делам» (1930); Конвенция между Италией и Австрией «О банкротстве, ликвидации и мировых соглашениях» (Рим, 1977); Конвенция между Королевством Нидерландов и Федеративной Республикой Германии «О взаимном признании и приведении в исполнение решений и актов по гражданским и коммерческим делам» (Гаага, 1962); Конвенция между Соединенным Королевством и Королевством Бельгия, предусматривающая взаимное признание и приведение в исполнение решений по гражданским и коммерческим делам (Брюссель, 1934); Скандинавская конвенция по вопросам банкротства между Данией, Швецией, Норвегией, Финляндией и Исландией (Копенгаген, 1933); Европейская конвенция «О некоторых международных аспектах банкротства» (Стамбул, 1990).

[16] Договор о международном коммерческом праве (Монтевидео, 1889; участвуют Аргентина, Боливия, Парагвай, Перу, Уругвай, Колумбия); Договор по вопросам международного коммерческого права и Договор о международном процессуальном праве (Монтевидео, 1940; участвуют Аргентина, Парагвай, Уругвай); Конвенция по вопросам международного частного права (Куба, 1928).

[17] См., например: ст. 7–8 Конвенции между Францией и Австрией «О юрисдикции, признании и приведении в исполнение решений в делах о банкротстве», Вена, 27 февраля 1979 г.; ст. 6–9 Конвенции между Италией и Австрией «О банкротстве, ликвидации и мировых соглашениях», Рим, 12 июля 1977 г.

[18] Энгельман И.Е. Об исполнении иностранных судебных решений в России. Типография Правительствующего Сената. СПб., 1884 ; Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Типография губернского правления. Ярославль, 1909. С. 169–212 ; Марков П. О приведении в исполнение решений судебных мест иностранных государств // Журнал Министерства юстиции, 1864. Год шестой. Том XXII. С. 25–46 (октябрь), С. 211–224 (ноябрь) ; Муранов А.И. Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003. С. 8, 13–17, 22–31, 43–45 ; Литвинский Д.В. Признание решений во французском и российском праве. СПб., 2005. С. 109–127 ; ст. 1273 Устава Гражданского судопроизводства 1864 г. // Издание Государственной канцелярии. СПб., 1866 ; примечание к ст. 255 ГПК РСФСР 1923 г. ; Указ Президиума Верховного Совета СССР «О порядке исполнения решений судов государств, с которыми СССР заключены договоры об оказании правовой помощи» от 12 сентября 1958 г. // Ведомости Верховного Совета СССР. 1958. № 23. Ст. 345 ; ст. 437 ГПК РСФСР 1964 г.; Указ Президиума Верховного Совета СССР «О признании и исполнении в СССР решений ино-странных судов и арбитражей» от 21 июня 1988 г. № 9131-XI ; п. 1 ст. 409 ГПК РФ ; п. 1 ст. 241 АПК РФ.

[19] Закон Дании о банкротстве № 118 от 4 февраля 1997 г. (Konkursloven).

[20] Cooper N., Yarvis R. Recognition and enforcement of cross-border insolvency // Commercial law series. 2nd edn. 2003. P. 201–204.

[21] Wood P. Principles of international insolvency // London, 1995. P. 244.

[22] В настоящее время Скандинавская конвенция заменена положениями Регламента о процедурах несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 г., и теперь Швеция обязана признавать банкротства, возбужденные в странах — членах ЕС.

[23] Cooper N., Yarvis R. Recognition and enforcement of cross-border insolvency // Commercial law series. 2nd edn. 2003. P. 201–204.

АРБИТРАЖНЫЙ И ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

№12 2010

Научно-практическое и информационное издание. Зарегистрировано в Госкомпечати. Рег. ПИ № ФС77-29216 от 23 августа 2007 г.
Издается ежемесячно.

Издательская группа «ЮРИСТ»

РЕДАКЦИОННЫЙ СОВЕТ:
Иванов А.А., Яковлев В.Ф.,
Арифулин А.А., Бойков О.В.,
Витрянский В.В., Исайчев В.И.,
Ренов Э.Н., Юков М.К.

РЕДКОЛЛЕГИЯ:
Носырева Е.И., д.ю.н., профессор;
Осокина Г.Л., д.ю.н., профессор;
Туманова Л.В., д.ю.н., профессор;
Треушников М.К., д.ю.н., профессор;
Шерстюк В.М., д.ю.н., профессор.

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР:
Ярков В.В., д.ю.н., профессор

ЗАМ. ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА, РЕГИОНАЛЬНЫЙ РЕДАКТОР:
Дегтярев С.Л., д.ю.н. avtor@lawinfo.ru

ГЛАВНЫЙ РЕДАКТОР ИЗДАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЫ «ЮРИСТ»:
Гриб В.В., к.ю.н., доцент

ЗАМ. ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА ИЗДАТЕЛЬСКОЙ ГРУППЫ «ЮРИСТ»:
Платонова О.Ф.,
Трунцевский Ю.В., Фоков А.П.

РЕДАКЦИЯ:
Бочарова М.А., Калинина Е.С., Оводов А.А.

ЦЕНТР РЕДАКЦИОННОЙ ПОДПИСКИ:
Тел./ф.: (495) 617-18-88 (многоканальный)

Телефон редакции: (495) 953-91-08

Адрес для корреспонденции:
125057, Москва, а/я 15

E-mail для авторов: avtor@lawinfo.ru
Подписной индекс:
Роспечать – 47632; Почта России – 10746;
Объединенный каталог – 85473 (на полуг.)
Подписка на www.gazety.ru или www.lawinfo.ru
Номер подписан в печать 23.11.2010 г.
ISSN 1812–383X

Отпечатано в типографии «Национальная полиграфическая группа». Формат 60x90/8. Печать офсетная. Физ.печ.л.– 6,0. Усл.печ.л.– 6,0. Общий тираж 4 000 экз.

© Издательская группа «Юрист», 2010

В номере:

Актуальные вопросы науки и практики

Федоров А.Ю. Оптимизация нагрузки судей арбитражных судов как одно из направлений обеспечения эффективности государственной политики противодействия рейдерству 2

Рогалева М.А. Иски в защиту неопределенного круга лиц и иски в защиту публичных интересов, предъявляемые в сфере рынка ценных бумаг 5

Гатин А.А. Процессуальные особенности судебного разбирательства по делам об оспаривании решений и действий (бездействия) представителей власти 9

Незнамов А.В. Депонирование экземпляров авторских произведений как элемент подведомственности юридических дел органам нотариата 11

Доказательственное право

Юдин А.В. Процессуальные проблемы назначения, проведения и оценки результатов экспертиз «давности» документов в гражданском и арбитражном судопроизводстве 14

Семенова А.А. О некоторых проблемах доказывания по делам о признании недействительными сделок по отчуждению жилых помещений 18

Несостоятельность (банкротство)

Карнаух В.П. Удостоверение полномочий арбитражного управляющего 22

Собина Л.Ю. Международные тенденции и особенности признания иностранных банкротств в России 26

Гражданский процесс зарубежных стран

Брановицкий К.Л. Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ 30

Исполнительное производство

Аболонин В.О. Проблема поворота исполнения некоторых судебных актов в гражданском процессе 33

Законодательство, судебная практика

Гуменюк Т.А. Аналитический обзор судебной практики Федерального арбитражного суда Восточно-Сибирского округа, связанной с извещением лиц о процессуальных действиях административных и судебных органов в процессе производства по делам об административных правонарушениях 37

Конференции, семинары, отзывы

Мурадьян Э.М. О судебном надзоре (заметки с конференции «Проблемы надзора в гражданском и арбитражном процессе в свете правовых позиций Европейского Суда по правам человека», Тверь, Тверской государственный университет, сентябрь 2010 г.) 41

Султанов А.Р. Отзыв на автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук Глазковой Марии Евгеньевны «Применение европейских стандартов отправления правосудия в российском арбитражном процессе» 45

Валеев Д.Х. Рецензия на статью Гатина А.А. «Процессуальные особенности судебного разбирательства по делам об оспаривании решений и действий (бездействия) представителей власти» 47

Информация СПС «КонсультантПлюс» 47

Журнал рекомендуется Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации для публикации основных результатов диссертаций на соискание ученой степени доктора наук.

Полная или частичная перепечатка материалов, опубликованных в журнале «Арбитражный и гражданский процесс», допускается только с письменного разрешения авторов статей или редакции. При перепечатке ссылка на журнал «Арбитражный и гражданский процесс» обязательна. Цена свободная.

Международные тенденции и особенности признания иностранных банкротств в России*

Статья посвящена рассмотрению особенностей реализации принципа взаимности в российском институте признания иностранных банкротств. В статье проводится анализ предложения Министерства экономического развития Российской Федерации об исключении принципа взаимности из российского института признания иностранных банкротств (содержащегося в главе X[1] «Производство по делам о трансграничных банкротствах» проекта федерального закона «О внесении изменений в Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» и иные законодательные акты Российской Федерации в части совершенствования реабилитационных процедур») на основе изучения опыта зарубежных стран и международных актов, действующих в области трансграничной несостоятельности. Делается вывод о необоснованности и недопустимости исключения принципа взаимности.

Ключевые слова: трансграничная несостоятельность (трансграничные банкротства), признание иностранных банкротств, территориализм, универсализм, принцип взаимности, принцип конвенциональной экзекватуры, позитивная и негативная взаимность.

The article considers the peculiarities of realization of the principle of reciprocity in the Russian institute of recognition of foreign bankruptcies. The article analyses the proposals of the Ministry of Economic Development of the Russian Federation on exclusion of principle of reciprocity from the Russian institute of recognition of foreign bankruptcies (consolidated in Chapter X[1] «Proceeding on the Cases on Trans-border Bankruptcies» of the draft federal law «On Introduction of Changes to Federal Law «On Insolvency (Bankruptcy)» and Other Legislative Acts of the Russian Federation in the Part of Improvement of Rehabilitation Procedures») on the basis of study of experience of foreign countries and international acts acting in the sphere of trans-border insolvency. The author concludes on inconsistency and inadmissibility of exclusion of the principle of reciprocity.

Key Words: trans-border insolvency (trans-border bankruptcies), recognition of foreign bankruptcies, territorialism, universality, principle of reciprocity, principle of conventional exequatur, positive and negative reciprocity.

Собина Людмила Юрьевна, консультант, Управление международного права и сотрудничества Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, аспирант Российской академии правосудия
101000, Москва, М. Харитоньевский пер., д. 12

(Окончание. Начало см. в № 11)

Вопрос взаимности в институте трансграничной несостоятельности до сих пор не имеет однозначного решения и за рубежом. Законодательство одних государств (Швейцария, Австрия, Россия, Чехия, Швеция, Бельгия) придерживается его, законодательство других нет (Англия, США).

Сам принцип взаимности (*reciprocity*) может существовать в двух вариантах: «узкая» и «широкая» взаимность. *«Узкая» взаимность* предполагает отказ в признании до тех пор, пока в практике судов другого государства отсутствуют решения о признании судебных актов первого. То есть для признания иностранного решения требуется доказать наличие хотя бы одного случая исполнения российского решения. Наоборот, при *широком понимании взаимности* судами одного государства признаются решения судов другого государства до тех пор, пока в последнем отсутствуют случаи отказа в признании судебных актов первого государства. То есть при «широкой» взаимности достаточно отсутствия отказа в исполнении российских решений, и доказательств существования хотя бы одного случая исполнения российского решения не требуется.

К сожалению, в российском правопорядке начиная с девятнадцатого столетия ученые и судьи последовательно поддерживают узкую трактовку принципа взаимности. Так, *Т.М. Яблочков* отмечал: «Несовместимо было бы с достоинством государства угодливо идти навстречу потребностям иностранных государств, не обеспечив и свои тождественные интересы в соответствующих государствах»[1]. Подобный подход виден и на примере следующего дела[2].

Решением суда по делам о банкротстве города Франкфурта-на-Майне в отношении должника-предпринимателя была открыта процедура конкурсного производства и назначен конкурсный управляющий. Должнику на весь период конкурсного производства было запрещено распоряжаться своим существующим и будущим имуществом, и распоряжение этим имуществом передавалось конкурсному управляющему.

До открытия в отношении должника процедуры банкротства в Германии в период осуществления им предпринимательской деятельности в Санкт-Петербурге было приобретено недвижимое имущество (квартира). Немецкий управляющий обратился в Арбитражный суд города Санкт-Петербурга и Ленинградской области с заявлением о признании и приведении в исполнение решения суда по делам о банкротстве города Франкфурта-на-Майне, а также о признании полномочий управляющего по распоряжению находящимся на территории России имуществом должника. Суд определил признать и

* SOBINA L.YU. INTERNATIONAL TENDENCIES AND PECULIARITIES OF RECOGNITION OF FOREIGN BANKRUPTCIES IN RUSSIA

привести в исполнение решение немецкого суда по делам о банкротстве, но отказал в части требований о признании полномочий управляющего.

Не согласившись с таким решением, должник подал кассационную жалобу. Выяснив, что между Россией и Германией отсутствует международный договор, предусматривающий приведение в исполнение решений судов по делам о несостоятельности, суд перешел к установлению взаимности в признании на территории Германии российских решений, по делам о банкротстве. При этом кассационный суд исходил из того, что под принципом взаимности понимается возможность приведения в исполнение решения суда по делу о несостоятельности (банкротстве) иностранного государства на территории Российской Федерации при условии признания на территории этого иностранного государства аналогичных решений арбитражных судов Российской Федерации (цитата из судебного акта).

Лишь найдя доказательство тому, что в Германии возможно признание иностранных решений вынесенных по делам о банкротстве (в силу Положения о несостоятельности), суд сделал вывод о наличии взаимности на территории Германии по отношению к российским решениям по делам о банкротстве, и решение немецкого суда было признано.

Тем самым российские суды требуют доказательств исполнения на территории иностранного государства российских решений (причем речь идет не о признании судебных решений вообще, а о признании решений по делам о банкротстве), т.е. придерживаются узкого понимания принципа взаимности. Непрезюмируемая взаимность требует доказывания «таким же образом, каким доказываются всякие другие положительные факты»[3]. Однако если взаимность должна быть доказана, то какое-то из государств должно своим поведением показать готовность к взаимному признанию: «требуя обеспечения взаимности, оба государства ожидают, что первый шаг в этом направлении сделает другое государство...»[4]. Получается, что и субсидиарное условие о наличии взаимности, применяемое при отсутствии международного договора, в ряде случаев не способно помочь выйти из положения в силу узкого его толкования.

Таким образом, анализ обоих предварительных условий признания иностранных банкротств показал, что в российском праве требование о наличии международного договора (принцип конвенциональной экзекватуры) совместно с узко понимаемой взаимностью *обеспечивают режим непризнания,* поскольку международных договоров в данной области Россия не имеет, а взаимность в вопросах банкротства установлена с очень ограниченным количеством государств и требует доказательств своего существования в любом случае. По всей видимости, лишь отказ от таких предварительных условий способен привести российский режим признания иностранных банкротств в соответствие с международными стандартами и тенденциями в данной области.

В настоящее время в международной практике и на уровне национальных правопорядков основной тенденцией формирования режима признания иностранных банкротств является стремление к упрощению процедур признания посредством установления *режима автоматического признания* и отказу от таких предварительных условий признания, как наличие международного договора или взаимность.

Практически все ныне существующие в области трансграничной несостоятельности международные инструменты основываются на принципе *автоматического признания иностранных банкротств* (Скандинавская конвенция по вопросам банкротства 1933 г.; Регламент ЕС «О процедурах несостоятельности» № 1346/2000; Унифицированный акт ОХАДА «Об организации коллективных процедур ликвидации» 1998 г.; Принципы сотрудничества по делам о банкротстве между странами НАФТА; Принципы и рекомендации Всемирного банка по созданию эффективной системы несостоятельности и защиты прав кредиторов; Конкордат о трансграничной несостоятельности, подготовленный Комитетом J Секции Коммерческого права Международной ассоциации юристов; Договоры Монтевидео по вопросам международного коммерческого права 1889 и 1940 гг. и Гаванская конвенция по вопросам международного частного права 1928 г. (Кодекс Бустаманте — только в отношении полномочий управляющих). Из принципа автоматического признания исходит также право Англии, Канады, Германии, Бельгии и некоторых других стран.

По сути, принцип автоматического признания заключается в распространении действия иностранных судебных актов, вынесенных по делам о банкротстве, на территории других государств, с момента их вынесения и без проведения специальных судебных или иных официальных процедур признания. Иными словами, признание происходит *ipso jure*, а последствиями такого признания, как и при проведении ретроактивных процедур признания, являются право иностранного управляющего собирать имущество, находящееся в признающем государстве, заморозка (приостановка) производства по индивидуальным искам кредиторов в отношении имущества, расположенного в признающем государстве, а также ограничение полномочий должника по распоряжению своим имуществом.

Например, Регламент «О процедурах несостоятельности» № 1346/2000[5] (далее — Регламент) вводит режим автоматического признания иностранных банкротств в рамках государств — членов ЕС. Так, согласно п. 22 преамбулы Регламента он следует режиму немедленного или автоматического признания (*immediate/automatic recognition*) иностранных решений об открытии процедур банкротства, решений, выносимых в ходе такого производства, решений, которыми производство по делу прекращается, а также решений, непосредственно связанных с таким производством по делу о банкротстве. Автоматическое признание ведет к тому, что последствия, которые связываются правом государства по месту возбуждения производства, действуют во всех остальных государствах — членах ЕС.

Вопросам признания иностранных банкротств посвящена глава II Регламента (ст. 16–26(1) включительно), которая так и называется «Признание процедур банкротства» (*Ch. II Recognition of insolvency proceedings*). Согласно *ст. 16* решение

суда об открытии процедуры банкротства, вынесенное судом государства — члена Сообщества, обладающим юрисдикцией в соответствии со ст. 3 Регламента, должно признаваться в других государствах-членах с того момента, как оно стало исполнимым (*become effective*) в государстве, открывшем такую процедуру. При этом признание решения об открытии иностранной процедуры банкротства означает наступление в любом государстве — члене Сообщества тех же правовых последствий, что наступили бы в принявшем такое решение государстве, без каких-либо формальностей, если иное не предусмотрено Регламентом или не открыто неосновное производство по делу о банкротстве в другом государстве-члене (*ст. 17*). Кроме этого, признание иностранного банкротства согласно Регламенту предполагает ретроактивные имущественные последствия. Так, кредитор, который получил удовлетворение после открытия основного иностранного производства, должен вернуть все полученное ликвидатору (*ст. 20*).

Пожалуй, лучшей иллюстрацией действия режима автоматического признания является дело *MG Probud Gdynia sp.z.o.o.*[6], в котором Европейский Суд Справедливости истолковал правила Регламента ЕС № 1346/2000 о признании иностранных банкротств.

Фабула дела такова. 9 июня 2005 г. Окружной суд Гданьска (Польша) вынес определение о возбуждении производства по делу о несостоятельности в отношении компании *MG Probud*, зарегистрированной в Польше и ведущей деятельность в Германии через представительство. А 11 июня 2005 г. по ходатайству Главного таможенного управления Германии суд Саарбрюккена арестовал счета представительства, а также наложил взыскания на требования представительства к немецким компаниям. Апелляционная жалоба компании была отклонена на основании того, что в отношении компании *MG Probud* в Польше было возбуждено дело о банкротстве, т.е. присутствовал риск того, что имущество, расположенное в Германии, будет передано в производство по делу о банкротстве. Встал вопрос о том, являются ли действия немецкой таможни и суда в отношении должника правомерными, коль скоро в другом государстве в отношении его открыто дело о банкротстве?

Европейский Суд Справедливости, основываясь на принципах универсальности основного производства и взаимного доверия, разъяснил, что только возбуждение вторичного (дополнительного) производства по делу о банкротстве способно ограничить универсальный эффект основного производства по делу о банкротстве (п. 22–27). Суд указал, что страны ЕС отказались от внутренних правил признания иностранных банкротств во имя создания единого механизма признания и приведения в исполнение судебных решений, вынесенных в рамках процедур банкротства (п. 29). Поэтому суд решил, что раз основное производство по делу о банкротстве было возбуждено в Польше, судьба имущества должника должна решаться на основании польского права на территориях остальных государств — членов ЕС (п. 43). Учитывая, что по праву Польши запрещено осуществлять принудительные меры в отношении имущества несостоятельного должника, органы Германии не могли арестовывать счета компании и осуществлять иные действия в отношении имущества должника, расположенного в Германии (п. 44). Главное, что суд также указал: решение об открытии процедуры банкротства в Польше должно было быть признано в других государствах-членах *автоматически,* без всяких формальностей и должно было произвести в этих государствах тот же эффект, какой имеет в Польше (п. 45).

С доктринальной точки зрения обращает на себя внимание принцип, использованный Судом Справедливости при разрешении названного дела, — *принцип универсальности.*

Как известно, для решения вопросов трансграничной несостоятельности государства издавна используют две концепции:

а) *концепцию территориальности*, согласно которой в отношении одного лица могут быть открыты разногосударственные процедуры банкротства, регулирование процедуры несостоятельности ограничивается внутренним правом, в конкурсную массу при проведении процедуры банкротства в данном государстве включается лишь имущество должника, находящееся на территории этого государства[7];

б) *концепцию универсализма*, которая возникла из идеи о возможности создания единого международно-правового механизма для решения проблем трансграничной несостоятельности (модель «одно право, один суд») и предполагает наличие единого производства в отношении должника, в котором назначается один управляющий (ликвидатор), все кредиторы заявляют свои требования в этом производстве, в которое к тому же включается все имущество должника, независимо от того, в какой юрисдикции оно находится[8].

Ранее примером страны, которая придерживалась принципа территориальности, была Япония[9]. В настоящее время законодательство Южной Кореи исходит из этого принципа (*Закон о конкурсе 1972 г.*). Современному праву известны и государства, воплотившие принцип универсализма в своем внутреннем законодательстве (Бельгия и Соединенное Королевство). Однако в целом теория территориализма, так же как и теория универсализма, в чистом виде с трудом применима на практике[10]. Поэтому возникли модифицированные концепции[11], которые допускают сосуществование основного производства по делу о несостоятельности, имеющего универсальный эффект, и территориальных вторичных (дополнительных, вспомогательных) производств, обладающих ограниченным действием (распространяются лишь на имущество, находящееся на территории этого государства, и имеют ликвидационную направленность). Таких теорий две: территориальность, основанная на сотрудничестве (*cooperative territoriality*)[12], и модифицированный универсализм (*modified universality*)[13].

В целях исследования института признания иностранных банкротств имеющим существенное значение является *принцип универсальности* (*universality principle*), который используется в теориях чистого универсализма и модифицированных теориях.

Принцип универсальности банкротства является ядром института признания иностранных банкротств, так как означает, что решения (акты), вынесенные в деле о банкротстве судом по месту нахожде-

ния базовой страны должника, приобретают экстерриториальный характер, а должник становится несостоятельным в международном масштабе. В свою очередь, названный принцип имеет две грани:

а) *универсальность внутренняя* — означает включение в конкурсную массу основного производства по делу о банкротстве всего имущества должника, в том числе находящегося за рубежом;

б) *универсальность внешняя* — означает признание иностранного производства и его последствий в других государствах[14].

Для создания эффективного механизма признания иностранных банкротств (в том числе для формирования режима автоматического признания) в его основу должен быть положен принцип внешней универсальности. Так, если юрисдикция суда, которой подчиняется должник, будет определена верно, такое производство по делу о банкротстве, его последствия и акты, вынесенные в ходе производства, будут иметь силу на территориях других государств, где у несостоятельного должника есть подразделения и (или) активы и кредиторы.

Использование принципа внешней универсальности, определяющей экстерриториальность действия актов суда, открывшего производство по делу о банкротстве, приобретает особую значимость с возрастанием числа международных банкротств[15] и одновременным отсутствием надлежащего правового регулирования (международных договоров и внутреннего законодательства), поскольку само по себе является механизмом регулирования трансграничной несостоятельности. Именно поэтому использование этого механизма удобно в переходные периоды, когда правовое регулирование ситуаций трансграничной несостоятельности только складывается и наращивается практика в этой области. Однако хотелось бы верить, что этот вопрос регулирования трансграничной несостоятельности будет решен в российском правопорядке в ближайшее время: будут заключены международные соглашения и внесены необходимые концептуальные изменения законодательного плана, которые развернут российский режим признания иностранных банкротств в сторону большей открытости, а возможно, и введут режим автоматического признания иностранных банкротств. Однако, несмотря на очевидные преимущества автоматического признания (отсутствие необходимости проведения специальных судебных процедур признания и прямое действие иностранных банкротств на территориях зарубежных государств), введение подобного режима в России породит жестокие споры, поскольку в российском праве традиционным является режим, требующий проведения специальных процедур признания. Но стоит иметь в виду, что автоматическое признание вовсе не означает, что иностранные банкротства смогут признаваться на безусловной основе, а российский правопорядок допустит на своей территории действие всех без исключения иностранных банкротств, не предъявляя к ним никаких требований. Определенный заслон из необходимого минимума требований должен всегда оставаться, чтобы не допускать проникновение в правопорядок несправедливых и незаконных актов (это задача уже оговорки о публичном порядке). Кроме того, суть режима автоматического признания состоит не в лишении механизма признания иностранных банкротств условий и оснований такого признания, а в упрощении процедуры признания: вместо проведения судебных процедур всякий раз акт иностранного суда, вынесенный в деле о банкротстве, сможет быть принятым во внимание и проверенным на соответствие необходимым условиям тем органом или должностным лицом, которые сталкиваются с необходимостью учета содержания иностранного судебного акта, вынесенного в деле о банкротстве. Сторона в деле о банкротстве или лица, в нем участвующие, таким образом, смогут ссылаться непосредственно на иностранные судебные акты, вынесенные в деле о банкротстве или связанные с делом о банкротстве, в суде или ином органе.

Впрочем, в определенных случаях проведение судебной процедуры признания все же может потребоваться: при наличии возражений со стороны кредиторов или иных заинтересованных лиц или при необходимости принудительного исполнения. Например, последнее правило установлено Регламентом ЕС. Так, Регламент различает решения об открытии процедуры банкротства и «иные решения» (ст. 25). «Иные решения» также признаются автоматически без каких-либо формальностей. Однако если решение требует исполнения, то согласно ст. 25 Регламента оно исполняется в соответствии с положениями ст. 31–51 (за исключением ст. 34(2)) Брюссельской конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам 1968 г. (далее — *Брюссельская конвенция 1968 г.*)[16]. Это же правило относится к решениям, непосредственно вытекающим из дела о банкротстве и тесно с ним связанным, даже если они были вынесены другим судом, а также к решениям о принятии обеспечительных мер.

Таким образом, можно сказать, что режим автоматического признания позволит избежать недостатков режима признания, при котором во всех случаях требуется проведение национальных процедур «легализации» иностранных банкротств, а также связанных с этим временных потерь. Вместе с тем национальный правопорядок все же будет защищен возможностью проведения в определенных случаях судебных процедур признания, в которых иностранное банкротство может быть проверено на соответствие устанавливаемым требованиям.

Подведем итог сказанному. Для приближения российского режима признания иностранных банкротств к международным стандартам, необходимо будет отказаться от существующих до сих пор в российском праве рудиментарных предварительных условий признания (принципов конвенциональной экзекватуры и узкой взаимности) и, возможно, потребуется введение режима автоматического признания. При этом необходимо иметь в виду, что подлинный режим признания иностранных банкротств (особенно режим автоматического признания) возможно создать лишь на международно-правовой основе, а не на основе национального регулирования, а это потребует заключения международных договоров и создания актов наднационального регулирования. Последнее

же возможно только в условиях взаимного доверия правопорядков *(principle of mutual trust)*.

[1] Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909. С. 179–180.

[2] См.: Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 08.11.2007 по делу № А56-22667/2007 ; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 11.01.2008 по делу № А56-22667/2007 ; Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 23.04.2008 по делу № А56-22667/2007 ; Определение Арбитражного суда города Санкт-Петербурга и Ленинградской области от 28.05.2008 по делу № А56-22667/2007 ; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 28.08.2008 по делу № А56-22667/2007.

[3] Энгельман И.Е. Об исполнении иностранных судебных решений в России // Типография Правительствующего Сената. СПб., 1884. С. 19.

[4] Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 425–426.

[5] См.: Council Regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 «On insolvency proceedings». Регламент принят единогласно 29 мая 2000 г., вступил в силу с 31 мая 2002 г.

[6] См.: Judgment of the Court of Justice of the European Union, Luxembourg, 21 January 2010, Case C-444/07.

[7] См.: Devos D. Specific cross-border problems regarding bank insolvencies and European harmonization efforts // International bank insolvencies — A central bank perspective, 1999. P. 311 ; Torremans P. Cross-border insolvencies in EU, English and Belgian law // Kluwer law international. Hague, 2001. P. 3 ; Мохова Е.В. Обеспечение «изначальной предсказуемости» при определении «базовой страны должника» в случаях трансграничной несостоятельности юридических лиц // Северо-Кавказский юридический вестник. 2007. № 2. С. 33 ; Рягузов А.А. Методы регулирования трансграничной несостоятельности // Международное публичное и частное право. 2007. № 3 (36). С. 2.

[8] См.: Tung F. Is International Bankruptcy Possible? // Michigan Journal of International Law, 2001. Vol. 23:1. P. 10 ; Trautman D.T., Westbrook J.L., Emmanuel G. Four models for international bankruptcy // The American Journal of Comparative Law. 1993. Vol. 41. P. 575–576 ; Куминова Ю.В. Трансграничная не-состоятельность // Материалы международной научно-методической конференции, проводимой в рамках юбилейной 50-й научно-методической конференции преподавателей и студентов. Ставрополь, 2005. С. 198.

[9] До 1 апреля 2000 г., когда в Японии вступил в силу закон, основанный на Типовом законе ЮНСИТРАЛ. См.: Tagashira S. International effect of foreign insolvency proceedings: analysis of «ancillary» proceedings in the United States and Japan // 29 Texas International Law Journal, 1994. P. 1, 6–9.

[10] См.: Berends A.J. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview // 6 Tul. J. Int'l & Comp. L.,1998. P. 309, 314.

[11] См.: Lore U. International relations and international insolvency cooperation: liberalism, institutionalism and transnational legal dialogue // Law and Policy in international business, 1997.

[12] См.: LoPucki L.M. The Case for Cooperative Territoriality in International Bankruptcy // Michigan Law Review, 2000. Vol. 98. P. 742 ; The American Law Institute. Transnational Insolvency Project. Principles of cooperation in transnational insolvency cases among the members of the North American Free Trade Agreement. Tentative draft. April 14, 2000.

[13] См.: Westbrook J.L. A Global Solution to Multinational Default // Michigan Law Review, 2000. Vol. 98. P. 2278 ; Pottow J. Procedural incrementalism: a model for international bankruptcy // Virginia Journal of International Law. 2006. Vol. 45:4. P. 1.

[14] См.: Трушников С.С. Возбуждение производства по делам о несостоятельности в России и Германии. СПб., 2006. С. 167.

[15] Согласно исследованию Мирового банка (Global development finance: Charting a global recovery, 2009) в результате финансового кризиса потери корпораций из развивающихся стран превысили 40 биллионов долларов. Например, в Бразилии потери 200 крупнейших компаний составили 28 биллионов долларов, в Польше — 5 биллионов долларов, а в Корее — в январе 2009 г. правительство выделило 1,3 биллиона на предотвращение банкротств.

[16] См.: Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (1968).

Процессуальный договор в доктрине гражданского процесса ФРГ*

В настоящей статье автор анализирует правовую природу процессуального договора в доктрине гражданского процесса ФРГ. Кроме того, рассматриваются вопросы различных видов процессуальных договоров, как определенных на законодательном уровне, так и выработанных судебной практикой, а также допустимости заключения процессуального договора и его действие.

Ключевые слова: гражданский процесс, процессуальный договор, суд.

In this article the author researches the legal nature of the procedure agreement in the German doctrine of civil procedure. Also discusses the types of procedure agreement as set forth in the German legislation and developed by judiciary practice, questions of admissibility the conclusion of the procedure agreement and its action.

Key Words: civil procedure, procedural contract, court.

Брановицкий Константин Леонидович, преподаватель кафедры гражданского процесса Уральской государственной юридической академии, кандидат юридических наук
620066, Свердловская область, г. Екатеринбург, ул. Комсомольская, д. 21

1. Понятие и виды процессуальных договоров

В отличие от российской доктрины процессуального права и цивилистической доктрины, которые не занимались проработкой общей теории процессуального договора, германская доктрина выделяется среди правовых систем континентальной

* **BRANOVITSKIJ K.L.** PROCEDURAL CONTRACT IN THE DOCTRINE OF CIVIL PROCEDURE OF THE FRG

ВЕСТНИК

Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

№ 8 (93) август 2000 года

ЕЖЕМЕСЯЧНЫЙ ЖУРНАЛ

Печатный орган Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.
Издается с декабря 1992 года
в соответствии со статьей 49
Федерального конституционного закона
"Об арбитражных судах в Российской Федерации"

Редакционный совет: **В.Ф. Яковлев** *(председатель)*, **М.К. Юков, А.А. Арифулин, О.В. Бойков, В.В. Витрянский, В.Н. Исайчев**

Редакционная коллегия: **Т.К. Андреева, В.И. Михеева, Л.А. Новоселова, Б.Я. Полонский, М.С. Фалькович**

Редакция: **Ю.И. Тюньков** *(главный редактор)*, **Н.Н. Андреева, И.В. Бирюкова, Л.Д. Григорьева, Е.Ю. Казакова, Е.В. Корнилова, И.В. Крючкова, О.Б. Мартьянова, И.В. Фенякова**

Адрес редакции:
107078, Москва, просп. Академика Сахарова, дом 18,
тел.: 926-83-74; тел./факс: 926-43-87.

Для писем: 101000, Москва, М. Харитоньевский пер., дом 12.

Наш адрес в Интернете: www.vestnik-vas.ru
E-mail: post@vestnik-vas.ru

Перепечатка материалов из "Вестника Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации" допускается только с согласия редакции. Ссылка на источник обязательна. Редакция не дает справок и консультаций и не вступает в переписку. Редакция не несет ответственности за содержание рекламы и объявлений. Мнения, высказываемые в комментариях специалистов, не обязательно отражают официальную точку зрения Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации.

МИРОВОЙ ОПЫТ

ПРИЗНАКИ БАНКРОТСТВА В ВЕЛИКОБРИТАНИИ, США, ГЕРМАНИИ, ФРАНЦИИ И РОССИИ
(сравнительный анализ)

Кризис неплатежей, который переживает российская экономика, стал причиной несостоятельности многих компаний и породил различные злоупотребления во время процедур банкротства, в связи с чем стало популярным связывать банкротство с "новым переделом собственности". В результате применение процедур несостоятельности воспринимается общественным сознанием исключительно как катастрофа для неплатежеспособного должника.

Однако, если более внимательно рассмотреть ту роль, которую играет в современном праве институт банкротства, вывод об исключительно катастрофических последствиях начала процедуры несостоятельности для неплатежеспособного должника становится не таким уж однозначным.

Если изучить эволюцию, которую претерпел за последнее столетие институт банкротства, можно увидеть следующую картину. Ранее на протяжении веков главной целью производства о несостоятельности являлось справедливое распределение имущества должника между всеми кредиторами (не считая цели наказания должника-гражданина). Так, Г.Ф. Шершеневич на рубеже XIX и XX веков охарактеризовал конкурсное право как раздел гражданского права, имеющий "своим назначением служить основной цели конкурса – равномерности распределения ценности"[1].

В XIX веке внимание стало переключаться с личности должника на его имущество и его бизнес.

В XX веке, в эпоху глобальной индустриализации и качественного скачка в области научно-технического прогресса, произошло смещение акцента в области законодательства о несостоятельности в сторону отодвигания во времени признания должника банкротом и создания для него максимально благоприятного режима в целях восстановления его платежеспособности. Первые шаги в этом направлении были сделаны в американском законодательстве. В США серьезные экономические трудности испытывали железнодорожные компании, и ввиду значимости этой отрасли для экономики государства законодатель встал на путь разработки реорганизационных процедур.

Что касается ситуации, сложившейся к настоящему времени, реабилитационные процедуры стоят во главе угла процедур банкротства фактически всех развитых правовых систем. Так, французский закон, регулирующий несостоятельность, даже в названии избежал упоминания о банкротстве и называется "О судебном оздоровлении и ликвидации предприятий". При этом в указанном законе предусматривается, что его целями являются "сохранение предприятия, поддержание его деятельно-

---

[1] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Конкурсное право. Казань, 1898. С. 78.

сти и рабочих мест и очищение пассива"[2]. Таким образом, о справедливом распределении имущества должника среди кредиторов даже не упоминается.

Концепции законов о банкротстве строятся таким образом, что зачастую должнику – юридическому лицу самому выгодно, чтобы в отношении него была начата процедура банкротства, поскольку чем раньше начнут работать механизмы реабилитационных процедур (мораторий на удовлетворение требований кредиторов, отказ от невыгодных договоров), тем больше шансов, что экономическое положение компании стабилизируется. В законах о банкротстве есть нормы о том, что руководитель должника сам вправе подать соответствующее заявление в суд, и во многих странах руководители должников активно используют это право.

Резюмируя вышеизложенное, можно сделать вывод о том, что на современном этапе, помимо справедливого удовлетворения требований всех кредиторов, другой, не менее важной *целью производства по делу о несостоятельности является восстановление платежеспособности должника.*

Представляется, что сквозь эту призму изменившейся роли института банкротства необходимо рассматривать признаки банкротства, принимая во внимание, что они являются самой первой и самой главной ступенькой в деле о несостоятельности, планкой, при достижении которой начинают действовать механизмы банкротства.

С точки зрения использования процедур банкротства как эффективного способа преодоления финансового кризиса компании более корректно говорить о признаках банкротства как об *условиях открытия процедуры несостоятельности.* Ведь если раньше можно было с точностью сказать, что чем позже должник подпадет под признаки банкротства (то есть позже вступят в действие механизмы банкротства), тем лучше для должника – он может выиграть время, чтобы попытаться наладить ситуацию и оттянуть распродажу имущества во время конкурсного производства, то сейчас законодатели, наоборот, стараются строить систему банкротства так, чтобы процедура несостоятельности была открыта как можно раньше и чтобы у самого должника было как можно больше стимулов не теряя времени сигнализировать об испытываемых им трудностях.

Мы попытаемся проанализировать признаки банкротства в Великобритании, США, Германии, Франции и России, взяв за основу ту роль, которую играет институт банкротства в том или ином государстве.

Теории права известны два возможных критерия банкротства: неплатежеспособность и неоплатность. Неоплатность означает, что пассивы должника превышают его активы. Термин "неплатежеспособность" означает неспособность должника отвечать по своим обязательствам, то есть можно только предполагать о превышении активов над пассивами.

"С первого взгляда момент недостаточности имущества представляется более целесообразным, потому что установление особого порядка распределения имущества между кредиторами вызывается невозможностью полного удовлетворения каждого из них в отдельности. Но недостаточность имущества, как основание конкурсного производства, не соответствует условиям экономического оборота"[3].

Действительно, для кредитора представляется весьма затруднительным самостоятельно сделать вывод о превышении пассивов должника над его активами.

С другой стороны, критерий неоплатности не служит повышению ответственности должника: если должник будет знать, что открытие процедуры банкротства невозможно только потому, что он не платит своим контрагентам, у него не будет

---

[2] Статья 1 Loi № 85-98 du 25 janvier 1985 (далее – Закон 85-98).

[3] *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 78.

стимула исполнять обязательства в срок. Это особенно актуально для современной экономики России, охваченной кризисом неплатежей. Поэтому тем более тревожно звучат призывы реформировать действующий Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" в сторону изменения признаков банкротства в пользу неоплатности.

Третьим доводом в пользу критерия неплатежеспособности является необходимость как можно быстрее включить механизм банкротства при появлении первых тревожных признаков во избежание различного рода злоупотреблений со стороны должника в предвидении банкротства. Этот фактор частично нивелируется наличием института недействительности сделок должника в период подозрительности. Однако это не гарантирует стопроцентного возвращения имущества должника на стадии судебных процедур, во-первых, потому, что период подозрительности ограничен во времени, во-вторых, потому, что не всегда возможно доказать наличие оснований для признания сделки недействительной, и, в-третьих, связанные с этим различного рода издержки в итоге приводят к уменьшению конкурсной массы.

Таким образом, при открытии процедуры банкротства большую роль играет фактор времени. Как отмечает известный французский специалист в области банкротства, профессор Сорбоннского университета И. Гийон, с одной стороны, судебное вмешательство не должно быть слишком поздним, иначе, если ничего не останется от активов компании, не будет средств для приведения в нормальное состояние пассивов. С другой стороны, судебное вмешательство не должно быть преждевременным, чтобы зря не травмировать компанию[4].

Наконец, в-четвертых, при использовании критерия неоплатности необходимо по каждому требованию кредитора подвергать проверке имущество должника, тогда как требование кредитора может быть беспочвенно.

Что касается критерия неплатежеспособности, данный признак банкротства гораздо легче обнаружить, так как для этого нет необходимости знать внутреннее состояние дел должника, а достаточно внешней неспособности к платежу. Таким образом, этот критерий позволяет оперативнее реагировать на финансовые затруднения должника посредством более скорого открытия производства по делу о несостоятельности.

Тем не менее два указанных критерия в принципе взаимосвязаны. Ведь должник, у которого достаточно имущества, всегда может найти возможность реализовать его и тем самым покрыть подлежащие удовлетворению требования кредиторов. Вместе с тем это утверждение, о котором упоминал еще Г.Ф. Шершеневич[5], не всегда находит отражение в современной российской экономике. Так, в связи с массовыми неплатежами многие компании, в том числе субъекты естественных монополий, накопили огромную кредиторскую задолженность. Учитывая, что большую часть их активов составляет так называемый единый производственно-технологический комплекс, теоретически для того, чтобы удовлетворить все требования кредиторов, необходимо реализовать не только оборотные активы таких должников, но и значительную часть указанного комплекса. При этом реализация такого комплекса по частям не представляется возможной – вряд ли найдется покупатель, например, для куска трубопровода. Кроме того, Федеральным законом от 24 июня 1999 г. № 122-ФЗ "Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса"[6] предусмотрена возможность продажи единого производственно-технологического ком-

---

[4] См.: *Guyon Y.* Entreprises en difficultes, Redressement judiciaire-Faillite // Droit des affaires. Paris, 1988. С. 133.

[5] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 80.

[6] См.: Вестник ВАС РФ. 1999. № 8. С. 64–70.

плекса в ходе конкурсного производства[7] на торгах в форме конкурса только единым лотом (ст. 20). То есть отчуждение этого имущества по частям согласно законодательству о банкротстве невозможно.

Вместе с тем нет законодательных ограничений для продажи комплекса по частям во время исполнительного производства. Однако в силу вышеуказанных причин это не представляется возможным. Кроме того, если бы такая продажа во время исполнительного производства была возможна, разрушение таким образом единого производственно-технологического комплекса, обеспечивающего бесперебойное снабжение потребителей нефтью, газом и энергией, негативно сказалось бы на производственном процессе, в результате чего пострадали бы интересы граждан и государства. "К счастью", многочисленные попытки кредиторов, получивших исполнительные листы, обратить взыскание на имущество, входящее в единый производственно-технологический комплекс должника, к положительным результатам не привели.

Но даже если теоретически предположить, что в ходе исполнительного либо конкурсного производства вследствие превышения пассивов должника над его активами на торги выставлялся бы единый производственно-технологический комплекс в целом (например, у крупнейшего кредитора ОАО "Газпром" есть должники – электростанции, задолженность которых перед ним превышает даже стоимость их производственно-технологических комплексов), вряд ли нашелся бы покупатель, который смог бы купить указанное имущество даже по балансовой стоимости. Скорее всего, такое имущество было бы продано за бесценок.

Таким образом, наличие у должников столь неликвидного имущества, даже если его стоимость достаточна для покрытия их долгов, не обязательно означает, что они всегда могут изыскать возможность найти суммы, необходимые для покрытия предъявляемых требований.

Тем не менее, не затрагивая практическую сторону вопроса, в теории можно говорить о том, что "существенным условием несостоятельности является предположение недостаточности имущества, которая выражается в неспособности должника удовлетворить предъявленные к нему требования"[8]. Например, согласно российскому дореволюционному уставу о несостоятельности "торговою несостоятельностью... признается, когда кто-либо... придет в такое дел положение, что не только не имеет наличных денег на удовлетворение в срок своих долгов... но и есть признаки, в сем разделе определенные, по коим заключить можно, что долги его неоплатны, т.е., что всего имущества его для полной их уплаты будет недостаточно"[9].

В современных правовых системах в основном используется критерий неплатежеспособности. Однако, как будет указано ниже, в Германии наряду с неплатежеспособностью используется признак неоплатности – "сверхзадолженность", который является дополнительным основанием возбуждения процедуры несостоятельности и основанием выбора конкретной процедуры – ликвидационной или реабилитационной. Как отмечает В.В. Витрянский, "по этому же пути пошел и новый российский закон о несостоятельности (банкротстве): должник – юридическое лицо или предприниматель – может быть признан банкротом в случае его неплатежеспособности, но наличие у него имущества, превышающего общую сумму кредиторской задолженности, является свидетельством реальной возможности восстановить его платежеспособность и, следовательно, может служить основанием для приме-

---

[7] Статьей 17 указанного Федерального закона почему-то запрещено отчуждение комплекса во время внешнего управления.

[8] См.: *Шершеневич Г.Ф.* Указ. соч. С. 81.

[9] Там же. С. 84.

нения к должнику процедуры внешнего управления"[10]. Также одновременно признаки неоплатности и неплатежеспособности используются и в английском Insolvency Act.

Что касается других признаков банкротства, по мнению И. Гийона, наиболее оптимальным критерием для открытия судебной процедуры является наличие "фактов, которые компрометируют продолжение деятельности компании (going concern)"[11]. Во французском праве этот критерий применяется для открытия процедуры "предвидения трудностей" (alerte – дословно "настороженность") по инициативе бухгалтера-ревизора, которая была введена Законом от 01.03.84. Однако с точки зрения открытия процедуры банкротства этот критерий неудобен, так как его вряд ли возможно применить при открытии процедуры по инициативе кредитора или суда. Ведь только сам руководитель должника может оценить внутреннее состояние компании, соответствует ли оно понятию going concern.

В России при подготовке проекта Федерального закона "Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса" рассматривалась возможность установления иных признаков банкротства, а именно что должник считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если сумма его задолженности, включая права требования, превышает стоимость его имущества, за исключением стоимости имущества, входящего в единый производственно-технологический комплекс должника. Этот признак давал возможность избежать разрушения единого производственно-технологического комплекса, обеспечивающего снабжение потребителей энергией, нефтью и газом, во время исполнительного производства. К сожалению, впоследствии разработчики проекта от указанного признака банкротства отказались и взяли на вооружение признак неоплатности. Другое современное российское изобретение – новые признаки банкротства, которые предлагается включить в действующий Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" вместо признака неплатежеспособности: превышение краткосрочных обязательств должника над его внеоборотными активами[12].

Рассмотрим признаки банкротства в Великобритании, США, Германии, России, Франции.

В *Великобритании* считается, что должник не в состоянии отвечать по своим обязательствам, если:

кредитор, которому должник должен сумму, превышающую 750 фунтов, направил должнику письменное требование уплатить сумму долга, а должник в течение трех недель не выполнил указанное требование;

суду представлены надлежащие доказательства того, что должник не в состоянии платить по обязательствам по мере наступления срока их исполнения;

суду представлены надлежащие доказательства того, что обязательства должника превышают его активы[13].

---

[10] *Витрянский В.В.* Реформа законодательства о несостоятельности (банкротстве) // В кн.: Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" (постатейный комментарий). М.: Статут, 1998. С. 13.

[11] *Guyon Y.* Указ. соч. С. 134.

[12] Статья 1 проекта федерального закона "О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)".

[13] Статья 123 Insolvency Act. Данная статья содержит также специальные правила признания должника неспособным отвечать по своим обязательствам для Англии, Уэльса, Шотландии и Северной Ирландии на основании невыполнения полностью или в части решения суда в отношении требования кредитора.

Таким образом, в Великобритании действуют одновременно критерии и неплатежеспособности, и неоплатности.

Статья 124 Insolvency Act также устанавливает случаи, когда министр может подать заявление о признании должника банкротом, если имеется угроза публичным интересам.

В *США* заявление могут подать кредиторы, если их более двенадцати и сумма их необеспеченных требований превышает 5 тыс. долларов. При этом нет законодательного требования к тому, чтобы должник обязательно был неплатежеспособным.

В *Германии* общим основанием для возбуждения производства является неплатежеспособность. Должник считается неплатежеспособным, если он не в состоянии выполнить подлежащие исполнению денежные обязательства. По общему правилу неплатежеспособность должна быть признана, если должник приостановил осуществление своих платежей (параграф 17 Insolvenzordnung).

Другим основанием для возбуждения производства по делу о несостоятельности юридического лица является также сверхзадолженность. Сверхзадолженность имеет место, если имущество должника перестает покрывать его существующие обязательства. Вместе с тем при оценке имущества должника во внимание должно быть принято продолжение деятельности предприятия, если в силу конкретного обстоятельства оно представляется более вероятным (параграф 19 Insolvenzordnung).

В *России* юридическое лицо считается неспособным удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей, если соответствующие обязательства и (или) обязанности не исполнены им в течение трех месяцев с момента наступления даты их исполнения (ст. 3 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)").

Во *Франции* процедура судебного оздоровления открывается, если должник не удовлетворяет требования кредиторов, срок исполнения которых наступил, посредством имеющихся у него средств (ст. 3 Закона 85-98).

Под задолженностью имеется в виду задолженность как по денежным обязательствам, так и по обязательным платежам.

Что касается формулировки "должник не удовлетворяет требования", она оставляет поле для толкования. Сторонники одной точки зрения толкуют ее как "должник не может платить", в отличие от должника, который не хочет платить, а судебное оздоровление не должно открываться в отношении платежеспособного, но недобросовестного должника. Другая точка зрения, представляющаяся более правильной, состоит в следующем: раз должник не платит, он неплатежеспособен, вне зависимости от его намерений, так как у кредитора обычно нет возможности выяснять, почему именно должник не платит[14].

Статьей 4 Закона 85-98 предусмотрено также право суда возбудить судебную процедуру. Обычно суд пользуется этим правом, когда обладает информацией о финансовых трудностях должника. Так, согласно той же статье 4 комитет предприятия либо, если его нет, представители работников должника могут сообщать председателю суда или Прокурору Республики информацию, относящуюся к прекращению платежей предприятием. С другой стороны, суд сам может возбудить процедуру, когда "должник безосновательно отказался от своего заявления о прекращении платежей, либо от соответствующего заявления отказался кредитор"[15].

Статья 4 Закона 85-98 предусматривает право Прокурора Республики обращаться в суд в защиту публичных интересов, "что означает определенное недоверие к коммерческим судам, обладающим публичными полномочиями, но подозреваe-

[14] *Guyon Y.* Указ.соч. С. 140.

[15] *Martin J.-F.* Redressement et liquidation judiciaires, Faillite personnelle – Banqueroute. Paris, 1996. С. 79.

мым в не слишком частом использовании права начинать процедуру, как это было бы желательно"[16]. Но на практике прокуратура нечасто использует свое право обращения в суд.

Что касается упомянутого выше права комитета предприятия либо представителей работников должника сообщать председателю суда или Прокурору Республики информацию, относящуюся к прекращению платежей предприятием, это право во французской доктрине подвергается критике. "С одной стороны, было бы лучше, если бы представители работников могли обращаться только к Прокурору Республики. Обращение к председателю суда менее оправданно, так как это лицо должно оставаться незаинтересованным. В противном случае председатель окажется в трудном положении, если суд его не послушает и откажется возбудить процедуру. С другой стороны, было бы более правильно с точки зрения достоинства и ответственности работников признать за ними настоящее право обращаться в суд, нежели ограничивать их роль, напоминающую роль печально известных тайных доносчиков"[17].

В отношении сельскохозяйственных предприятий согласно Закону от 30 декабря 1988 г., дополненному Декретом от 29 мая 1989 г., факта прекращения платежей недостаточно для начала процедуры судебного оздоровления. Она может быть начата, только если предварительно с кредиторами было заключено мировое соглашение, которое не увенчалось успехом.

Наконец, согласно Закону 85-98 процедура судебного оздоровления может быть начата вне зависимости от факта прекращения платежей в следующих ситуациях:

если коммерсант, взявший предприятие в аренду с правом выкупа, не может расплатиться за него (ст. 98);

если должник – участник мирового соглашения не выполняет финансовые обязательства, предусмотренные таким соглашением (ст. 2);

в случае открытия процедуры судебного оздоровления (redressement judiciaire) или судебной ликвидации в отношении всех учредителей (участников) юридического лица, которые несут солидарную ответственность по обязательствам данного юридического лица, также открывается соответственно процедура судебного оздоровления либо судебной ликвидации (ст. 178). Может быть открыта процедура банкротства также против учредителей (участников), которые уже вышли из юридического лица, но не больше чем год назад (ст. 17).

В случае открытия процедуры судебного оздоровления или судебной ликвидации суд может открыть соответственно процедуру судебного оздоровления или судебной ликвидации в отношении всех директоров "де-юре" или "де-факто", которые совершали недобросовестные действия, предусмотренные статьей 182 Закона 85-98.

Другим показателем, характеризующим цели современного законодательства о банкротстве, является наделение руководителя должника правом самому обратиться в суд с ходатайством о возбуждении в отношении него процедуры несостоятельности. Причем для этого не всегда обязательно, чтобы должник удовлетворял признакам банкротства – руководитель может обратиться в суд, если знает о наличии факторов, которые в скором времени могут привести к банкротству должника.

Так, в *Великобритании* заявление в суд может быть подано, помимо кредиторов и министра (в защиту публичных интересов), также должником, руководителями или вкладчиками (с определенными ограничениями), либо всеми из перечисленных сторон одновременно, либо каждым в отдельности (ст. 124 Insolvency Act).

---

[16] См.: *Guyon Y.* Указ. соч. С. 155.

[17] Там же. С. 157.

В *США* согласно статье 301 Bancruptcy Code должник может подать заявление об открытии соответствующей процедуры. При этом статья 301 не выдвигает специального требования о том, чтобы должник был неплатежеспособным. Она не обуславливает подачу должником заявления наличием минимальной задолженности, а просто предусматривает, что заявление о возбуждении процедуры банкротства может быть подано лицом, которое может быть должником согласно положениям соответствующей главы Bancruptcy Code[18]. "Известны случаи, когда крупные компании использовали такую возможность для проведения реструктуризации своего производства за счет легального ущемления прав кредиторов"[19].

Таким образом, формулировка статьи 301 в совокупности с общей продолжниковской направленностью Bancruptcy Code приводит к тому, что в США дела по заявлению должников возбуждаются очень часто.

Однако статья 1112 Bancruptcy Code предусматривает отказ суда в принятии заявления о начале реорганизации по главе 11, если подающий заявление действует недобросовестно. "Это означает, что должник злоупотребляет процедурой банкротства, инициируя ее при обстоятельствах или по причинам, которые не относятся к легитимным целям и задачам банкротства"[20]. Хотя точное определение недобросовестного заявления должника отсутствует, суды относят к факторам, свидетельствующим о злоупотреблении со стороны должника, отсутствие финансовых трудностей у должника, подачу заявления с единственной целью приостановить дело, находящееся в производстве, либо с целью отказаться от невыгодного контракта.

В *Германии* согласно параграфу 13 Insolvenzordnung правом подачи заявления пользуется, кроме кредиторов, также должник. Он может возбудить дело о несостоятельности на основании параграфов 17 (неплатежеспособность) и 19 (сверхзадолженность) Insolvenzordnung, а также в соответствии с параграфом 18 – "Угроза неплатежеспособности". Угроза стать неплатежеспособным возникает для должника, когда можно предположить, что он будет не в состоянии выполнить существующие денежные обязательства по наступлении срока их исполнения. Если заявление подано не всеми членами представительного органа, не всеми полными товарищами или не всеми ликвидаторами юридического лица или товарищества, не являющегося юридическим лицом, дело может быть возбуждено, когда лицо (лица), подавшее заявление, управомочено представлять юридическое лицо или товарищество (параграф 18 Insolvenzordnung).

В *России* согласно статье 6 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" правом на обращение в арбитражный суд с заявлением о признании должника банкротом в связи с неисполнением денежных обязательств, помимо кредитора, прокурора, налоговых и иных уполномоченных в соответствии с федеральным законом органов, обладает также сам должник.

Согласно статье 7 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" должник вправе обратиться в арбитражный суд с заявлением должника в предвидении банкротства при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что он будет не в состоянии исполнить денежные обязательства и (или) обязанность по уплате обязательных платежей в срок.

Такими очевидными обстоятельствами могут быть "предъявление кредитором иска в суд о взыскании с должника задолженности по конкретному договору и причитающихся в связи с нарушением обязательства неустоек, когда требования кредитора носят бесспорный характер; предоставление судом отсрочки исполнения ре-

---

[18] См.: *Epstein D.J., Nickles S.H., White J.J.* Bankruptcy. St. Paul, Minn., 1993. С. 16.

[19] См.: *Степанов В.В.* Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999. С. 54.

[20] *Epstein D.J., Nickles S.H., White J.J.* Указ. соч. С. 149.

шения по такому взысканию либо просто принятие судом решения, которое вступит в силу в срок, предусмотренный процессуальным законодательством"[21].

Кроме того, статьей 8 Федерального закона "О несостоятельности (банкротстве)" установлена обязанность руководителя должника обратиться с заявлением должника в арбитражный суд в случаях:

когда удовлетворение требований одного кредитора или нескольких кредиторов приводит к невозможности исполнения денежных обязательств должника в полном объеме перед другими кредиторами;

когда органом должника, уполномоченным в соответствии с учредительными документами должника на принятие решения о ликвидации должника, принято решение об обращении в арбитражный суд с заявлением должника;

когда органом, уполномоченным собственником имущества должника – унитарного предприятия, принято решение об обращении в арбитражный суд с заявлением должника;

в иных случаях, предусмотренных Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)".

В этом случае при подаче заявления не является обязательным условие о наличии имущества должника, достаточного для покрытия судебных расходов.

Руководитель должника, ликвидационная комиссия (ликвидатор) обязаны обратиться в арбитражный суд с заявлением должника, если при проведении ликвидации юридического лица установлена невозможность удовлетворения требований кредиторов в полном объеме.

Во *Франции* при наличии признаков банкротства должник должен ходатайствовать об открытии процедуры судебного оздоровления в срок не позднее пятнадцати дней, следующих после прекращения платежей (ст. 3 Закона 85-98). Что касается других случаев открытия процедуры судебного оздоровления, в частности при невыполнении должником условий мирового соглашения, должник должен обратиться в суд без промедления[22]. Обращение должника в суд является обязательным – в случае задержки или необращения в суд наступает банкротство руководителя должника.

Таким образом, включение в законы положений о возможности возбуждения дела о несостоятельности по инициативе самого должника также свидетельствует об изменении отношения к институту банкротства.

Резюмируя вышеизложенное, представляется необходимым еще раз подчеркнуть, что при анализе признаков банкротства нужно принимать во внимание эволюцию, которую претерпел за последнее время институт банкротства, и произошедшее изменение в шкале приоритетов в области банкротства: от однобокой цели равного удовлетворения требований кредиторов в процессе конкурсного производства наблюдается поворот в сторону попыток реабилитировать бизнес должника.

В этом свете новое значение приобретают признаки банкротства. Если раньше их наличие непременно свидетельствовало о надвигающемся крахе, сейчас, напротив, их роль сводится к тому, чтобы вовремя сигнализировать о необходимости предотвратить крах, включить спасательные механизмы, которые представляют из себя современные реабилитационные процедуры.

Вместе с тем нельзя забывать, что признаки банкротства необходимо рассматривать в контексте той или иной системы несостоятельности. В зависимости от концепции несостоятельности, действующей в конкретном государстве, и будет определяться роль признаков банкротства и их значение для должника.

---

[21] См. в кн.: Федеральный закон "О несостоятельности (банкротстве)" (постатейный комментарий). М., 1998. С. 48.

[22] См.: *Guyon Y.* Указ. соч. С. 147.

Представляется, что в таких продолжниковских странах, как США и Франция, если состояние должника соответствует признакам банкротства и в отношении него открывается процедура несостоятельности, должнику не грозят никакие катастрофические последствия. Наоборот, открытие в отношении него соответствующей процедуры является скорее благом. Об этом свидетельствуют и признаки банкротства, действующие в этих странах, – войти в процедуру банкротства легко: для этого во Франции достаточно в течение двух недель не исполнять обязательства перед кредиторами, а в США вообще не обязательно, чтобы должник был неплатежеспособным, что зачастую приводит к использованию главы XI Bancruptcy Code не в реабилитационных, а в реорганизационных целях.

Что касается Германии и России, где систему законодательства о банкротстве нельзя однозначно назвать ни прокредиторской, ни продолжниковской, то, по нашему мнению, признаки банкротства, предусмотренные Insolvenzordnung и Федеральным законом "О несостоятельности (банкротстве)" и основанные на критерии неплатежеспособности, а также схемы соответственно конкурсного плана и плана внешнего управления позволяют сделать вывод о том, что для неплатежеспособного должника открытие процедуры банкротства – также явление положительное. Пусть в этих государствах у должника нет таких больших возможностей влиять на реабилитационные процедуры, как в США и Франции, но чем раньше включится механизм банкротства, тем больше будет шансов сохранить бизнес должника или минимизировать возможные потери.

В Великобритании, где Insolvency Act во главу угла ставит защиту интересов кредиторов, установление порога в 750 фунтов, не уплаченных в течение трех недель, для возможности открытия процедуры банкротства является скорее стимулом для должника не доводить ситуацию до такого состояния, чтобы избежать негативных последствий банкротства, которые грозят должнику в соответствии с английским Insolvency Act.

Действительно, английское законодательство традиционно относится благоприятно ко внесудебным соглашениям по урегулированию задолженности в отличие от законодательств других стран. Об этом свидетельствуют такие положения Insolvency Act, как "отсутствие норм об обязательном обращении должника в суд при несостоятельности, за исключением нежесткого положения о персональной ответственности директора только в случае ведения мошеннической деятельности, отсутствие привлекательных реабилитационных процедур и процедуры мирового соглашения, что делает единственной реальной альтернативой окончательную ликвидацию... наличие универсального плавающего обеспечения, быстрое обращение взыскания на предметы обеспечения, отсутствие потенциального признания недействительным наложения обеспечения на ранее возникшую задолженность"[23], тогда как в большинстве стран такое обеспечение автоматически признается недействительным. Поэтому в Великобритании больше шансов, что положения внесудебного соглашения по урегулированию задолженности "переживут" период подозрительности.

Таким образом, признаки банкротства являются органичной составляющей каждой системы несостоятельности и способствуют решению задач, лежащих в основе той или иной системы.

Е.А. КОЛИНИЧЕНКО,
магистр Российской школы частного права

[23] См.: *Wood P.R.* Principles of International Insolvency. London, 1995. C. 306.

ISSN 0869 – 0049

Московский журнал международного права



- ЧТО ДОСТАЕТСЯ РОССИИ ОТ РОССИЙСКОЙ ИМПЕРИИ
- ПРАВОВАЯ НЕОПРЕДЕЛЕННОСТЬ РАСПЫЛЯЕТ АКТИВЫ И ЗАТЯГИВАЕТ РАЗБИРАТЕЛЬСТВО
- ОДНА ПОДПИСЬ ИЛИ ДВЕ НА ЧАСТНОМ КОНТРАКТЕ
- ПОГОВОРИМ О ГРАНИЦАХ ЛАТВИИ

Moscow Journal of International Law

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 $^1/_4$ 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 внешнеэкономических 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 распыляется 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 торговли[1]. 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 приступать 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 домицилии должника или в месте ведения основного бизнеса). По теории параллельных территориальных производств в отношении одного субъекта проходят независимые территориальные производства параллельно в нескольких государствах.

К преимуществам модели единого производства Филип Р. Вуд[2] относит следующие факторы[3] (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 домицилия 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 Германии[4]. 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. Иностранный представитель имеет право оспорить сделку, которую можно оспорить по иностранному праву, но нет оснований оспорить эту сделку по германскому праву[5]. 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 судопроизводства[6].

США. Суд по заявлению иностранного представителя может возбудить дополнительное к иностранному производство о несостоятельности, принудительно исполнить судебное решение в отношении должника, создать право обеспечения или принудительно взыскать предмет обеспечения, передать иностранному представителю имущество несостоятельного лица[7]. 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 стране[9]. 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 лица[10]. Однако английские авторы отмечают, что формулировка "соответствующая страна" относится только к странам Содружества[11].

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 кредиторов[12]. 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 производства[13]. 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» (MCC) была инкорпорирована в Англии и имела свыше 400 дочерних отделений. Бóльшая часть этих отделений находилась в США. После того как MCC оказалась не в состоянии выполнить кредитные обязательства, в Англии в отношении нее было возбуждено производство о несостоятельности. Почти 75 % активов MCC находились в США, и поэтому MCC 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 — экзаменатор[14] для совместной работы с MCC. Их задачи состояли в изучении обстоятельств дела и предложении схемы для наиболее справедливого удовлетворения требований всех кредиторов. В судебном решении американского суда указывалось[15], что

— управляющие и экзаменатор будут действовать совместно в расследовании активов, обязательств и финансового состояния MCC, 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 стороны[16]. В протоколе определялся список компаний, находящихся под совместным управлением, а также указывалось, что в отношении других дочерних компаний холдинга MCC 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 Code[17]. 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 блокировать 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 блокировать 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 сепаратные 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 BCCI. 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 BCCI 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

A. 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 несостоятельности[19]: 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 государствах[20]. Однако, как отмечает Манфред Балц[21], 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, открытая для подписания в 1990 году. Ее основными идеями являлись[22]:

(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 предназначаются 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 конвенции[23]:

(1) использовать принцип единого производства в разумном размере;

(2) создать единую систему, при которой договаривающиеся государства имели бы четкие обязанности;

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

(4) четко определить границы юрисдикций центрального и вторичных производств;

(5) гармонизировать спорные правила, которые мешают управлению при несостоятельности;

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

(7) создать более эффективную и слаженную систему кооперации 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 государстве[24]. 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 затрагивается[26]. 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 производстве[27]. 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 проблемами[28]). Анализ конвенции позволяет сделать вывод, что разработчики изо 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.

B. 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 бизнеса[29]. 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;

— бóльшая 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 неуменьшения 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. Бóльшая 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, собирание 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 транснациональные 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 успевает 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 получат 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 центростремительные 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 Insolvenzornung.

[5] П. 2 ст. 102 вводного закона к Insolvenzornung.

[6] П. 3 ст. 102 вводного закона к Insolvenzornung.

[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.

Р.М. Ходыкин,

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (Университета) МИД России, советник международной юридической фирмы «Clifford Chance», арбитр Спортивного Арбитражного суда при Олимпийском комитете России

Несостоятельность и международный коммерческий арбитраж

1. Вводные замечания

Как тонко подметил К. Содерлунд, граница между арбитражем и банкротством представляет собой сейсмически опасную территорию, где сталкиваются различные юридические принципы[1].

Сторона, заключившая арбитражное соглашение, может в какой-то момент времени стать неспособной удовлетворить требования всех своих кредиторов, и в отношении нее будет введена процедура несостоятельности. При этом такая процедура может быть введена и на более поздней стадии, т.е. когда спор уже передан на рассмотрение в арбитраж.

Если решение вынесено составом арбитража и на него получен исполнительный лист до введения процедуры несостоятельности в отношении должника, то никаких коллизий между законодательством о несостоятельности и арбитражным законодательством не возникает: лицо, в пользу которого вынесено решение, обращается с заявлением о включении в реестр должников в порядке, предусмотренном законодательством о несостоятельности, при этом решение международного коммерческого арбитража (признанное и приведенное в исполнение) является основанием для включения в реестр. Например, в соответствии со ст. 6 Федерального закона Российской Федерации от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее – ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)») для возбуждения дела о банкротстве по заявлению конкурсного кредитора принимаются во внимание требования, подтвержденные, помимо прочего, вступившим в законную силу решением третейского суда (ст. 6).

Но в случае, когда процедура несостоятельности вводится в отношении стороны арбитражного соглашения или разбирательства на стадии, когда

[1] *Söderlund Ch.* Observations // Stockholm Arbitration Report. 2004. № 1. P. 257.

арбитражное разбирательство еще не завершено и решение не вынесено, то возникают определенные сложности. В частности, что произойдет в этом случае с арбитражным соглашением и арбитражным разбирательством? Кто вправе действовать от имени несостоятельного должника в арбитраже? Обязан ли состав арбитража прекратить или приостановить производство по делу и направить стороны в суд, рассматривающий дело о банкротстве? Эти вопросы и станут предметом рассмотрения в настоящей статье.

2. Полномочия несостоятельного должника или его органов по заключению арбитражного соглашения

Один из признаков несостоятельности – возложение части или всех функций исполнительных органов на специальное лицо, в некоторых случаях – с отстранением исполнительных органов должника от управления организацией. Такое специальное лицо может поразному именоваться в отдельных странах, например: арбитражный управляющий, временный управляющий, административный управляющий, внешний управляющий, конкурсный управляющий[2], управляющий конкурсной массой (receiver), доверительный управляющий (trustee) и т.д. В данной статье мы, где это возможно, с достаточной долей условности будем называть такое лицо термином «арбитражный управляющий».

Основной вопрос, который возникает применительно к арбитражным управляющим, заключается в том, кто должен действовать от имени несостоятельного должника в арбитраже – его органы управления или арбитражный управляющий, а также вопрос о том, в какой мере процессуальные действия, совершенные несостоятельным должником до назначения арбитражного управляющего, связывают последнего.

Прежде чем перейти к рассмотрению этого вопроса по существу, необходимо понять, каким правом регулируются права арбитражного управляющего в арбитражном разбирательстве.

Законодательных положений по этому поводу автору настоящих строк обнаружить не удалось. В литературе было высказано мнение о том, что вопрос о распространении действия арбитражного соглашения на арбитражного управляющего после введения процедуры несостоятельности (банкротства) регулируется правом, которому подчинено арбитражное соглашение[3], хотя еще одним вариантом решения этой коллизионной проблемы было бы применение права, регулирующего несостоятельность должника.

Если в рамках процедуры банкротства компании органы управления должника были отстранены от управления компанией и распоряжения ее имуществом, а соответствующие права перешли к арбитражному управляющему, то с этого момента только арбитражный управляющий может представлять интересы должника в уже начавшемся арбитражном разбирательстве[4]. В таких случаях арбитражный управляющий должен уведомить состав арбитража

---

[2] См., например, ст. 2 ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)».

[3] См.: *Kröll S.M.* Arbitration and Insolvency Proceedings – Selected Problems // Pervasive Problems in International Arbitration / Ed. by Loukas A. Mistelis, Julian D.M. Lew, QC. Kluwer Law International, 2006. P. 370.

[4] *Mustil M.J., Boyd S.C.* The Law and Practice of International Arbitration in England. 2nd ed. London: Butterworths, 2001. P. 152.

о состоявшемся назначении, после чего состав арбитража может предоставить арбитражному управляющему время для ознакомления с делом, но по общему правилу арбитражный управляющий связан процессуальными действиями, совершенными в рамках арбитражного разбирательства ранее, например: он не может требовать начать с самого начала разбирательство, если к моменту его назначения уже состоялся обмен состязательными документами.

В некоторых случаях арбитражный управляющий может воспользоваться правом на прекращение или приостановление арбитражного разбирательства, когда такие последствия для несостоятельности предусмотрены законодательством соответствующей страны (см. разд. 4 ниже).

Еще один вопрос применительно к арбитражному управляющему: может ли он заключать арбитражные соглашения от имени несостоятельного должника? Такая потребность может возникнуть, например, при рассмотрении спора несостоятельного должника с контрагентом и взыскания с него задолженности.

По законодательству многих стран управляющий конкурсной массой (арбитражный управляющий) действует не только от имени несостоятельного должника, но также в интересах всех кредиторов. Это может порождать конфликт интересов, а также проблемы с заключением арбитражных соглашений.

В большинстве стран признается, что арбитражный управляющий вправе заключать арбитражные соглашения и передавать споры по поводу имущества в арбитраж.

Например, в английском праве в силу Закона «О несостоятельности» 1986 г. (Insolvency Act 1986) несостоятельный должник не лишен права обращаться в арбитраж, но он не может своими действиями обязывать конкурсную массу или улучшать позицию одного из кредиторов по отношению к другому[5].

Кроме того, в праве Англии и Уэльса предусмотрено, что в случае прекращения деятельности юридического лица передавать споры на рассмотрение арбитража от имени компании может ликвидатор. Различные последствия предусмотрены в зависимости от того, является ли ликвидация юридического лица добровольной или принудительной. В случае с добровольной ликвидацией арбитражное разбирательство не прекращается по умолчанию и не требуется обращение в суд за разрешением продолжить арбитражное разбирательство. Напротив, при обязательной ликвидации на обращение в арбитраж или продолжение арбитражного разбирательства требуется согласие суда или ликвидационной комиссии. С момента прекращения деятельности юридического лица в установленном порядке арбитражное соглашение с участием этого юридического лица считается недействительным[6].

В Швеции вопрос о правах арбитражного управляющего заключать арбитражные соглашения рассматривался Верховным Судом в 2003 г. в деле № Ö 3504-01, в котором было решено, что конкурсный управляющий может заключать арбитражные соглашения в той же мере, в какой он вправе заключать мировые соглашения в рамках процедуры банкротства[7].

---

[5] См.: Russell on Arbitration. 23rd ed. London: Sweet & Maxwell, 2007. P. 102.

[6] Ibid. P. 103–104.

[7] Stockholm Arbitration Report. 2004. № 1. P. 251–257.

Федеральный закон РФ «О несостоятельности (банкротстве)» также не содержит запрета арбитражному управляющему заключать арбитражные соглашения, опять же если это не ставит кого-либо из кредиторов в преимущественное положение и если в отношении данной категории споров не установлена исключительная подведомственность государственным судам.

3. Право, применимое к последствиям введения процедуры несостоятельности

Прежде чем ответить на вопрос о том, подлежит ли прекращению арбитражное разбирательство в случае возбуждения процедуры несостоятельности, необходимо установить право, которым должны регулироваться последствия такого возбуждения, в частности последствия для идущего или будущего арбитражного разбирательства.

Существует как минимум три варианта разрешения этого коллизионного вопроса, а именно: (1) применение *lex causae*: например, если дело возникло из договора, то необходимо применить право, регулирующее отношения сторон по такому договору; (2) применение права, которым регулируется процедура банкротства; (3) применение права, применимого к арбитражному разбирательству (как правило, *lex arbitri*).

С подобным коллизионным вопросом столкнулись арбитры и стороны в деле *Vivendi Universal SA v. Elektrim SA*, рассматриваемом по Регламенту Лондонского международного третейского суда (London Court of International Arbitration). Это дело также получило широкую известность в связи с несколькими обращениями в государственные суды по поводу этого арбитражного разбирательства[8].

Обстоятельства дела были таковы: за время арбитражного разбирательства компания Elektrim SA была признана несостоятельной, после чего она со ссылкой на законодательство Польши потребовала прекращения арбитражного разбирательства.

Статья 142 Закона Польши «О банкротстве и реорганизации» прямо предусматривает: «Любое арбитражное соглашение, заключенное несостоятельным должником, утрачивает юридическую силу с даты объявления должника несостоятельным, а все идущие арбитражные разбирательства должны быть прекращены»[9].

Очевидно, что если к последствиям введения процедуры банкротства применять право Польши, то арбитражное разбирательство подлежало бы прекращению. Между тем состав арбитража принял решение о наличии у него юрисдикции в соответствии с правом Англии и Уэльса как права *lex arbitri* и рассмотрел спор по существу[10]. Поданная на это решение апелляция была отклонена Коммерческим судом в Лондоне, решение которого оставлено в силе апелляционным судом[11].

Также в литературе высказано мнение, что если местом арбитража выбрана страна, иная, чем та, где начата процедура банкротства, то состав арбитра-

[8] Обстоятельства дела детально описаны в следующем судебном акте: Elektrim SA v. Vivendi Universal SA // LLR. 2007. Vol. 2. № 2. P. 8.

[9] Цит. по.: *Foster D., Walsh S.* The Effects of Insolvency on Arbitration Proceedings // The European and Middle Eastern Arbitration Review 2009. A Global Arbitration Review Special Report. P. 11.

[10] См.: Ibid. P. 11–13.

[11] См.: Court Confirmed Vivendi Insolvency Ruling // Global Arbitration Review, News. 2009. 10 July. Доступно на сайте: www.globalarbitrationreview.com (по состоянию на 18 августа 2009 г.).

жа имеет свободу усмотрения по поводу того, следует ли применять нормы законодательства о банкротстве третьей страны[12].

В практике французских и немецких судов признается, что суды не применяют иностранное законодательство о несостоятельности (банкротстве), если только в данной стране не была получена экзекватура в отношении судебного акта, которым была начата процедура несостоятельности (банкротства)[13].

В рамках Европейского Союза этот коллизионный вопрос разрешен в пользу закона места начала процедуры банкротства. В частности, Регламент Европейского Союза № 1246/2000 по процедурам несостоятельности предусматривает в ст. 4.1: «Если иное не предусмотрено в настоящем Регламенте, правом, применимым к процедуре банкротства *и ее последствиям* должно являться право государства-участника, на чьей территории процедура была начата» (далее – государство начала производства). При этом ст. 4.2 (f) предусматривает, что правом государства начала производства должны регулироваться «последствия процедуры банкротства для разбирательств, начатых кредиторами, за исключением идущих судебных разбирательств». В то же время ст. 15 Регламента предусматривает, что уже начатые к моменту возбуждения дела о несостоятельности судебные процессы регулируются правом страны суда.

В Законе РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже» (далее – Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже») не содержится специальных положений, касающихся введения процедуры несостоятельности в отношении стороны арбитражного разбирательства. В то же время в п. 5 ст. 1 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривается: «К регулируемым настоящим Федеральным законом отношениям с участием иностранных лиц в качестве кредиторов применяются положения настоящего Федерального закона, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации». В такой ситуации следует признать, что в отношении должников, находящихся в России, последствия введения процедуры несостоятельности (банкротства) должны регулироваться российским законодательством в соответствии с п. 5 ст. 1 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)».

В деле № 41/2006[14] МКАС указал, что по вопросу об арбитрабильности споров при несостоятельности стороны необходимо руководствоваться российским правом; такой вывод состав арбитража сделал на основании принципа *lex arbitri*, при этом отказался применять нормы ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)», поскольку указанный Закон явно не регулировал процесс ликвидации ответчика – английской компании, не имеющей в России активов и имущества.

Подводя итог сказанному, следует признать, что однозначного мнения о применимом праве по этому вопросу не сформулировано в национальном законодательстве или международных до-

---

[12] *Kröll S.M.* Op. cit. P. 362.

[13] Cour d'appel de Paris, 12 January 1993, République de Côte-d'Ivoire et autres c. Société Norbert Beyrard et autres // Rev. Arb. 1994. P. 685, 690 sq.; Oberlandesgericht Düsseldorf, 18 July 1997, XXIVa YCA 303 (1999). Цит. по: *Kröll S.M.* Op. cit. P. 362.

[14] Содержится в СПС «КонсультантПлюс».

кументах. В большинстве случаев арбитражи исходили из необходимости применения *lex arbitri*, но в то же время могут существовать ситуации, когда составу арбитража необходимо учитывать законодательство иных стран, например если решение станет неисполнимым в какой-либо стране в результате применения закона страны места арбитража.

4. Влияние несостоятельности на арбитражное разбирательство в национальном законодательстве

Большинство авторов придерживается точки зрения, что в случае коллизии между законодательствами об арбитраже и о несостоятельности последнее имеет приоритет. При этом исходной посылкой для токого вывода является то, что общие интересы, которые защищаются законодательством о несостоятельности, имеют большую значимость, нежели частные интересы, защищаемые законодательством о международном арбитраже[15].

Несмотря на различия в национальных законодательствах, можно суммировать общие признаки законодательств о несостоятельности, применяемые в различных странах. Так, нормы законодательств о несостоятельности направлены на достижение следующих целей: (а) извлечь максимальную пользу из конкурсной массы должника; (б) обеспечить равное, насколько это возможно, удовлетворение требований всех кредиторов. Для достижения этих целей устанавливаются определенные ограничения в сфере свободы договора должника и кредиторов, а также вводятся определенные изменения в общие правила о договорах[16].

Результатом конкурсного производства должно явиться пропорциональное удовлетворение требований всех кредиторов за счет конкурсной массы должника. Именно поэтому ограничивается право сторон передавать дело на рассмотрение различных судов и устанавливается компетенция одного суда рассматривать все или большинство споров, связанных с несостоятельным должником или в отношении него, для того чтобы обеспечить коллективную процедуру рассмотрения требований всех кредиторов. Как следствие, идущие судебные разбирательства в других судах и арбитражах могут быть приостановлены или переданы в суд, рассматривающий дело о несостоятельности.

В большинстве развитых стран вопросы конкурсного производства, такие как назначение конкурсного управляющего, открытие конкурсного производства в отношении должника, определение очередности удовлетворения требований кредиторов, являются неарбитрабильными и могут рассматриваться только государственным судом.

Например, ст. 33 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» прямо предусматривает: «Дело о банкротстве не может быть передано на рассмотрение в третейский суд».

Есть ограниченное количество стран, допускающих рассмотрение дела о несостоятельности арбитражем.

В США суды выделяют в процедуре банкротства основные требования (*core claims*), которые считаются неарбитрабильными и должны рассматриваться

---

[15] *Kröll S.M.* Op. cit. P. 360.

[16] См.: Ibid. P. 359.

только в государственном суде[17], в то время как иные требования, связанные с банкротством, могут быть переданы на рассмотрение в арбитраж. При этом суды при толковании понятия «основные требования» пришли к выводу, что под таковыми не следует понимать только требования, основанные на Кодексе о банкротстве (Bankruptcy Code), и вопросы, непосредственно связанные с несостоятельностью: к ним также относится и любое существенное требование, которое может повлиять на стоимость конкурсной массы[18].

Однако, кроме требований, непосредственно связанных с несостоятельностью, которые имеют значение для всех кредиторов, существуют обычные требования к должнику, например взыскание убытков за неисполнение договора, содержащего арбитражную оговорку. Если на момент начала процедуры несостоятельности в отношении должника кредитор не получил решение международного арбитража, то возникает вопрос: в каком порядке должен устанавливаться размер требований к несостоятельному должнику? Возможно ли во время процедуры несостоятельности обратиться в арбитраж с целью установления размера требований кредитора к несостоятельному должнику, после чего потребовать включения требования в реестр кредиторов на основании решения международного арбитража?

Законодательство некоторых стран прямо или косвенно предусматривает, что в случае введения процедуры несостоятельности (банкротства) арбитражное разбирательство должно быть приостановлено или прекращено и (или) арбитражное соглашение утрачивает юридическую силу, потому что несостоятельный должник не может быть стороной арбитражного разбирательства.

Как указано выше, ст. 142 Закона Польши «О банкротстве и реорганизации» прямо предусматривает прекращение всех идущих арбитражных разбирательств и утрату силы арбитражным соглашением.

Ситуация в США является неоднозначной. С одной стороны, в соответствии со ст. 362 Кодекса о банкротстве США (US Bankruptcy Code) по заявлению кредитора о введении процедуры несостоятельности наступает последствие в виде приостановления судебных и иных разбирательств против должника или в отношении его собственности, и хотя арбитраж не отмечен отдельно в этой статье, материалы по подготовке Кодекса показывают, что законодатель намеревался распространить это последствие и на существующие арбитражные разбирательства[19]. В то же время сторона вправе обратиться в суд по делам о банкротстве с просьбой отменить приостановление арбитражного разбирательства; при этом считается, что суд по делам о банкротстве может отменить приостановление, если установит, что спор является арбитрабильным. При этом позиция американских судов заключается в том, что все споры в отношении несостоятельного должника, за исключением «основных требований» (*core claims*), являются арбитрабильными[20].

---

[17] См. дело: United States Lites, Inc et al (US) v. American Steamship Owners Mutual Protection and Indemnity Association, Inc, et al (US), In re United States Lites, XXV YBCA 1057 (2000) = 197 F 3d 631, 640 (2nd Cir. 1999).

[18] См. дело: In re Mirant, 311 BR 234 (Bankr. ND Texas 2004).

[19] *Kröll S.M.* Op. cit. P. 364.

[20] Ibid. P. 364–366.

В законодательстве Нидерландов предусматривается, что арбитрабильными являются только неденежные требования, в то время как требования о совершении платежа должны разрешаться в рамках специальной процедуры, если они оспорены в рамках процедуры несостоятельности (банкротства)[21].

Напротив, в некоторых странах признается, что введение конкурсного производства в отношении должника не ведет к утрате силы арбитражного соглашения, заключенного до введения конкурсного производства, или к приостановлению (прекращению) арбитражного разбирательства.

Так, во Франции суды признают, что в некоторых случаях вопросы, связанные с несостоятельностью должника, могут разрешаться в порядке международного коммерческого арбитража, следовательно, такие требования не подлежат приостановлению или прекращению. Первоначально этот принцип был установлен в решении Апелляционного суда Парижа в 1989 г. в решении по делу *Almira Fims v. Pierrel* и еще более четко сформулирован в 1991 г. в деле *Ganz*[22]. Общий подход французских судов заключается в том, что состав арбитража вправе применять нормы законодательства о несостоятельности (банкротстве), и это не является основанием для отмены решения арбитража, за исключением случаев, когда установлено, что решение противоречит внутреннему или международному публичному порядку. Противоречие публичному порядку может иметь место в случаях, когда нарушается принцип равноправия кредиторов[23]. При этом для продолжения арбитражного разбирательства против несостоятельного должника в соответствии со ст. 1465 и 396 нового Гражданского процессуального кодекса кредитор должен зарегистрировать требование в рамках процедуры банкротства и до этого момента арбитражное разбирательство приостанавливается[24].

В праве Англии и Уэльса соотношение законодательств о банкротстве и арбитраже регулируется, помимо прочего, Законом «О несостоятельности» 1986 г. (Insolvency Act 1986). Введение процедуры несостоятельности по умолчанию не приводит к приостановлению или прекращению идущего арбитражного разбирательства, но в силу ст. 285 (1) Закона «О несостоятельности» суд может вынести приказ о приостановлении арбитражного разбирательства. В то же время возбуждение новых арбитражных разбирательств после введения процедуры несостоятельности не допускается: все споры передаются на рассмотрение соответствующего государственного суда[25]. По одному из дел, рассмотренному МКАС, единоличный арбитр усомнился в том, что споры в отношении ликвидируемой английской компании могут продолжать рассматриваться в международном коммерческом арбитраже, но продолжил рассмотрение и вынес решение по существу, так как стороны не доказали неарбитрабильность спора[26].

Статья 41 Закона Индии 1996 г. № 26 «Об арбитраже и примирении»

[21] Ibid. P. 368–369.

[22] Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard, J. Savage. Kluwer Law International, 1999. P. 344–345.

[23] Ibid. P. 344–345, 961.

[24] См.: *Kröll S.M.* Op. cit. P. 364–366.

[25] См.: Russell on Arbitration. P. 103; *Mustil M.J., Boyd S.C.* Op. cit. P. 152.

[26] Решение МКАС по делу № 41/2006 // СПС «КонсультантПлюс».

(The Arbitration and Conciliation Act of India, 1996)[27] предусматривает:

«(1) Если условием договора с несостоятельной стороной предусмотрено, что любой спор, возникающий из него или в связи с ним, должен быть передан в арбитраж, то такое условие должно являться действующим в отношении любого управляющего конкурсной массой в той мере, в которой оно относится к такому спору, если управляющий конкурсной массой принял договор.

(2) В случае если сторона, признанная несостоятельной, ранее стала стороной арбитражного соглашения, а вопрос, к которому применяется такое соглашение, должен быть разрешен в соответствии или в целях процедуры банкротства, и при этом часть (1) настоящей статьи не применяется, любая другая сторона или управляющий конкурсной массой могут обратиться к судебной власти, имеющей юрисдикцию по вопросам процедуры банкротстства, для получения определения о том, что спор должен быть передан в арбитраж в соответствии с условиями арбитражного соглашения, и такая судебная власть может с учетом всех обстоятельств дела вынести соответствующее определение, если сочтет, что вопрос должен быть разрешен составом арбитража.

(3) В данной статье термин «управляющий конкурсной массой» включает официального правопреемника».

Похожее регулирование встречается в ст. 5 гл. 341 Арбитражного декрета Гонконга (Hong Kong Arbitration Ordinance)[28], ст. 6 Закона Бермуд «Об арбитраже» 1986 г. (Bermuda Arbitration Act 1986)[29], ст. 5 Закона Кении «Об арбитраже» 1995 г. № 4 (Kenia Arbitration Act 1995, № 4)[30] и ст. 148(A) Закона Сингапура «О банкротстве», которая введена Законом Сингапура «Об арбитраже» 2001 г. (Consequential amendments to the Bankruptcy Act by Singapore Arbitration Act 2001).

Очевидно, что в силу статуса бывших колоний английской короны эти положения были заимствованы из английского права, в частности Закона о несостоятельности 1986 г.[31]

В Швеции отсутствуют законодательные положения по поводу последствий введения процедуры несостоятельности для арбитражного соглашения. Однако судебная практика придерживается точки зрения, что признание стороны несостоятельной не прекращает и не отменяет арбитражное соглашение. По делу № Ö 3504-01, рассмотренному шведским Верховным Судом в 2003 г., было решено, что конкурсная масса (как самостоятельный субъект) связана арбитражным соглашением, заключенным должником до введения процедуры банкротства[32]. При этом суды исходили из того, что шведским законодательством о банкротстве не предусмотрены какие-либо последствия для арбитражного соглашения в связи с открытием конкурсного производства.

В законодательстве Германии отправной точкой для анализа является ст. 1030 (1) Гражданского процессуального уложения, которая предусматривает, что «любое требование, касающееся экономического интереса, может быть предметом арбитражного соглашения». При этом считается, что любые споры против несостоятельного долж-

[27] International Handbook on Commercial Arbitration, suppl. 22. September 1996. P. 18.
[28] Ibid., suppl. 24. October 1997. P. 16.
[29] Ibid., suppl. 18. September 1994. P. 4.
[30] Ibid., suppl. 22. September 1996. P. 2.
[31] Russell on Arbitration. P. 102–103.
[32] Stockholm Arbitration Report. 2004. № 1. P. 251–257.

ника или с его участием (за исключением вопросов, безусловно относящихся к банкротству, таких как открытие конкурсного производства, назначение управляющего конкурсной массой и т.п.) признаются касающимися экономического интереса и, как следствие, арбитрабильными[33]. При этом § 240 Гражданского процессуального уложения предусматривает обязательное приостановление всех идущих разбирательств, но основная цель этого законодательного положения состоит не в лишении арбитража права рассматривать спор против или с участием несостоятельного должника, а в том, чтобы дать управляющему конкурсной массой время вступить в дело на стороне несостоятельного должника и подготовить юридическую позицию по делу[34].

В России со времен Соборного уложения 1649 г. третейский суд распространялся на конкурсные производства с верителями и должниками конкурсной массы[35].

В действующем российском законодательстве этот вопрос разрешается следующим образом.

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» не содержит положений о том, что происходит с арбитражным соглашением или арбитражным разбирательством в случае введения процедуры несостоятельности.

В ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» также отсутствуют нормы, которые бы прямо предусматривали последствия введения процедуры несостоятельности (банкротства) в отношении стороны арбитражного разбирательства. В то же время несколько норм этого Закона имеют отношение к арбитражным разбирательствам.

В отношении процедуры финансового оздоровления и внешнего управления ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» в абз. 1 п. 1 ст. 81 и абз. 7 п. 1 ст. 94 устанавливает идентичную норму, предусматривающую, что с момента введения финансового оздоровления или внешнего управления «...требования кредиторов по денежным обязательствам и об уплате обязательных платежей, за исключением текущих платежей, могут быть предъявлены к должнику только с соблюдением установленного настоящим Федеральным законом порядка предъявления требований к должнику». Поскольку ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» использует словосочетание «могут быть предъявлены», очевидно, что имеются в виду только те требования, которые не были предъявлены на дату введения соответствующей процедуры несостоятельности. После введения соответствующей процедуры банкротства денежные требования могут предъявляться только в суд, рассматривающий дело о банкротстве[36]. Однако эти нормы не предусматривают, что происходит с уже начатыми арбитражными разбирательствами.

В отношении арбитражных разбирательств, которые уже были начаты к моменту введения соответствующей процедуры банкротства, специальные последствия предусмотрены только в отношении процедуры наблюдения.

---

[33] См.: *Kröll S.M.* Op. cit. P. 367.

[34] Ibid. P. 369.

[35] См.: Третейский суд по мысли Державина // Журнал Министерства юстиции. 1862. Т. 13. Ч. 2. С. 177–178. Цит. по: *Скворцов О.Ю.* Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: Проблемы. Тенденции. Перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 14.

[36] См., например, постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 14 мая 2009 г. № А32-15237/2008-61/216.

Так, абз. 2 п. 1 ст. 63 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривает, что «*по ходатайству кредитора* приостанавливается производство по делам, связанным с взысканием с должника денежных средств. Кредитор в этом случае *вправе* предъявить свои требования к должнику в порядке, установленном настоящим Федеральным законом» (курсив мой. – *Р.Х.*).

В литературе было высказано мнение, что эта норма носит императивный характер, и поэтому все разбирательства должны быть приостановлены, а денежные требования к должнику могут предъявляться только в рамках дела о банкротстве[37].

С таким выводом вряд ли можно согласиться. Названная норма сформулирована диспозитивно и дает кредитору право (но не обязывает его) ходатайствовать о приостановлении производства по делам, связанным со взысканием с должника денежных средств, и предъявить соответствующие требования в суд, рассматривающий дело о банкротстве должника. Об этом, в частности, свидетельствуют слова «по ходатайству кредитора» и «вправе». Этот подход встречается и в судебной практике. К примеру, в Постановлении ФАС Волго-Вятского округа от 24 августа 2007 г. № А29-8984/2006-1ээ сказано: «При отсутствии ходатайства кредитора о приостановлении производства по делу о взыскании долга по иску, принятому судом к производству до введения в отношении должника процедуры наблюдения, рассмотрение дела, возбужденного в порядке искового производства, должно быть завершено вынесением соответствующего судебного акта». Аналогичный вывод сделан и в других судебных актах[38].

В судебной практике абз. 2 п. 1 ст. 63 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» применяется только к приостановлению разбирательств в государственных судах[39], в то же время нет никаких оснований для того, чтобы данную норму рассматривать как исключающую рассмотрение дела в третейских судах или международном арбитраже.

Следовательно, арбитражное разбирательство, начатое до введения процедуры наблюдения, может быть продолжено, если от кредитора не поступило ходатайство о приостановлении производства по делу.

Такой подход законодателя представляется вполне логичным, ибо если разбирательство в международном арбитраже к моменту введения наблюдения уже продолжалось определенное количество времени, то кредитор может с учетом всех обстоятельств дела дождаться вынесения решения и предъявить его в суд, рассматривающий дело о банкротстве, в качестве подтверждения размера требований, а не приостанавливать производство по делу.

Что же касается таких процедур банкротства, как финансовое оздоров-

---

[37] См.: Гражданское право: Учебник. Т. 1 / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Контракт; Инфра-М, 2006 (СПС «Консультант Плюс»).

[38] Постановление ФАС Уральского округа от 28 апреля 2009 г. № Ф09-2390/09-С4; постановление ФАС Центрального округа от 16 декабря 2005 г. № А09-3090/05-6.

[39] См., например: постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 июня 2006 г. № А69-4514/05-2-9-Ф02-2574/06-С2; постановление ФАС Московского округа от 27 апреля 2009 г. № КГ-А40/2963-09; постановление ФАС Северо-Западного округа от 22 ноября 2005 г. № А26-3233/2005-19; постановление ФАС Северо-Кавказского округа от 8 октября 2008 г. № А32-4777/2008-21/52; постановление ФАС Уральского округа от 21 апреля 2003 г. № Ф09-848/03-ГК.

ление, внешнее управление или конкурсное производство, то в отношении них оговорка о возможности приостановления разбирательств отсутствует, но при этом сохраняется норма о том, что требования к должнику об уплате денежных платежей, за исключением текущих платежей, *могут быть предъявлены* только с соблюдением порядка, установленного ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» (п. 1 ст. 81, п. 8 ст. 94 и п. 1 ст. 142). При отсутствии нормы о возможности приостановления идущих разбирательств возможны следующие варианты толкования:

Первый вариант толкования. Несмотря на отсутствие нормы о возможности приостановления идущих разбирательств в случае введения процедур финансового оздоровления, внешнего управления и конкурсного производства следовательно, можно применить абз. 2 п. 1 ст. 63 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» по аналогии и, соответственно, признать, что разбирательства в международном арбитраже, начатые до даты введения соответствующей процедуры банкротства, могут быть приостановлены только по ходатайству кредитора, а при отсутствии такого ходатайства должны быть окончены вынесением соответствующего решения.

Второй вариант толкования. Раз законодатель не включил норму о возможности приостановления разбирательств против несостоятельного должника в статьи, посвященные последствиям введения процедуры финансового оздоровления, внешнего управления или конкурсного производства, то законодатель подразумевал, что с момента введения данных процедур банкротства все требования должны заявляться только в суд, рассматривающий дело о банкротстве. В этом случае арбитражное разбирательство, идущее в Российской Федерации, может быть прекращено, если состав арбитража установит, что продолжение арбитражного разбирательства стало невозможным (п. 2 ст. 32 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»).

По некоторым делам российские суды пошли по пути второго толкования, хотя этот вопрос не был предметом рассмотрения ВАС РФ.

Так, в постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 22 июля 2008 г. по делу № Ф04-4236/2008(7898-А27-12) указывается, что «установление упомянутым решением [третейского суда] размера задолженности должника затрагивает права не только сторон третейского разбирательства, но и всех кредиторов ООО «Шевелевское». При таких обстоятельствах вынесение третейским судом решения о взыскании с ООО «Шевелевское», в отношении которого уже была введена процедура банкротства [наблюдение], суммы долга в размере 59 716 690 руб. означает установление размера задолженности должника перед ООО «СХП «Возрождение». Однако полномочия по установлению задолженности отнесены к исключительной компетенции арбитражного суда. Имущественные требования к ООО «Шевелевское», в отношении которого введена процедура банкротства, подлежат рассмотрению арбитражным судом в рамках дела о банкротстве. При этом не имеет значения то обстоятельство, что с иском в третейский суд ООО «СХП «Возрождение» обратилось до введения в отношении должника процедуры банкротства». В итоге суд отменил определение о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда и оставил заявление о выдаче исполнительного листа без рассмотрения.

В постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 10 апреля 2008 г. № Ф04-2401/2008(3600-А45-12) по делу № А45-15156/2007-42/442 суд кассационной инстанции, отказывая в отмене определения суда об оставлении заявления о выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда без рассмотрения, отметил, что «принятие третейским судом решения предполагает его добровольное исполнение. Принудительное исполнение решения третейского суда посредством выдачи исполнительного листа, минуя процедуру банкротства, означает возможность преимущественного удовлетворения требований одного из кредиторов, что противоречит законодательству о несостоятельности. Кроме того, подобное положение будет свидетельствовать о нарушении публичного порядка Российской Федерации».

Хотелось бы отдельно остановится на вопросе о том, как в России устанавливается размер требований кредитора, подтвержденный решением международного арбитража.

В соответствии с п. 6 ст. 16 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» требования кредиторов включаются в реестр требований кредиторов и исключаются из него арбитражным управляющим или реестродержателем исключительно на основании вступивших в силу судебных актов, устанавливающих их состав и размер. Под такими судебными актами понимается определение арбитражного суда о включении требований кредиторов в реестр[40]. При этом в силу абз. 2 п. 10 ст. 16 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» «разногласия по требованиям кредиторов или уполномоченных органов, подтвержденным вступившим в законную силу решением суда в части их состава и размера, не подлежат рассмотрению арбитражным судом, а заявления о таких разногласиях подлежат возвращению без рассмотрения, за исключением разногласий, связанных с исполнением судебных актов или их пересмотром».

Возникает вопрос: а допускаются ли возражения кредиторов по требованиям, подтвержденным решением третейского суда, и если да, то в каком объеме?

В соответствии со ст. 71 и 100 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)» кредиторы вправе предъявить свои требования к должнику в любой момент в ходе наблюдения и внешнего управления с приложением судебного акта или иных подтверждающих это требование документов.

При этом если такими подтверждающими документами является решение международного коммерческого арбитража, то возражения относительно установления такого требования должны допускаться только по основаниям, предусмотренным ст. V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений или ст. 36 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

В п. 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 69 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на при-

[40] См.: Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)» / Под ред. В.В. Витрянского. 2-й завод. М.: Статут, 2004. С. 151.

нудительное исполнение решений третейских судов» указывается: «Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения, вынесенное против лица, в отношении которого подано заявление о признании его банкротом и вынесено определение о введении наблюдения, рассматривается в деле о банкротстве». При этом Президиум ВАС РФ исходил из того, что заявление о признании и приведении в исполнение иностранного решения рассматривается в порядке, предусмотренном гл. 31 АПК РФ, но только судом, который рассматривает дело о банкротстве. Это подтверждается и в других судебных актах ВАС РФ, например в Постановлении Президиума ВАС РФ от 22 октября 2005 г. № 10161/05, в котором указано, что «...требование кредитора, подтвержденное решением третейского суда, исполнительный лист по которому в установленном порядке не выдавался, не может по смыслу законодательства о банкротстве считаться безусловно установленным. Оно может быть признано установленным судом, рассматривающим дело о банкротстве, только после проверки им соблюдения правил параграфа 2 главы 30 [АПК РФ]».

В случае если до даты введения соответствующей процедуры несостоятельности исполнительный лист на это решение в установленном законом порядке получен не был, то арбитражный суд, рассматривающий дело о банкротстве, фактически совершает два процессуальных действия: он выдает исполнительный лист на решение международного коммерческого арбитража в порядке § 2 гл. 30 АПК РФ и включает требования в реестр кредиторов в порядке, предусмотренном ст. 71 и 100 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)».

Подводя итог анализу национальных законодательств, можно сделать вывод, что в мире существуют два основных подхода касательно последствий введения процедуры несостоятельности в отношении стороны арбитражного соглашения и (или) разбирательства. Законодательство некоторых стран разрешает установление размера требований кредиторов составом арбитража, в то время как другие страны исходят из того, что после введения процедуры несостоятельности все арбитражные разбирательства подлежат прекращению или приостановлению.

В качестве довода в пользу первого подхода могут быть выдвинуты следующие аргументы.

Во-первых, действующее в мире законодательство, а также цели арбитражного законодательства[41] свидетельствуют о том, что исключение возможности устанавливать требования в порядке арбитража необоснованно сужает сферу применения международного арбитража.

Во-вторых, дела, связанные с установлением размера требований кредиторов, не касаются вопросов процедуры банкротства в строгом смысле слова. Предметом таких дел является лишь определение суммы долга несостоятельного должника перед кредитором, поэтому нет смысла применять к ним те же ограничения, которые вводятся законодательством о несостоятельности.

[41] Такие цели выражены, например, в преамбуле Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», согласно которой Закон исходит из признания полезности арбитража (третейского суда) как широко применяемого метода разрешения споров, возникающих в сфере международной торговли, и необходимости комплексного урегулирования международного коммерческого арбитража в законодательном порядке.

В-третьих, требования кредиторов могут предъявляться в суд, рассматривающий дело о банкротстве, на любой стадии, включая конкурсное производство[42]. Поэтому логично предоставить право кредитору решать, хочет он закончить разбирательство в международном арбитраже, получить решение и обратиться с ним для включения в реестр или же он хочет приостановить арбитражное разбирательство и обратиться за установлением размера требований в суд, рассматривающий дело о банкротстве.

В-четвертых, вынесенное международным арбитражем решение нарушает права иных кредиторов только в том случае, если это решение будет исполняться вне процедуры несостоятельности, что приведет к преимущественному удовлетворению требований одного кредитора. Если требование кредитора, установленное в решении международного коммерческого арбитража, будет включено в реестр требований кредиторов в порядке, предусмотренном законодательством о несостоятельности конкретной страны, то иные кредиторы смогут возражать против включения такого требования в реестр по основаниям, предусмотренным для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражных решений, поэтому нарушения их прав не последует. После этого такое требование включается в реестр требований кредиторов и конкурсная масса распределяется между кредиторами пропорционально размеру их требований.

Наконец, в-пятых, такой подход позволит разгрузить суд, рассматривающий дело о несостоятельности; как известно, сравнительно небольшое число дел, приходящихся на одного судью в иностранных государствах, во многом вызвано тем, что там активно используются альтернативные способы разрешения споров, в том числе арбитраж.

В то же время высказывались мнения, что установление размера требований кредитора международным арбитражем может приводить к ущемлению прав других кредиторов в следующих случаях:

a) если при наличии решения арбитража кредитор попадает в другую очередь для удовлетворения требований, например если кредиторы, требования которых установлены судом или арбитражем, имеют преимущества перед кредиторами с неустановленными требованиями;

b) арбитражное разбирательство подразумевает уплату арбитражных расходов и сборов, которые могут быть отнесены на несостоятельного должника и, как следствие, могут потенциально привести к увеличению суммы требований перед кредитором, что дает некоторым судам основание утверждать, что даже возбуждение арбитражного разбирательства нарушает принципы, защищаемые законодательством о несостоятельности (хотя такая проблема не возникает, если кредитор отказывается от взыскания сумм арбитражных расходов и сборов либо они попадают в последующие очереди при банкротстве)[43];

c) отсутствие у других кредиторов права на вступление в арбитражное разбирательство в качестве третьего лица и выдвижение своих аргументов по поводу размера требований истца,

[42] См., например, п. 1 ст. 142 ФЗ РФ «О несостоятельности (банкротстве)».

[43] См., например, решение суда первой инстанции Гонконга по делу UDL Contracting Ltd (HKC. 2000. № 1. P. 390).

отсутствие координации между кредиторами, возможное нарушение равноправия кредиторов[44].

Сравнительный анализ национальных законодательств зарубежных стран дает основание полагать, что в мире происходит расширение компетенции международных арбитражей, и все большее количество стран признают, что введение процедуры несостоятельности в отношении стороны арбитражного соглашения или разбирательства не лишает состав арбитража права рассмотреть спор по существу и вынести решение, при условии, однако, что такое решение не будет противоречить законодательству о банкротстве, например не будет ставить одного кредитора в преимущественное положение по отношению к другим.

С учетом данных «за» и «против» следует признать, что приведенные примеры нарушения прав иных кредиторов возникают не во всех случаях, поэтому не следует категорично исключать возможность установления размера требований в порядке международного арбитража. Здесь необходим более взвешенный подход, который позволит, с одной стороны, предоставить стороне право обратиться в арбитраж, а с другой стороны, защитит права иных кредиторов.

---

[44] *Söderlund Ch.* Observations // Stockholm Arbitration Report. 2004. № 1. P. 261.

Санкт-Петербургский государственный университет
Юридический факультет

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА

Санкт-Петербург
2003

ности. В качестве отрицательного примера здесь можно привести § 372 а ГПК Германии (ZPO), который предусматривает, что "...любое лицо должно допустить производство над собой обследования, в частности, изъятия проб крови для проведения анализа группы крови.... При повторном необоснованном отказе от обследования может применяться прямое принуждение к обследованию, в частности, принудительное доставление".

Предметом контроля арбитражного суда может стать соблюдение иностранным судом или иным компетентным органом при совершении запрошенных процессуальных действий принципа состязательности. Однако данная возможность является факультативной и зависит от того, просил ли суд, направивший поручение за границу, сообщить ему и заинтересованным лицам о времени и месте его исполнения с тем, чтобы они могли при этом присутствовать.

В целях исключения впоследствии сомнений относительно соблюдения основополагающего принципа состязательности и обеспечения прав сторон на защиту, российским судам следует систематически требовать предоставления такой информации при направлении за рубеж судебных поручений во всех случаях, когда международным договором РФ предусмотрена эта возможность (см., например, ст. 7, 8 КоПД; п. 3 ст. 8 Минской конвенции).

МЕЖДУНАРОДНАЯ ПОДСУДНОСТЬ ПО ДЕЛАМ О ТРАНСГРАНИЧНОЙ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ В ЕВРОПЕЙСКОМ СОЮЗЕ

© Трушников С.С.
Аспирант кафедры гражданского процесса
Уральской государственной юридической академии,
г. Екатеринбург, Российская Федерация

Общепризнано то обстоятельство, что институт несостоятельности носит комплексный характер, включая среди прочего регулирование вопросов банкротства с иностранным элементом. В данном случае речь идет о так называемой трансграничной несостоятельности, которая имеет в свою очередь сложную подструк-

туру, в которую входят нормы международного частного права и международного гражданского процесса.

Эта тема новая, поэтому первые отечественные исследования здесь, как, например, работы В.В. Степанова,[1] Л.П. Ануфриевой,[2] М.В. Телюкиной[3] носят больше обзорный характер, поскольку данные вопросы еще не имеют четкой законодательной основы в России.

Здесь же в аспекте трансграничной несостоятельности необходимо осветить один из традиционных вопросов международного гражданского процесса, а именно международную подсудность.

В свою очередь обращение к нормам о трансграничной несостоятельности в Европейском союзе обусловлено, во-первых, тем, что оно имеет там давнюю историю[4] и, во-вторых, тем, что в Сообществе 31 мая 2002 г. вступил в силу Регламент, прямо затрагивающий вопросы несостоятельности.[5]

Правовые основы трансграничной несостоятельности в Европейском союзе

а) Регламент Совета (ЕСб) о процедурах несостоятельности от 29 мая 2000 г. Nr. 1346/2000. Работа над урегулированием вопросов несостоятельности на уровне Европейского экономического сообщества шла уже в 60-е годы прошлого века.[6] В результате было представлено несколько проектов соглашений между государствами-чле-

---

[1] **Степанов В. В.** Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М.: Статут, 1999.

[2] **Ануфриева Л. П.** Трансграничная несостоятельность как институт международного частного права // Международное частное право. М.: Изд. БЕК. 2001. Т. 3. С. 1-63.

[3] **Телюкина М. В.** Конкурсное право: теория и практика несостоятельности (банкротства). М.: Дело, 2002.

[4] **Salgado de Samoza.** Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debotorem communem inter illos causatam; **Meili F.** Lehrbuch des internationalen Konkursrechts. Zurich: Orell Fussli,1909.

[5] Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 uber Insolvenzverfahren (Регламент Совета Европейского Сообщества о процедурах несостоятельности от 29 мая 2000 г.) Nr. 1346/2000 // ABl. EG (Служебный вестник ЕСб) L 160 от 30/06/2000 С. 0001 – 0013.

[6] См., например, статью Эрнста Ягера (Ernst Jaeger) KTS 1959, 73.

нами по делам о несостоятельности. Однако ни одному из них не было суждено вступить в силу. Если первоначальные проекты середины 80-х годов, следовавшие модели единого и универсального производства с многочисленными оговорками, были отвергнуты в связи с их непрактичностью, то проект 1995 г. рабочей группы М. Бальца (M.Balz) потерпел поражение скорее по политическим причинам. Для принятия акта требовалось его подписание и ратификация всеми государствами-членами. Лишь Великобритания отказалась ратифицировать соглашение по причине неурегулированности статуса Гибралтара. Не исключено, что именно таким образом Соединенное королевство ответило на введенный в то время запрет импорта британской говядины, зараженной губкообразной энцефалопатией крупного рогатого скота (БСЕ).[7]

В такой ситуации европейский законодатель, воспользовавшись полномочиями, предоставленными ему Амстердамским Договором, сам принял Регламент, урегулировавший ведение производств по делам о несостоятельности в государствах-членах и практически полностью воспроизводящий проект вышеназванной Конвенции 1995 г. Тем самым был восполнен пробел, возникший после заключения Брюссельской Конвенции 1968 г. о судебной юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, в которой конкурсные производства, мировые соглашения и иные подобные производства были изъяты из сферы ее действия.

В соответствии с принципом соразмерности данный Регламент ограничивается регулированием юрисдикции судов определенного государства-члена при возбуждении производства по делам о несостоятельности и при вынесении решений в рамках производства по делам о несостоятельности и находящихся с ним в тесной связи (см. п. 6 обоснования принятия Регламента, далее – обоснование). Вопросы внутринациональной подведомственности и подсудности Регламентом не затрагиваются (см. п. 15 обоснования).

б) Национальное законодательство государств-членов. Регламент регулирует отношения только между государствами-членами. Согласно пункту 14 обоснования данный Регламент действует в отноше-

[7] **Friedemann F., Bahr.** Die Europaische Verordnung uber Insolvenzverfahren - Herausfordungen an Gerichte und Insolvenzverwalter // DZWIR. 2001. Heft 6. S. 222.

нии только тех производств, в которых центр основных интересов должника лежит в Сообществе. Данным Регламентом были заменены все заключенные между членами ЕС международные правовые акты, регулирующие вопросы несостоятельности (см. ст. 44 Регламента), а также Конвенция Совета Европы об отдельных международных аспектах несостоятельности от 5 июня 1990 г.[8] Отношения с третьими государствами регулируются в государствах-членах ЕС их национальным законодательством.

В качестве примеров такового можно привести:

– Австрия – §§ 1, 60-65, 74, 75, 104, 156а, 180 Положения о конкурсе;

– Бельгия – ст. 437 - 614 Закона о конкурсе от 1851 г.;

– Великобритания – Закон о несостоятельности 1986 г. (в особенности, статьи 221, 265, 426);

– Германия – статья 35 Положения о несостоятельности; статья 102 Закона о введении в действие Положения о несостоятельности.

– Ирландия – ст. 142 Закона о банкротстве 1988 г.;

– Италия – ст. 9 Закона о конкурсном производстве, мировом соглашении, коммерческом надзоре и принудительной ликвидации в административном порядке 1942 г.

– Нидерланды – Закон от 25 июля 1959 г.;

– Франция – ст. 1167 Гражданского Кодекса, статья 1 Закона 85-1388.

Международная подсудность основного производства

а) множественность производств. Разработчики Регламента исходили из того, что вследствие значительных различий в материальном праве единое производство с его универсальным действием во всем Сообществе невозможно.[9] По указанной причине применение без исключений права государства по месту возбуждения производства (*lex fori concursus*) могло привести к противоре-

[8] В части, касающейся отношений между государствами-членами ЕС.

[9] **Virgos M., Schmitt E.** Erlauternder Bericht zu dem EU-Ubereinkommen uber Insolvenzverfahren // Vorschlage und Gutachten zur Umsetzung des EU-Ubereinkommens uber Insolvenzverfahren im deutschen Recht. Tubingen, 1997. S. 38-39.

чиям и сложностям на практике. Это касается, в первую очередь, сильно различающихся в отдельных государствах-членах ЕС прав обеспечения; порой полностью различно сконструированы преимущественные права отдельных кредиторов.

Данные обстоятельства были учтены в Регламенте двояким образом: во-первых, были предусмотрены специальные привязки по отдельным правам и правоотношениям (например, по вещным правам, трудовым договорам); во-вторых, наряду с основным производством по делу о несостоятельности, обладающим универсальным действием, допускается возбуждение также национального (дополнительного, частичного) производства, последствия которого ограничиваются только границами соответствующего государства-члена.[10]

б) центр основных интересов должника. Согласно абз. 1 ст. 3 Регламента основное производство по делу о несостоятельности возбуждается судами того государства-члена, на территории которого расположен центр основных интересов должника.

Употребление столь широкого понятия как "основные интересы" должно подчеркнуть то обстоятельство, что сферой действия Регламента охватываются не только юридические лица и предприниматели, но и частные лица (например, потребители). Оно охватывает не только коммерческие, профессиональные, но и любые экономические интересы.[11]

Под центром основных интересов должника необходимо понимать место, в котором должник обычно осуществляет управление своими интересами и которое является очевидным для третьих лиц (п.13 обоснования). В связи с последним обстоятельством необходимо указать следующее. Несостоятельность представляет собой один из видов риска, и поэтому контрагент должен быть в состоянии предвидеть то право, тот форум, которым будет регулироваться возможное дело о несостоятельности и, соответственно, его права как кредитора. Именно данное обстоятельство положено в основу определения конкретного центра основных интересов юридического или физического лица.

В отношении международной подсудности юридических лиц в

[10] См. пп. 11, 12 обоснования Регламента.

[11] **Friedemann F., Bahr.** Op. cit. S. 224.

ст. 3 установлена презумпция: пока не доказано иное, расположение центра их основных интересов предполагается в месте нахождения, предусмотренном учредительными документами, являющемся более очевидным для третьих лиц, нежели фактическое место нахождения органа управления.[12]

Вопрос об особенностях международной подсудности финансово-промышленных групп (ФПГ) прямо Регламентом не урегулирован. Здесь также применяются общие правила определения международной подсудности каждого звена ФПГ, основного либо дочернего общества, если они обладают собственной правосубъектностью.[13]

Отдельный вопрос составляет положение о международной подсуд-ности физических лиц, место жительства и работы которых расположены в различных государствах-членах. Регламент прямо не называет, какое из них представляет центр интересов. Для толкования нормы можно использовать положения доклада к Конвенции 1995 года, с которым соглашается большинство зарубежных авторов, где сказано, "в принципе центром основных интересов лиц, которые занимаются профессиональной деятельностью, является место, в котором они ее осуществляют, а центром основных интересов граждан – в целом место их жительства".[14]

в) конфликт юрисдикций. Как было указано выше, основание для признания международной подсудности основного производства является широким понятием. Соответственно может различаться оценка такого основания судами различных государств-членов.

В случае, если основное производство по делу о трансграничной несостоятельности было возбуждено судами нескольких государств-членов, в качестве такового признается только одно из них. Здесь применяется может быть содержательно спорное, но с фор-

[12] **Luke.** Das europaische internationale Insolvenzrecht // ZZP 111.Band. Heft 3. 1998. S. 288. Критическую точку зрения по данному правилу см.: **Leible S.** Die europaische Verordnung uber Insolvenzverfahren // KTS 4/2000. S. 544.

[13] **Friedemann F., Bahr.** Op. cit. S. 223,

[14] **Virgos M., Schmitt E.** Op. cit. P. 60, п. 75; **Luke.** Das europaische internationale Insolvenzrecht // ZZP 111.Band. Heft 3. 1998. S. 289; **Wimmer.** Die Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 des Rates v. 29.5.2000 uber Insolvenzverfahren. ZinsO. 2001. S. 99; **Leible S.** Op. cit. P. 543.

мальной точки зрения четкое правило о временном приоритете: основным считается то производство, решение о возбуждении которого вступило в силу первым.[15]

Международная подсудность вторичного производства

Вторичное производство наряду с защитой отечественных кредиторов служит также иным целям. Возможны, например, случаи, когда имущество должника должно быть объединено для управления им в качестве одного целого, либо различия в соответствующих правовых системах настолько велики, что могут возникнуть сложности, если в других государствах, где расположены имущественные объекты, допустить действие всего права государства по месту возбуждения производства. По этой причине управляющий в основном производстве может ходатайствовать о возбуждении дополнительного производства, если это необходимо для эффективного управления имущественной массой.[16]

Согласно ст. 3 абз. 2 Регламента если центр основных интересов должника расположен на территории одного государства-члена, то суды других государств-членов вправе лишь тогда возбудить производство по делу о несостоятельности, когда на территории данного другого государства-члена находится подразделение должника. В соответствии со ст. 2 п. "з" местом подразделения является "любое место деятельности, в котором должник осуществляет деятельность постоянного характера, которая предполагает использование персонала и имущественных ценностей".[17]

Таким образом, Регламентом установлено единое основание для признания международной подсудности на возбуждение дополнительного производства – наличие подразделения. Одного факта нахождения имущества на территории государства-члена для этого недостаточно.[18] В последнем случае данное имущество подлежит включению в конкурсную массу по основному производству.

---

[15] **Virgos M., Schmitt E.** Op. cit. S. 63.

[16] Пункт 19 обоснования Регламента.

[17] **Virgos M., Schmitt E.** Op. cit. S. 58-59; **Friedemann F., Bahr.** Op. cit. S. 230.

[18] **Leible S.** Op. cit. S.533.

В соответствии с абз. 3 если производство по делу о несостоятельности возбуждено в порядке, предусмотренном абз. 1, то производство, возбужденное позднее в порядке, предусмотренном абз. 2, является дополнительным производством по делу о несостоятельности (вторичным – das *Sekundarverfahren*). Такое производство может быть только ликвидационной процедурой.

В соответствии с абз. 4 вторичное производство может быть возбуждено до возбуждения производства (так называемое частичное производство, das *Partikularverfahren*), предусмотренного абз. 1, но только в следующих случаях:

а) если возбуждение производства, предусмотренного абз. 1, невозможно в связи с условиями, предусматриваемыми правовыми нормами государства-члена, в котором расположен центр основных интересов должника;

б) если заявление о возбуждении вторичного производства было подано кредитором, место жительства которого, преимущественного пребывания или нахождения расположено в государстве-члене, где находится подразделение должника, либо требования такого кредитора основаны на обязательстве, вытекающего из производственной деятельности подразделения.

О проверке международной подсудности другими государствами-членами ЕС

Одной из причин, обусловившей выбор европейским законодателем регламента, а не директивы в качестве формы правового акта, послужило стремление к большей степени гармоничности регулирования вопросов несостоятельности с тем, чтобы государствам-членам при исполнении норм права Сообществ по возможности осталась самая малая доля усмотрения.[19] В частности, это касается недопустимости проверки международной подсудности судами других государств-членов.

Согласно ст. 16, 17 условием автоматического действия последствий возбуждения производства по делу о несостоятельности на территории других государств-членов является вступление решения

[19] **Wimmer**. Op. cit. S. 97.

соответствующего суда в силу. Исходя из принципа "взаимного доверия", соблюдение правил международной подсудности возлагается на суд, возбуждающий основное производство.

Возможности других государств-членов по оспариванию решений данного суда ограничиваются основаниями публичного порядка (*ordre public*, ст. 26 Регламента). Однако нарушение правил международной подсудности к таковым не относится.[20]

О регулировании трансграничной несостоятельности в СНГ

Процесс урегулирования вопросов трансграничной несостоятельности в РФ, несомненно, находится еще только в начале своего пути, однако, с учетом зарубежного опыта можно обозначить тенденции данного развития, ориентиры и сопутствующие проблемы.

В качестве первичной цели видится гармонизация решения вопросов трансграничной несостоятельности на уровне Содружества Независимых Государств. К сожалению, между государствами-членами СНГ не было заключено еще ни одного международно-правового акта, касавшегося бы непосредственно вопросов трансграничной несостоятельности. Есть тому ряд объективных причин.

Экономическое сотрудничество между бывшими союзными республиками за последнее время усилилось, однако, оно не достигло уровня, при котором можно было говорить об объективной возможности указанной гармонизации. К тому же требуется однородность не только экономического развития, которая играет первоочередную роль, но и правовая стабильности, наличие проработанных национальных механизмов проведения процедур несостоятельности.

Поэтому на современном этапе более актуальным является вопрос о совершенствовании национальных правил, с учетом которых впоследствии будет производится гармонизация института несостоятельности нескольких государств. Тем не менее, уже сегодня назрела необходимость разработки международно-правовых актов о трансграничной несостоятельности координационного характера, включая вопросы координации производств по делам о несостоятельности, совершенствования сотрудничества судебных органов и арбитражных управляющих.

---

[20] О разрешении коллизий в случае возбуждения основного производства судами нескольких государств-членов см. выше

PERSPECTIVES

IAN F. FLETCHER*

International Insolvency: A Case for Study and Treatment**

Suppose that a bank, incorporated under the law of state *A*, pursues international operations by means of branches established in numerous different countries. Accounts are maintained with different branches of the bank by customers, some of whom are based in the same country as the branch in question, while others are based outside that jurisdiction. The branches also engage in lending transactions to various parties from inside and outside their states of operation. Some of the loans are secured, others are not. Some of the accounts and lending transactions involve sovereign states or their public and governmental authorities as parties. Other transactions are with multinational corporations, while yet others are with small companies and private individuals. Assets and liabilities are thus widely dispersed throughout the world and are subject to the laws of many different countries, as too are the various transactions to which the bank and its branches are parties.

Suppose also that the regulatory authorities in some jurisdictions in which the bank is operating become concerned at apparent irregularities in the way in which its business is being conducted. Investigations result in the compulsory suspension of the bank's operations in some countries (but not in all), and it quickly transpires that the bank is massively insolvent on a global basis. Within some jurisdictions, however, the local branch of the bank happens to be in surplus.

Legal issues that must be resolved in the above case include whether insolvency

*Professor of Commercial Law, Centre for Commercial Law Studies, Queen Mary and Westfield College, University of London.

**This article derives from a paper that the author presented at the First Asian Conference on International Banking, held in Taiwan, Republic of China, in June 1992.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 429 1993

proceedings can or should be commenced in all the jurisdictions in which the bank has been operating, or whether they can be coordinated in a selective manner from perhaps one or two "key" jurisdictions. Also, at issue is whether a unified collection and distribution of the bank's assets among all those with claims against it can take place, or whether assets and liabilities will in practice have to be administered on a state-by-state basis due to the practice known as "ring-fencing." Furthermore, if multiple proceedings are taking place in parallel, what possibilities exist for devising some kind of collaborative arrangement between the officeholders concerned?

The problems generated by international insolvency are not solely confined to the sphere of international banking, nor are they particularly new in the experience of private international lawyers. Attempts to construct theoretical models for the solution of these problems have been made in the past, but they have generally failed to commend themselves at the practical level. On the other hand, the difficulty of obtaining wide-scale international agreement to any but the most limited of practical proposals for cross-border collaboration quickly becomes obvious in face of the divergent national laws regarding credit, security, and insolvency, which penetrate deeply into the socioeconomic bedrock of the sovereign states concerned. The reluctance to turn over assets to be administered abroad according to a different insolvency law regime is understandable. The challenge posed by these issues has become particularly acute in recent years. Consequently, this article considers the efforts currently being made at national and international levels to find workable solutions to some of the most notorious difficulties commonly encountered.

I. The Main Ingredients of the International Insolvency Problem

The issues that present themselves in the imaginary case outlined above are the consequence of the great diversity that exists between the sovereign legal systems of the world, both in their domestic laws of credit, security, and insolvency, and in their rules of private international law applicable to these same matters. Because of the intimate correlation between the national laws governing creditors' rights and remedies, and the commercial practices that develop in reliance upon them, a debtor's estate might under some circumstances be administered according to the insolvency laws of a foreign country. This possibility gives rise to a serious likelihood of defeat or diminution of the settled expectations of creditors whose dealings with the debtor were based upon assumptions that the laws that would regulate their relationship were those of their local system.

The law of the place where insolvency proceedings are opened, the *lex concursus*, will in most cases be applied to determine the majority of the issues that arise in the course of those proceedings. These issues include the extent to which certain creditors may enjoy preferential status for their claims against the debtor; the

HeinOnline -- 27 Int'l L. 430 1993

validity and extent of any rights of secured creditors asserted against property otherwise comprised within the insolvent debtor's estate; and the ultimate extent of the assets that make up that estate.

The established principle of territorial limitation to the operation of laws has the consequence that the law of the *forum concursus* is only applicable *proprio vigore* to property and persons within the territory of the sovereign state whose jurisdiction is asserted. Any effects of a more universal character, concerning persons or property not presently amenable to the direct power and control of the legal order of the *forum concursus*, are inevitably dependent upon the willingness of the foreign legal system, within whose jurisdiction the ultimate acts of enforcement would take place, to recognize the validity of the insolvency process opened in the *forum concursus*, and to respect and support its claim to operate in this way. Under any set of circumstances, the extent to which this can be accomplished is determined by the cumulative application of the rules of private international law applied by each of the states within whose jurisdiction any aspect of this process has to take place. If any of the concerned jurisdictions declines to recognize the validity or extraterritorial effectiveness of the original proceedings, any property located within the territory of the nonrecognizing state will generally be rendered inaccessible to the liquidator appointed under the *lex concursus*. Hence, such property will be susceptible to alternative claims maintained via proceedings under the law of the situs. Such claims may be brought by individual creditors (typically, local parties from the jurisdiction in question, but possibly from outside that state) who by seeking to bypass the collective distribution process of the insolvency procedures hope to maximize their personal levels of recovery through direct enforcement involving specific assets.

The practice described above—sometimes termed "ring-fencing of assets"—is made possible by the absence of any internationally standardized rules to govern the international insolvency process. No global and commonly accepted principles exist to regulate the exercise of jurisdiction in insolvency matters, particularly in relation to the according of international recognition and effect to insolvency proceedings opened on any specific jurisdictional basis. Generally, the laws of a state will provide for its courts to exercise insolvency jurisdiction over any company formed and registered under the laws of that state.[1] In addition, various rules may be used (differing from one system to another) to enable insolvency proceedings to be commenced in relation to foreign companies, that is, those not formed and registered under the laws of the *forum concursus*.[2] These cases can range from the exercise of jurisdiction on the basis of a relatively substantial

1. For the English law provision to this effect, see Insolvency Act 1986, ch. 45, § 117(1) (available in HALSBURY'S STATUTES 717, 798 (1991)).

2. For English law, the relevant provisions are currently contained in part 5 of the Insolvency Act 1986, and in the case law concerned with the application of its provisions in their present and former statutory enactments. For extended accounts of the subject, see IAN F. FLETCHER, LAW OF INSOLVENCY pt. III (1990) (especially chs. 28 & 29); P. ST. J. SMART, CROSS-BORDER INSOLVENCY

HeinOnline -- 27 Int'l L. 431 1993

association between the foreign company and the state in question (for example, through doing business within that state, or through the maintenance of a branch or established place of business there);[3] or through a less substantial jurisdictional criterion, such as a "presence of assets" test[4] (even where the assets in question are of small, or even nominal value); or on an exorbitant ground such as an allegation that the company owes a liability to a citizen of the forum (for example, under articles 14 and 15 of the French Civil Code).

Exercise of insolvency jurisdiction over foreign companies can have a valid basis, particularly where the state of incorporation is a jurisdiction of convenience or one with which the company, once in being, has little or no functional connection. Nevertheless, no common framework of rules at present regulates the exercise of jurisdiction in these matters. It may well be that due to the circumstances of its operation a company may be simultaneously amenable to the insolvency jurisdiction of a plurality of different states. If such a company becomes, or is suspected to be, insolvent, concurrent proceedings may be commenced. However, no machinery is presently in place to ensure that such proceedings are either coordinated or consolidated. Hence, in all likelihood certain assets, particularly those located in jurisdictions where no proceedings have been opened, will become the subject of competing claims lodged by various parties. Such parties may include different liquidators purporting to represent the body of creditors proving claims in the proceedings under which their respective appointments have been made, and also perhaps individual creditors hoping to improve their final position by acting outside the collectivized framework of such proceedings.[5]

The outcome of such a "race of diligence" as is described above will depend upon the private international law rules of each state in which the race is run. Some states have adopted the "territorial" view of insolvency, and consequently refuse to accord recognition to any foreign proceedings concerning property or persons within their own jurisdiction. States belonging in this category include the Netherlands,[6] Sweden,[7] and Japan.[8] Germany also subscribed to this approach

---

(1991); LOUIS JACQUES BLOM-COOPER, BANKRUPTCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW (1954), *reprinted in* Louis Jacques Blom-Cooper, *Bankruptcy in English Private International Law—III*, 4 INT'L & COMP. L.Q. 170 (1955).

3. *See, e.g.*, Re A Company ex parte Nicholas, No. 002470 of 1988, [1991] BUTTERWORTHS COMPANY LAW CASES 480; International Westminster Bank P.C. v. Okeanos Maritime Corp., [1987] 3 All E.R. 137.

4. *See, e.g.*, Banque des Marchands de Moscou (Koupetschesky) v. Kindersley, [1951] 1 Ch. 112 (C.A.); Re Compania Merabello San Nicholas S.A. [1973] 1 Ch. 75.

5. *Cf.* Kurt H. Nadelmann, *The Lure in 'International Bankruptcies' of Assets Located Abroad*, 33 INT'L & COMP. L.Q. 431 (1984); H. Hanisch *in* CROSS-BORDER INSOLVENCY: COMPARATIVE DIMENSIONS (THE ABERYSTWYTH INSOLVENCY PAPERS) ch. 11. (Ian F. Fletcher ed., 1990).

6. *See* J.H. Dalhuisen *in* CROSS-BORDER INSOLVENCY: NATIONAL AND COMPARATIVE STUDIES ch. 10 (Ian F. Fletcher ed., 1992) (see especially pp. 190, 196–98).

7. *See* Michael Bogdon *in* CROSS-BORDER INSOLVENCY: NATIONAL AND COMPARATIVE STUDIES, *supra* note 6, ch. 11 (see especially pp. 206–14).

8. *See* Makoto Ito *in* CROSS-BORDER INSOLVENCY: NATIONAL AND COMPARATIVE STUDIES, *supra* note 6, ch. 9 (see especially pp. 180–81, 182–83).

HeinOnline -- 27 Int'l L. 432 1993

until as recently as 1985.[9] Assets located in such a jurisdiction remain vulnerable to the claims of individual creditors, and hence the prospects for ring-fencing are maximized.

Outside the "territorialist" camp, the majority of states accord some degree of recognition to foreign insolvency proceedings. However, the differences are wide regarding the grounds on which they will do so (having regard to the circumstances in which jurisdiction was exercised in the *forum concursus*), and regarding the consequences and effects that follow from such recognition. Therefore, the possibility exists that, although a state may accept in principle that a foreign liquidator is entitled to lay claim to assets located within its jurisdiction, the state may nevertheless withhold recognition in a given case because of the circumstances under which the foreign proceedings have been opened. Hence, even in nonterritorialist states, opportunities for ring-fencing may arise in practice. This is a matter capable of being exploited by individual creditors, to the extent that it can frequently cease to be cost-effective for a liquidator to repatriate assets from certain locations. The principle of equal treatment for all creditors in the event of the debtor's insolvency therefore breaks down in cases of international insolvency, because of the historic inability of private international law, as traditionally practiced, to provide a consistent and standardized set of rules to which all sovereign states subscribe in common.

The authors of theoretical treatises have often advocated an idealized solution based on the twin principles of unity and universality of insolvency. This solution insists that only one forum of bankruptcy should be available for a given debtor. Advocates maintain that proceedings opened there would be administered according to the provisions of the insolvency law of the *forum concursus*, but should have full effect in relation to all assets wheresoever located, and with regard to all parties with claims against the estate, or indebted to it, regardless of their personal whereabouts. Under current circumstances, the nations of the world show no sign that they are prepared to endorse and apply such a solution. Complete agreement is unlikely even as to the criteria that would determine the proper forum for insolvency in cases where a debtor's activities had given rise to substantial contacts of various kinds with a plurality of jurisdictions. Without total clarity about this fundamental matter, so that parties dealing with a debtor are able at all times to identify the whereabouts of that party's proper forum of bankruptcy, there will be abundant potential for injustice through defeat of creditors' reasonable expectations as to the venue for any insolvency proceedings that might involve the debtor, and as to the system of law by which such proceedings would be governed.

9. *See* H. Hanisch *in* CROSS-BORDER INSOLVENCY: NATIONAL AND COMPARATIVE STUDIES, *supra* note 6, ch. 6 (see especially pp. 107–10, 114–17, and cases there cited, notably Judgment of July 13, 1983, BGH [Supreme Court], 88 Entscheidungen des Bundesgerichtsofes in Zivilsachen [BGHZ] 147, and Judgment of July 11, 1985, BGH, 95 BGHZ 256).

HeinOnline -- 27 Int'l L. 433 1993

Therefore, the prospect of any complete solution to the problems of international insolvency in the form of a body of uniform legal rules accepted and applied on a global basis is almost impossibly remote at the present time. The motivations to study these problems and to discover workable solutions that are also realistically capable of being accepted by a significant number of the world's sovereign states must come from the awareness by those engaged in international banking and commerce of the economic cost of continuing with the current, unregulated state of affairs. In this author's view, every effort should be made to promote international study and discussion of these problems in the search for the optimum solutions attainable under existing circumstances. What follows, therefore, is an analysis of what has recently been achieved, and what is presently being attempted, in this area, commencing with the case of the Bank of Credit and Commerce International (BCCI), on which my introductory scenario was closely modelled.

II. Approaches and Solutions

A. The Practical Response

Insolvency practitioners have to take the world as they find it and make the best of it. As much as anything, the solutions they arrive at are not unlike a business deal concluded between the interested parties by direct negotiation, with the courts only being involved at strategic stages to provide requisite support to what is being attempted, or to sanction that which has been accomplished. One notable illustration of this kind of process is provided by the BCCI affair (the outcome of which is still delicately poised at the time of writing).[10] The BCCI group of banking companies operated in sixty-nine countries through over 250 branches. The group's corporate organization consisted of three principal entities, two of which were incorporated in the Grand Duchy of Luxembourg, and the third incorporated in the Cayman Islands. The activities of the three companies were so commingled that to separate them for liquidation would in itself have entailed a complex and costly legal and accounting exercise. The collapse of the group occurred in July 1991, after the Bank of England exercised its regulatory powers to close down the bank's operations in that country. Prior to the collapse, a controlling interest in the shares of BCCI (in excess of 70 percent) had been acquired by the Government of Abu Dhabi.

Although as recently as the end of 1989 the audited accounts of BCCI had valued its worldwide assets at $23.5 billion, the crude position at the end of June 1991 was that the realizable value of its assets was a mere $1.4 billion, to be set against total estimated liabilities of $10 billion. The basic arithmetic therefore

10. I.e., Oct. 1992.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 434 1993

suggested that if a global pooling of assets and liabilities took place, the return to creditors would be, at best, in the order of 10 percent. But at the outset, no guarantee existed that such a pooling would take place. The dispersal of the assets across seventy or more sovereign jurisdictions, if matched by multiple local attempts at ring-fencing, would unleash a decade or more of litigation from which only the lawyers and accountants could be certain to reap any financial gains.

Despite the obvious delicacy of their position in purely legal terms, the provisional liquidators, together with their legal advisers, succeeded in performing a remarkable feat of creativity and improvization, for which the judiciary in at least four separate states can take a goodly share of the credit. During the final days of 1991 and the early days of 1992, a coordinated sequence of judicial proceedings and judgments in Luxembourg, the Cayman Islands, London, New York, and Washington[11] provided a workable basis for the liquidations of the three BCCI companies to be undertaken together by a team of liquidators. The liquidators were mainly drawn from one large firm of accountants, Touche Ross, whose own international organization could for the most part match the demands of the task in terms of skills and resources. At the same time, the liquidators concluded an agreement with the Government of Abu Dhabi that would provide for an additional contribution to the assets. The anticipated effect would be to boost the rate of return to creditors to between 30 percent and 40 percent of their claims, as against the range of 0 percent to 10 percent otherwise in prospect. A further, important feature was that these payments would be made at a far earlier date than could otherwise occur. This cash injection was conditional upon acceptance by at least 70 percent of all creditors of the comprehensive scheme, known as the Pooling Agreement, whereby all creditors worldwide would receive the same level of dividend on their admitted claims. The liquidators would determine and pay preferential claims according to the terms of English insolvency law. Then they would transmit the balance to be dealt with in Luxembourg in accordance with the liquidation law of that country. For some time, indications were that the required number of acceptances by creditors might not be obtained. Some creditors were unwilling to forgo the right to take proceedings against the majority shareholder, which they were required to relinquish as part of the terms of the Pooling Agreement. They urged that further efforts should be made to negotiate a substantial increase in the sum to be paid by the Government of Abu Dhabi in return for the waiver of any possible claims against it regarding the way in which BCCI affairs were managed. By October 1992, however, over 90 percent of the

11. *See* Re Bank of Credit and Commerce International S.A., (No. 2) [1992] British Company Cases 715 (C.A.); Judgment of Jan. 3, 1992, District Court of Luxembourg, Sixth Chamber (1431.12P) (M. Welter, V.P.); United States v. BCCI Holdings (Luxembourg), S.A., No. CR 91-0655, 1992 U.S. Dist. LEXIS 676 (D.D.C. 1992).

HeinOnline -- 27 Int'l L. 435 1993

creditors, voting by postal ballot, had signified their acceptance of the scheme embodied in the Pooling Agreement.[12]

If the Pooling Agreement is successfully implemented, it will represent a remarkable triumph of ad hoc, cross-border cooperation, accomplished despite the absence of any formal international provisions to impart leverage to the elaborate process of negotiation. What has manifestly dominated the thinking of the key participants—the officeholders, the judges, and the lawyers—has been the desire to hold together such residual value as was left in the BCCI assets, and to maximize the proportion of that which is to pass to the creditors by way of dividend. In all likelihood, given the uncertain and unregulated state of international insolvency, any outbreak of the traditional "race to the courthouse" practices in so complex a case would merely ensure that no dividend was distributed before the end of the century, and possibly not at all.

What is in prospect, if all goes as planned, is that the outcome of the BCCI insolvency will correspond to the "theoretical ideal" for cases of international insolvency, namely, a unitary process of administering the estate based upon the principle of equality of treatment for all creditors. It is a tantalizing paradox that this "holy grail" of international insolvency—unity and universality of insolvency administration—will have been achieved (if indeed this comes about) virtually because of the chaotic and wasteful alternative scenario that confronts the creditors if they reject the package deal offered to them. This kind of arrangement, in which many millions of dollars' worth of professional fees and expenses have been incurred in the negotiating process, might well not be attainable in a case where the asset values are much smaller, or where the bargaining equation lacks the element to match that constituted by the Government of Abu Dhabi in the BCCI imbroglio. The positive lesson that should be drawn from what has occurred is the clear evidence of a spirit of judicial activism, combined with a sense of the internationalist objectives to be pursued, awake and waiting to be invoked in many jurisdictions of the world. This is something on which to build in the future, and in actual cases may well deliver results superior to those that might be attainable through the process of negotiating and implementing international treaties. This article now considers these two lines of development in turn, beginning with developments in treaty making.

B. The Multilateral Response

Historically, bankruptcy treaties have been relatively few in number when considered in the context of the number of states in the world, and of the numbers of treaties concluded in furtherance of common commercial interests. The major-

12. Neil Bennett, *Court Will Rule on BCCI in Two Weeks*, The Times (London) Oct. 8, 1992, at 21 (reporting proceedings before the Luxembourg District Court in which the liquidators sought an order formally approving the scheme with binding effect).

HeinOnline -- 27 Int'l L. 436 1993

ity of those bankruptcy treaties have been bilateral ones.[13] Very few multilateral treaties of this kind have been successfully attempted, although various projects have been undertaken from time to time. The only modern examples of multilateral bankruptcy treaties currently in force are the Nordic Convention of 1933,[14] the Montevideo Treaties of 1889 and 1940,[15] and the Havana Convention of 1928.[16] Each of these is notable for its special, regional characteristics. Each involved states that are not only geographical neighbors, but also have close affinities in their legal traditions, and in cultural, linguistic, and political matters. The indications are that these treaties work satisfactorily in their regional settings, but they can at best supply only a partial solution to the problems of any insolvency in which the spread of contacts extends beyond the regional frontier.

In Europe south of Scandinavia, where legal and linguistic diversity abounds, initiatives for the creation of insolvency treaties have met with repeated failure until very recently. Most conspicuous was the failure of the Member States of the European Community, during twenty years of negotiations until the early 1980s, to conclude such a treaty, despite the obvious incentive and necessity resulting from their special commercial association. The first EC Project for a Bankruptcy Convention (EC Project) was an overambitious model, afflicted by serious internal inconsistencies that threatened to render it unworkable in practice. A particularly unsound aspect was the discriminatory effect of some of its provisions as between parties based inside the frontiers of the Community and those from outside. The EC Project failed to respect the fundamental principle of equality of treatment for all creditors.[17]

In the wake of the collapse of the EC Project, the Council of Europe, the other major grouping of European states, began a fresh initiative. The Council of Europe now has a membership of over twenty-four states, including all of the twelve current members of the EC. At the same time, it operates as a looser organization with regard to its Member States' commitment to ratify and implement the treaties or conventions concluded under its auspices. A mood of caution

13. For a survey of the history of such treaties since 1715, see Kurt Lipstein *in* CROSS-BORDER INSOLVENCY: COMPARATIVE DIMENSIONS (THE ABERYSTWYTH INSOLVENCY PAPERS), *supra* note 5, ch. 14. See also J.M. Dobson, CROSS-BORDER INSOLVENCY: COMPARATIVE DIMENSIONS (THE ABERYSTWYTH INSOLVENCY PAPERS), *supra* note 5, ch. 15, for an account of Latin American treaties. *See also* Kurt Nadelmann, *Bankruptcy Treaties,* 93 U. PA. L. REV. 58.

14. Convention Between Denmark, Finland, Ireland, Norway and Sweden Regarding Bankruptcy, Nov. 7, 1933, 155 L.N.T.S. 133. *See* Bogdan, *supra* note 7, at 214, *reprinted in* Michael Bogdan, *International Bankruptcy Law in Scandinavia,* 34 INT'L & COMP. L.Q. 49.

15. For the text, see 37 AFR. J. INT'L L. SUPP. 149 (1943). For comments, see Lipstein, *supra* note 13, at 228–29 and Dobson, *supra* note 13, at 237–48.

16. Convention on Private International Law, Feb. 20, 1928, 86 L.N.T.S. 246, 254. For comments, see Lipstein, *supra* note 13, at 229–30 and Dobson, *supra* note 13, at 249–62.

17. For detailed analysis of the first EC Project, see IAN F. FLETCHER, CONFLICT OF LAWS AND EUROPEAN COMMUNITY LAW ch. 6 (1982), and also Ian Fletcher, *The Proposed Community Convention on Bankruptcy and Related Matters,* 2 EURO. L.R. 15 (1977), and D. LASOK & P. STONE, CONFLICT OF LAWS IN THE EUROPEAN COMMUNITY ch. 10 (1987).

HeinOnline -- 27 Int'l L. 437 1993

is therefore advisable with regard to the apparent breakthrough that was achieved when, in June 1990, the Council of Europe's Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy was opened for signature in Istanbul.[18] To date only seven states have signed the Convention, and none of those have yet ratified it. A minimum of three ratifications is required to bring it into force even among the states that accept it.[19] The U.K. Government has so far given no indications whether it intends to become a party to the Istanbul Convention; its policy seems to be one of "wait and see."

Is the Istanbul Convention of much practical value? The answer must be potentially affirmative if certain conditions are met. Those conditions are that a sufficiently large number of commercially significant states adopt it—provided that they do not also take advantage of the in-built facility to enter reservations so as to disapply most of its main provisions with respect to themselves![20] On the other hand, if the contents of chapters II and III are kept in play among the ratifying states, a liquidator or trustee appointed in proceedings in one state could swiftly move to secure, and later administer, assets located in those other states that are parties to the Convention. The effective date from which the liquidator is enabled to exercise his powers in other jurisdictions is the date of his original appointment,[21] which is a vital precondition to his being able to counteract the advantages that local creditors traditionally enjoy in the race to seize and retain local assets.

The Convention is also realistic in accepting that, so long as national laws on preferential or secured claims differ from one another in ways that are material, local creditors will suffer a defeat of expectations if assets are removed abroad to be administered according to a foreign system of insolvency law. This point was already considered above. The only practical solution is to allow a local, secondary bankruptcy to be opened so that assets located in a jurisdiction where such creditors' expectations are established can be administered according to the provisions of the local law. Although this compromises the doctrine of unity, it need not result in the total abnegation of the principle of equality among creditors of equal rank. Provided that in the secondary bankruptcy the claims that are lodged in the main proceedings can also be introduced and ranked for dividend alongside those of local creditors, an arithmetical equality should be attainable. By making provisions to that effect (article 20, together with article 5), the Istanbul Convention offers some hope that full-blown ring-fencing can be averted. But states that

18. Istanbul Convention of June 5, 1990, *infra* note 19 (Council of Europe). For the text, see 1 (INSOL) INT'L INSOLVENCY REV. at 233 (1991) (English version), and at 249 (French version), with *Introductory Note* by P. Winship at 223–32. The English text is also published in CROSS-BORDER INSOLVENCY: COMPARATIVE DIMENSIONS (THE ABERYSTWYTH INSOLVENCY PAPERS), *supra* note 5, app. II, and INTERNATIONAL ASPECTS OF BANKRUPTCY 41 (Council of Europe Press 1991).

19. European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy, June 5, 1990 (also known as the Istanbul Convention of June 5, 1990), *supra* note 18, art. 34.

20. *Id.* art. 40 (permitting ratifying states to make reservations disapplying either ch. II or ch. III of the Convention).

21. *Id.* art. 8.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 438 1993

exclude the terms of chapter II, which addresses the liquidator's exercise of powers abroad, and chapter III, which handles secondary bankruptcies, apparently retain the option to engage in ring-fencing at any time.

Another vital matter that may impair the effectiveness of the Istanbul Convention concerns the provisions relating to the exercise of jurisdiction by the state where proceedings are opened. Recognition of the liquidator's appointment and his entitlement to exercise powers abroad depends upon fulfillment of the jurisdictional criteria specified in article 4. To work properly, this will entail clear, unambiguous, and above all, uniformly applied notions of what these criteria amount to in actual circumstances. The terms employed in the Convention to designate primary and secondary jurisdictional competence are "the State in which the debtor has his centre of main interests" and "the State in whose territory the debtor has an establishment." Neither term is free from difficulties as to its meaning and application, and neither one is completely defined by the terms of the Convention itself. For example, would a holiday home in Brittany, or a company-maintained "hospitality apartment" in the Algarve, count as "an establishment"? And if so, would it make any difference if the property was held on leasehold as opposed to freehold terms?

What must be kept in mind is that the Council of Europe has no central Court of Justice with jurisdiction to resolve problems of interpretation of the Istanbul Convention, so divergent national approaches are a serious possibility. For anyone contemplating or involved in insolvency proceedings, having a clear awareness of the legal position at the outset is vital so that no doubts arise as to jurisdictional competence or the law by which the main insolvency proceedings are to be regulated. In light of these concerns, some reservation is surely justified at this stage as to the Convention's prospects of success.

One notable consequence of the opening for signature of the Istanbul Convention seems to have been a revitalization of the moribund project for a European Community Convention on Insolvency Proceedings. Work on a new draft commenced during 1990 and has proceeded briskly, albeit under the now customary veil of secrecy, which forestalls open debate until the text is too far advanced for any genuine scope for amendment. What is already clear is that the new Community model will be less ambitious in its overall scope and provisions than was the previous EC draft, and that it consists of an amalgam of provisions, some of which are derived from the former draft, others from the Istanbul Convention, and others being totally new.

At first sight, the jurisdictional criteria appear to follow closely those implanted in the Istanbul Convention: primary jurisdiction is enjoyed by the state in which is situated "the centre of the debtor's main interests." If no such center exists in any of the contracting states, a secondary, and purely territorial, jurisdiction is exercisable on the basis that the debtor possesses an establishment or other assets in the territory of the state in question. The inclusion of a "presence of assets" test may lend itself to an exorbitant exercise of jurisdiction based on

HeinOnline -- 27 Int'l L. 439 1993

purely nominal assets (such as the notorious "lost umbrella" left behind by a tourist),[22] but this is negated by the confinement of the scope of such proceedings to the assets situated in that state. Moreover, although the same problems of definition arise as under the Istanbul Convention, these can be resolved under the Community Convention by means of a procedure for obtaining a unifying interpretation from the European Court of Justice.

What does need to be appreciated about jurisdictional provisions is that the Community Convention employs rules of direct jurisdiction, whereas the Istanbul Convention contains rules of indirect jurisdiction. The latter type merely specify under what circumstances an officeholder's appointment will carry with it the right to exercise powers in the other jurisdictions. The contracting states remain free to exercise a more widely based jurisdiction, and such cases simply fall outside the scope of the Convention's provisions. In a direct convention, such as the EC Draft, a uniform set of rules for exercise of insolvency jurisdiction is laid down and must be followed by the courts of all Member States.[23] Thus, preexisting national rules on jurisdiction are supplanted.

The cogent force of Community law is further demonstrated by the inability of Member States to opt out of any chapters of the Convention. Liquidators will therefore be able to exercise their powers in all other parts of the Community. Thus, the principle of universality of insolvency is being promoted, so far as the Community's writ can run. The possibility for a parallel, secondary bankruptcy to be opened is also not an option under the Community Convention. This is realistic under prevailing circumstances, and (as in the Istanbul model) the secondary bankruptcy is prevented from becoming a vehicle for ring-fencing in favor of local, nonpreferential creditors by the provision that all claims are capable of being lodged for inclusion in both sets of proceedings (draft article 25). Thus, the impractical notion of "unity of bankruptcy" has been discarded. Unitary proceedings remain a possibility, but are not obligatory when the logic of the situation, and the requirements of fairness, militate in favor of plural, but properly coordinated, administrations.

A reasonably workable and useful Community Convention may emerge and come into operation in the fairly near future. It will not supply a complete answer to all the problems, of course, because the challenge still remains of how to tie in with the rest of the world states not members of the EC. The new model convention

22. This (possibly anecdotal) example of the phenomenon known as "exorbitant jurisdiction" is based upon the provision contained in art. 23 of the German Zivilprozessordnung (ZPO), among others. *See* Kurt Nadelmann, *Jurisdictionally Improper Fora, in* CONFLICT OF LAWS: INTERNATIONAL AND INTERSTATE 222 (1972); 2 ALBERT EHRENZWEIG, PRIVATE INTERNATIONAL LAW 25 *et seq.* (1973).

23. In this respect, the EC Bankruptcy Convention will embody the same approach as that of the Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters (also known as The Brussels Convention), Sept. 27, 1968, 1969 E.C. BULL. SUPP. 2, at 17. Title II of this document contains rules of direct jurisdiction.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 440 1993

certainly avoids the crudely aggressive attitude towards non-Member States that so disfigured its predecessor. However, the text could conceivably go further than it presently does by providing positive directions on how cooperation is to take place with the outer world. Whether or not this omission is rectified before the Convention is finalized, the Member States, including the United Kingdom, must seriously and urgently address the question of the provision to be made within national laws to facilitate cooperation in international insolvency cases.

C. Authorized Judicial Activism

If states are to respond adequately to the challenges of the pan-global insolvencies that have become such a feature of our time, something more flexible than a multilateral treaty is needed, and above all, it is needed now. The world has seen how many decades can elapse during the gestation of even a quite basic, "pick-and-mix" Convention like that of Istanbul, negotiated within a regional organization. A far longer time scale would be needed to conclude any sort of interregional convention, and even then it would not cover all the possible countries in which assets could be situated. What is to be done?

The most promising solution, in terms of the yield of worthwhile results in return for the effort invested, lies through individual states taking the simple step of enacting clear, liberally drafted provisions conferring upon their own courts an ample range of powers with which to respond to requests for assistance from overseas. Provided the courts are given clear direction as to the spirit and policy with which to respond to such requests, the overall record from previous case decisions indicates that judicial resourcefulness can be harnessed successfully to promote fair and reasonable solutions. The innovation concocted between the courts of the United Kingdom and the United States in the *Maxwell Communications* case, involving a fusion of the U.S. chapter 11 bankruptcy procedure with the U.K. administration order procedure,[24] and the intricate chain of mutually supportive decisions in BCCI,[25] are examples of what can be achieved between independent courts in separate states when inspired to work towards a common goal.

The most obvious candidate for serious consideration is the widely acclaimed section 304 of the U.S. Bankruptcy Code, first introduced in 1978.[26] At that

24. *See* Re Maxwell Communications Corporation plc, Barclays Bank plc v. Homan, [1992] British Company Cases 757 (C.A.); Petition of Brierley, 145 B.R. 151 (Bankr. S.D.N.Y. 1992). For the two types of procedure referred to, see title 11 of the United States Code, *infra* note 26 (Reorganization) and the United Kingdom Insolvency Act 1986 part II (Administration Orders) (available in 4 Halsbury's Statutes 717, 736 (1991).

25. *See supra* text accompanying note 11 and following.

26. Bankruptcy Reform Act of 1978, 11 U.S.C.S. § 304 (Law. Co-op 1982). For discussions of the section, including surveys of the case law and copious literature it has generated, see Gitlin, Flaschen & Grimes, *in* Joseph J. Norton, Bankruptcy Law and Practice ch. 19 (1989) *reprinted in* Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions (The Aberystwyth Insolvency Papers), *supra* note 5, ch. 4(b); *see also* P.J. Kozyris *in* Cross-Border Insolvency: National and Comparative Studies, *supra* note 6, ch. 13.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 441 1993

date, as now, the United States was not a party to any international insolvency conventions. In enacting section 304, nevertheless, the United States broke new ground by adopting a universalist approach through unilateral initiative. At the same time it extended a challenge-cum-invitation to other states to take a similar, imaginative leap forward.

Section 304 enables the commencement in a U.S. bankruptcy court of a "case ancillary to a foreign proceeding," opened by the simple step of filing a petition by a "foreign representative." The terms "foreign proceeding" and "foreign representative" are defined elsewhere in the code[27] in fairly liberal terms, so as to accord standing to an officeholder appointed in a jurisdiction with which the debtor has some "substantial connection." A qualifying restriction, however, is the requirement that the foreign proceedings must be supervised by some kind of court or administrative agency. This appears to exclude an administrative receiver appointed by an individual creditor pursuant to a floating charge, as can occur under the law of the United Kingdom and other countries that have developed the same type of security device.

The wide range of assistance available under section 304 is set out with clarity in subsection (b). It includes injunctions to protect the person or property of the debtor from any type of action or remedy in the United States, such as the turnover of assets to the foreign representative and "other appropriate relief." Section 304 contains no requirement for any preexisting, international arrangements in place between the United States and the other state. An "open door" policy is thus proclaimed. However, subsection (c) does render the process of assistance a matter for the court's discretion, to be exercised with regard to "what will best assure an economical and expeditious administration" of the estate. The subsection supplies the court with a six-point checklist of criteria to which regard is to be paid. Among these is the proposition in paragraph (4), which is the basis for the so-called "substantial similarity" doctrine, whereby the U.S. court appraises the effects that take place under the foreign law's process of distributing the estate by comparison with the goals pursued by the U.S. bankruptcy model itself. The emphasis is upon similarity, not identity, of substance.

The supreme merits of section 304 are its flexibility, combined with worldwide adaptability: assistance can be tailored to suit the requirements of the instant case. However, adoption of comparable measures for the United Kingdom requires additional consideration of the "hybrid" model put together by the Australian Law Reform Commission in its Insolvency Report of 1988 (currently under consideration for enactment).[28] This model closely resembles the U.S. section 304, but has additional elements drawn from section 426 of the Insolvency Act

27. 11 U.S.C.S. § 101(22), (23).

28. Austl. L. Reform Commission, Report No. 45, General Insolvency Inquiry (1988). Substantial parts of the report's recommendations, but not those on Cross-Border Insolvency, were adopted in the Australian Corporate Law Reform Bill of 1992.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 442 1993

of 1986 of the United Kingdom. This results in a two-tier approach to cooperation in which judicial assistance becomes available as of right in cases where the request originates from a prescribed country—that is to say, a country with which Australia has well-established legal relations, such as the United Kingdom, Canada, and New Zealand. Other countries could be added from time to time, just as is possible in the United Kingdom under section 426. In all other cases the Australian court's cooperation would be available on a discretionary basis, following the principles embodied in U.S. section 304. The request for assistance may be made by the officeholder personally, although formal letters of request from the foreign court may also be employed. The Australian provision is so worded that, unlike that of the U.S. section 304, assistance can be sought by a receiver appointed by a creditor acting under a floating charge. This composite model, which seems to offer the best of both worlds, is highly attractive. Other states should adopt a similar legislative provision to reaffirm and strengthen the commitment to international cooperation between courts.

III. Conclusion

Solutions to the profound and complex legal problems of international insolvency are not easy. Where appropriate conditions exist, as within a convergent regional grouping of states such as the European Community, it may be possible to develop a multilateral approach to some of the main difficulties, such as exercise of jurisdiction, and the capability of the liquidator to act in other states and administer assets that are located there. But such developments will inevitably be slow to evolve and will only be applicable to assets that happen to be somewhere within the frontiers of the regional organization at the time when insolvency proceedings occur. Any multilateral agreement or treaty should therefore respect the need to provide for fair and even-handed cooperation with courts and officeholders from countries outside the grouping of contracting states.

Whenever an insolvency transcends the confines of a single global region or legal "family," the complexity of the issues increases. The most positive results, for the foreseeable future, are likely to be attained by conferring upon national courts a mandate, and a discretionary power, to act in collaboration with their overseas counterparts. The mandate should allow national courts to assist officeholders in proceedings commenced in other jurisdictions in whatever ways appear possible in the circumstances of the instant case, having regard for the diverse interests that will be affected. This places a heavy premium upon judicial skills and powers of discernment. However, signs are increasing that the judiciary in many parts of the world are both conscious of the attendant responsibilities and willing to serve the ends of justice by exercising their powers in a creative and internationalist spirit. By supporting, and enhancing the scope of, judicial activism in international insolvency, improvement in the concrete outcome of cases in the immediate and medium-term future may be significant.

HeinOnline -- 27 Int'l L. 443 1993

HEINONLINE

Citation: 32 Brook. J. Int'l L. 767 2006-2007

Content downloaded/printed from
HeinOnline (http://heinonline.org)
Wed Sep 28 05:03:08 2011

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance
of HeinOnline's Terms and Conditions of the license
agreement available at http://heinonline.org/HOL/License

-- The search text of this PDF is generated from
uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope
of your HeinOnline license, please use:

https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?
&operation=go&searchType=0
&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0740-4824

MAINTAINING THE MOMENTUM: THE CONTINUING QUEST FOR GLOBAL STANDARDS AND PRINCIPLES TO GOVERN CROSS-BORDER INSOLVENCY

Ian F. Fletcher[*]

FOREWORD—IN MEMORIAM

A little more than ten years ago, on September 19, 1996, to be exact, the author of this Article was privileged to take part in a truly exceptional and ground-breaking symposium conceived and arranged by the friend and colleague whose loss we continue to mourn, and to whose memory we dedicate these present proceedings. The symposium of September 1996 was a co-sponsored venture by Brooklyn Law School together with the Centre for Commercial Law Studies based in Queen Mary & Westfield College, University of London.[1] It followed the precedent of other joint symposia mounted by these two institutions around that time, of presenting the same conference program at consecutive meetings in New York and London, thereby widening the live impact of the proceedings and enabling the high-caliber array of speakers to interact with audiences on two continents. As the Director of the Centre for Commercial Law Studies during that period, the author attended several of the symposia in an *ex-officio* capacity, but when the theme of "Bankruptcy in the Global Village" was first mooted, it was inevitable that my involvement in the proceedings would be more than merely symbolic. Nevertheless, it is appropriate to acknowledge that the original concept for the 1996 symposium came from Professor Barry Zaretsky, and that it was he and his colleagues who worked tirelessly to ensure that the inaugural session held in Brooklyn was an unqualified success, characterized by a sense of infectious energy and enthusiasm that emanated from Barry himself. The professional dedication which Barry brought to the organization of the working sessions of the symposium was matched by a warm and generous spirit of hospitality which he and his wife, Joan, extended to those of us who were visiting from "out of town." As one reflects on the unaffected conviviality of those times spent together a decade ago, and is then mindful of all that has happened in the intervening years, in New York and beyond, it seems imperative that we reaffirm

---

* Professor of International Commercial Law, University College London.

1. The College within the University of London formerly known as Queen Mary and Westfield College has subsequently adopted the name "Queen Mary, University of London." Queen Mary, University of London, Web site, http://www.qmul.ac.uk (last visited May 20, 2007).

our commitment to the pursuit of the high scholarly purposes, and to the spirit of international collegiality, which were among the many cherished qualities which will be forever associated with the name of Barry Zaretsky.

I. INTRODUCTION: THEN AND NOW

A. Work in Progress, 1996

Surveying the landscape of international insolvency—or bankruptcy—law as it was constituted in 1996 from the vantage point of the closing months of 2006, one is struck by the speed and extent of the changes which have taken place in the intervening years. Perusal of the collected papers from the first Global Village Symposium as published in the *Brooklyn Journal of International Law*[2] provides a snapshot of the state of evolution of a number of major projects at that point in time. The American Law Institute's (ALI) *NAFTA Insolvency Project*, for which Professor Jay L. Westbrook was the U.S. Reporter, was actively engaged in the task of seeking common ground and shared principles among the laws of the three NAFTA countries with regard to the conduct of cross-border bankruptcies.[3] By the fall of 1996, draft statements of the laws of all three jurisdictions had already been prepared,[4] creating a necessary platform for the completion of the project. However, the exacting process of discovering and formulating the agreed-upon principles still lay in the future, and was only concluded in May 2000.[5]

---

2. Symposium, *Bankruptcy in the Global Village*, 23 BROOK. J. INT'L L. 1 (1997).

3. Jay Lawrence Westbrook & Jacob S. Ziegel, *The American Law Institute NAFTA Insolvency Project*, 23 BROOK. J. INT'L L. 7 (1997).

4. AM. LAW INST., TRANSNATIONAL INSOLVENCY PROJECT: INTERNATIONAL STATEMENT OF UNITED STATES BANKRUPTCY LAW (Discussion Draft 1996); AM. LAW INST., TRANSNATIONAL INSOLVENCY PROJECT: INTERNATIONAL STATEMENT OF CANADIAN BANKRUPTCY LAW (Council Draft No. 1, 1996); AM. LAW INST., TRANSNATIONAL INSOLVENCY PROJECT: INTERNATIONAL STATEMENT OF MEXICAN BANKRUPTCY LAW (Preliminary Draft No. 1, 1996).

5. Final Drafts of the four volumes comprising the product of the American Law Institute (ALI) Transnational Insolvency Project were approved by the council and members of the ALI at the organization's annual meeting in May 2000. All four volumes were subsequently published in 2003 by Juris Publishing, Inc. The first three volumes contain national reports of the relevant laws of the three NAFTA countries—Canada, Mexico, and the United States—while the fourth volume, entitled *Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*, carries the statements of principles and recommendations. AM. LAW INST.: TRANSNATIONAL INSOLVENCY: COOPERATION AMONG THE NAFTA COUNTRIES: INTERNATIONAL STATEMENT OF CANADIAN BANKRUPTCY LAW (Juris Publishing 2003); AM. LAW INST.: TRANSNATIONAL INSOLVENCY: COOPERATION AMONG THE NAFTA COUNTRIES: INTERNATIONAL STATEMENT OF MEXICAN BANKRUPTCY LAW (Juris

Meanwhile, the long-running saga of the European Union Insolvency Convention had, earlier in the year 1996, suffered the latest of a series of miscarriages of fortune which had consigned the text to an uncertain state of limbo. Although the concluded text of the convention had been signed by fourteen of the fifteen states which then comprised the membership of the European Union, the failure of the United Kingdom to append its signature by May 23, 1996[6] (the last day of the six-month "window" during which the convention was open for signature), caused the entire convention to lapse.[7] Although it was technically possible for the project to be resurrected at some future time by unanimous agreement of the entire E.U. membership of fifteen, it was questionable whether the political conditions for such a maneuver would be achievable in the immediate aftermath of the acrimonious events of May 1996. At the Brooklyn Symposium in September of that same year, the author ventured the opinion that the convention might possibly be revived and concluded at some time during 1997, although the process of ratification might occupy several more years before the convention could enter into force.[8] That opinion was mistaken on a number of counts, although the final outcome can be regarded as having produced a more effective instrument of legal integration than had been in prospect while the project was cast in the form of an international convention.

It was not until 1999 that the requisite circumstances, and the shared political will, were forthcoming to permit the revival of the insolvency project.[9] On the other hand, the inspired decision to recycle the substantive text of the lapsed convention in the form of a regulation of the Council of the European Community totally transformed the legal potency of the measure and the immediacy of its entry into force.[10] The

---

Publishing 2003); AM. LAW INST.: TRANSNATIONAL INSOLVENCY: COOPERATION AMONG THE NAFTA COUNTRIES: INTERNATIONAL STATEMENT OF UNITED STATES BANKRUPTCY LAW (Juris Publishing 2003); AM. LAW INST.: TRANSNATIONAL INSOLVENCY: COOPERATION AMONG THE NAFTA COUNTRIES: PRINCIPLES OF COOPERATION AMONG THE NAFTA COUNTRIES (2003) [hereinafter AM. LAW INST., PRINCIPLES].

6. European Union, Convention on Insolvency Proceedings, *done* Nov. 23, 1995, 35 I.L.M. 1223, 1223.

7. *Id.* art. 49.

8. Ian F. Fletcher, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: An Overview and Comment, with U.S. Interest in Mind*, 23 BROOK. J. INT'L L. 25, at 27, 33.

9. Initiative of Germany and Finland on Adoption of a Council Regulation on Insolvency Proceedings, submitted May 26, 1999, 1999 O.J. (C 221) 8 (EC).

10. The measure acquired the force of law, with supremacy over any conflicting provisions of domestic law, on May 31, 2002 throughout all the E.U. Member States with the exception of Denmark. Council Regulation 1346/2000, 2000 O.J. (L 160) 1 (EC). Denmark, a signatory to the Insolvency Convention which lapsed in 1996, secured a spe-

accession of ten further states to membership of the European Union between 1996 and 2004[11] has resulted in a total of twenty-four European States being currently subject to the Regulation on Insolvency Proceedings (EC Regulation). This figure was increased still further with the accession of two more states as E.U. Members in January 2007.[12]

Although not in a sufficiently advanced state to be examined in detail during the course of the 1996 Symposium, another significant project in progress at that time was the cycle of twice-yearly meetings of an expert working group convened by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), aimed at producing model legislative provisions on cross-border insolvency which could be enacted by states as part of their domestic laws.[13] The concept of the Model Law on Cross-Border Insolvency, as it ultimately came to be known, was a pragmatic response to a growing realization that the rate of progress towards the development of multilateral conventions to provide for the orderly conduct of international insolvencies was impossibly slow and faltering and would be incapable of delivering workable results for global application within any foreseeable time frame. An alternative strategy was therefore adopted with a view to establishing a framework of standardized legislative provisions which, if incorporated in parallel fashion into the domestic laws of a number of commercially significant states, could ensure the

---

cial exemption under the terms of the Maastricht and Amsterdam Treaties, of 1992 and 1997 respectively, which amended and consolidated the primary treaties on which the European Community and the European Union are based. Protocol on the Position of Denmark arts. 1, 2, 1997 O.J. (C 340) 1, 101; Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, Oct. 2, 1997, 1997 O.J. (C 340) 1 [hereinafter Amsterdam Treaty]; Treaty on European Union, Feb. 7, 1992, 1992 O.J. (C 191) 1 [hereinafter Maastricht Treaty]. Under this so-called "permanent opt-out," Denmark is excluded from the effects of legislation enacted under Articles 61(c) and 67(1) of the Treaty Establishing the European Community. *See* Treaty Establishing the European Community arts. 61(c), 67(1), Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 3, consolidated version at 2002 O.J. (C 325) 33. The EC Regulation on Insolvency Proceedings was adopted under the terms of the two articles in question. The non-participation of Denmark is confirmed by Recital 33 to the Regulation. Council Regulation 1346/2000, para. 33, 2000 O.J. (L 160) 1, 4.

11. European Union, Treaty and Act of Accession (Athens Treaty), Sept. 23, 2003, 2003 O.J. (L 236).

12. Final approval for the accession of Romania and Bulgaria to the status of full membership of the European Union with effect from January 1, 2007, was announced in a press release by the European Commission on September 26, 2006. Press Release, European Comm'n, Commission Confirms Bulgaria's and Romania's EU Accession on 1 January 2007, Completed by a Rigorous Package of Accompanying Measures (Sept. 26, 2006).

13. *See* U.N. Comm'n on Int'l Trade Law [UNCITRAL], 26th Session, July 5–23, 1993, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of its 26th Session*, paras. 302–06, U.N. Doc. A/48/17 (Sept. 7, 1993).

minimum conditions necessary to enable multi-jurisdictional insolvency proceedings to be conducted with speed and effectiveness.[14] This would be facilitated through the provision of appropriate enabling powers allowing judges to cooperate with their counterparts in other jurisdictions and to grant assistance to foreign representatives acting in insolvency cases.[15]

UNCITRAL, in May 1995, formally decided to pursue the preparation of uniform legislative provisions on judicial cooperation in cross-border insolvencies.[16] The rate of progress achieved by the Working Group was remarkable for its rapidity. By March 1997 a draft version of the Model Law was issued for scrutiny and consultation, and after some consequential revision, the text of the Model Law was adopted by UNCITRAL on May 30 of that same year.[17] Inevitably, some time was needed thereafter for states to absorb the implications of the Model Law and evaluate the case for its enactment, but in due course a steadily growing list of economically significant states, beginning in 2000 with Mexico, introduced legislation based upon its provisions.[18]

Although representatives of both the United States and the United Kingdom had been members of the Working Group, and had played significant roles in shaping the contents of the Model Law itself, the original aspirations of the respective governments of those states to set a positive example by quickly enacting it within their insolvency laws fell vic-

---

14. *See* UNCITRAL, UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency, Preamble, U.N. Doc. A/52/17 annex I at 67 (July 4, 1997) [hereinafter UNCITRAL, Model Law].

15. *Id.* ch. IV (arts. 25–27).

16. UNCITRAL, Twenty-eighth Session, May 2–26, 1995, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Twenty-eighth Session*, paras. 391–92, U.N. Doc. A/50/17 (*adopted* May 24–26, 1995).

17. UNCITRAL, Thirtieth Session, May 12–30, 1997, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Thirtieth Session*, para. 221, U.N. Doc. A/52/17 (July 4, 1997) [hereinafter UNCITRAL, *Report on Thirtieth Session*]; *see id.* at 67–77 (Annex I) (UNCITRAL, Model Law).

18. The following countries have adopted legislation based on the Model Law: Colombia, Great Britain, and New Zealand in 2006; the British Virgin Islands and the United States of America in 2005; Serbia in 2004; Poland and Romania in 2003; Montenegro in 2002; Japan, Mexico, and South Africa in 2000; and Eritrea. UNCITRAL, Status: 1997—Model Law on Cross-Border Insolvency, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html (last visited May 18, 2007). Countries reported to be actively considering adoption of enacting legislation include Argentina, Australia, Canada, and Pakistan. UNCITRAL, *Developments in Insolvency Law: Adoption and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency and Developments in Interpretation of "Centre of Main Interests" in the European Union*, para. 3, U.N. Doc. A/CN.9/597 (Apr. 11, 2006).

tims to the cross-currents of domestic political and legislative circumstances. It was not until October 17, 2005 that a new Chapter 15 of the U.S. Bankruptcy Code, embodying the terms of the Model Law as applicable in the United States, was able to enter into force as part of a more widely cast statute containing other reforming provisions whose contents had generated much political controversy.[19] In the United Kingdom, an enabling power was supplied by section 14 of the Insolvency Act 2000 to allow the Model Law to be enacted by means of secondary legislation in the form of a statutory instrument.[20] Despite this license to bypass the severe constraints of the parliamentary legislative timetable, the task of preparation, including a series of consultative processes, was not completed until March 2006.[21] Enactment of the Model Law was effected by the Cross-Border Insolvency Regulations 2006, which entered into force within Great Britain on April 4, 2006.[22]

B. Some New Initiatives Since 1996

The completion of each of the three major projects which have just been discussed was a matter for celebration as representing a triumph of will in the face of technical and political obstacles. These obstacles would, on the evidence of past history of treaties and agreements in the sphere of international bankruptcy matters, invariably have proved insuperable or, at best, would have resulted in a text of such blandness or opacity that no meaningful benefits could be derived from the finished product.[23] The concrete advances brought about through the American

---

19. Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act of 2005, Pub. L. No. 109-8, 119 Stat. 23 (codified in scattered sections of titles 11, 12, 15, and 18 of the United States Code). Title VIII of this act amends Title 11 of the United States Code by inserting Chapter 15 ("Ancillary and Other Cross-Border Cases"), and makes consequential amendments to Titles 11 and 28 of the Code. *Id.* §§ 801–02 (codified in 11 U.S.C. §§ 1501–32 and scattered sections of 11 and 28 U.S.C.).

20. Insolvency Act 2000, c. 39, § 14 (U.K.). This section came into force on the day the Act was passed (November 30, 2000). *Id.* § 16(2).

21. For a key document circulated during the consultative process, see THE INSOLVENCY SERV., IMPLEMENTATION OF UNCITRAL MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY IN GREAT BRITAIN (2005), *available at* http://www.insolvency.gov.uk/insolvencyprofessionandlegislation/con_doc_register/registerindex.htm (last visited May 21, 2007).

22. Cross-Border Insolvency Regulations 2006, S.I.2006/1030 § 1. The delimitation of the territorial effect to "Great Britain" signifies that the Model Law currently applies only within England, Wales, and Scotland. *Id.* § 2. Extension to Northern Ireland will be effected by a further instrument of secondary legislation at a date to be determined.

23. As an example, see the Model Treaty on Bankruptcy adopted by the Fifth Session of the Hague Conference on Private International Law in 1925, reproduced in

Law Institute Transnational Insolvency Project, the EC Regulation on Insolvency Proceedings, and the UNCITRAL Model Law respectively, serve as a reminder of what can be accomplished by a less ambitious quest for pragmatic solutions to specific aspects, rather than embarking on the vain attempt to devise an idealized solution to the totality of the issues of principle and process that are encountered in the field of international insolvency. Significantly, none of the three projects attempted to impose changes to the substantive insolvency laws, and related types of proceeding, contained in the domestic legal orders of the states in which their provisions were destined to apply. The ALI Principles, and the UNCITRAL Model Law, aspire to allow the foreign representative to gain access and recognition before the courts of other states, and thereafter to obtain such relief and assistance as is already available under the laws of the recognizing state in relation to cases initiated under its domestic laws.[24] And while the EC Regulation embodies a regime of overarching rules controlling the exercise of jurisdiction, the choice-of-law process, and the recognition and enforcement of proceedings opened in other Member States,[25] it most emphatically does not purport to rewrite the content of the domestic insolvency laws of the states whose laws are required to be applied substantively in accordance with its controlling provisions.

Diversity of treatment of factually similar situations, as between the laws of two different sovereign states, will thus remain a fact of life for those caught up in a multi-jurisdictional bankruptcy. It will require much effort to minimize the sense of unfairness borne by those parties who experience the effects of asymmetrical outcomes among differently positioned creditors of what is, in functional terms, a single debtor operating on a transnational basis. Instances of such asymmetrical outcomes for functionally similar claimants will continue to occur for as long as the separate sovereign states of the world maintain their individualized approaches to insolvency law and policy. In reality, the elimination of such diversity is unattainable within the foreseeable future. If the otherwise closely aligned states of the European Union have shown themselves unable—indeed unwilling—to countenance the harmonization of their national laws concerning debtor-creditor relations, security, and insolvency, how much more unlikely is it that states from different regions of the world, representing a wide variety of legal traditions, could be in-

---

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, ACTES DE LA CINQUIÈME SESSION 1925, at 341 (1926). No state ever ratified the Treaty.

24. *See* AM. LAW INST., PRINCIPLES, *supra* note 5; UNCITRAL, Model Law, *supra* note 14.

25. *See* Council Regulation 1346/2000, 2000 O.J. (L 160) 1 (EC).

duced to abandon their embedded practices in matters of insolvency and subscribe to a common set of principles and procedures?!

Although any attempt at bringing about a complete harmonization of global insolvency laws in the near future could be dismissed as an exercise in futility, there is a good case to be made for sustaining the momentum generated by the successfully completed projects of recent times. This would be in order to pursue more attainable objectives such as raising the level of awareness among national legislators and policymakers regarding the standards of legal provision currently maintained by states, which are demonstrably in the forefront of economic and commercial activity.[26] Although it would be unrealistic to pretend that less developed states with fewer resources could, or indeed should, instantly renounce their indigenous practices and seek to emulate an alien legal culture for the sake of the supposed economic benefits that might ensue, a long-term approach to the sharing of expertise and skills could enable such states, over time and at a self-determined pace, to assimilate such standards as they deem to be compatible with their social goals and priorities. This line of reasoning (at least in part) seems to lie at the root of a new wave of initiatives which have been promoted by a number of regional and global organizations during the last decade, including the International Monetary Fund (IMF),[27] the Asian Development Bank (ADB),[28] and the World Bank,[29] and also by UNCITRAL.[30] Each in its distinctive way offers an aspirational statement of the norms and standards which are believed by the respective teams of authors to embody the necessary ingredients of a robust and efficient system for regulating debtor-creditor relationships and for administering and distributing the estates of insol-

---

26. The policy of "global standard setting" by identifying the currently accepted models of "best practice" is notably exemplified by the initiatives mentioned *infra*, notes 27–30.

27. LEGAL DEP'T, INT'L MONETARY FUND, ORDERLY AND EFFECTIVE INSOLVENCY PROCEDURES: KEY ISSUES (1999).

28. Office of the Gen. Counsel, Asian Dev. Bank, *Insolvency Law Reforms in the Asian and Pacific Region*, 1 LAW AND POLICY REFORM AT THE ASIAN DEVELOPMENT BANK 10–85 (2000).

29. WORLD BANK, PRINCIPLES AND GUIDELINES FOR EFFECTIVE INSOLVENCY AND CREDITOR RIGHTS SYSTEMS (REVISED) (2005), *available at* http://www.worldbank.org/ifa/rosc_icr.html; WORLD BANK, PRINCIPLES AND GUIDELINES FOR EFFECTIVE INSOLVENCY AND CREDITOR RIGHTS SYSTEMS (2001), *available at* http://www.worldbank.org/ifa/rosc_icr.html.

30. UNCITRAL, LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW, U.N. Sales No. E.05.V.10 (2005) [hereinafter UNCITRAL, GUIDE], *available at* http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/05-80722_Ebook.pdf. Supporting documentation is available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/2004Guide.html.

vent debtors. Although there are obvious variations between the four documents in terms of emphasis and nuance, as well as in some matters of substance, a considerable amount of common ground is also discernible which could become a useful starting point in a future search for further synthesis and convergence.[31]

In the cases of the IMF, the ADB, and the World Bank, their involvement in projects to promote a convergence of national insolvency laws in line with perceived "best practice" is far from coincidental. Indeed, there has at times been an appearance of barely concealed dirigisme on the part of some of the financial institutions, due to their tendency to hint at an eventual correlation between their readiness to provide moral and material support for "client countries" and the degree to which said clients are able to demonstrate that their insolvency laws are in alignment with the "benchmarks" specified in the lender's manual of best practice.[32] Nevertheless, each of the documents generated by the IMF, the ADB, and the World Bank respectively makes a valuable contribution to the process of identifying and articulating the legal provisions and systemic arrangements considered essential for the conduct of orderly financial relationships in support of commerce and development. However, in terms of impact on the global community, comprising both developed and developing states, it is probable that the *UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law* will receive the closest consideration by policymakers and legislators, both on account of its institutional pedigree and also for the very reason that it appears to adopt a non-prescriptive approach that is free from any overt attempt to impose a legislative matrix upon states as a condition for economic acceptance or access to material benefits for the future. The introductory section of the *Guide* pointedly affirms that its purpose is to assist the user of the document "to evaluate different approaches available and to choose the one most suitable in the national or local context."[33] With one notable exception, which will be further considered at a later point in this Article,[34] the *Guide* succeeds in its self-imposed limitation to refrain from "provid[ing] a single set of model solutions to address the issues central to an effective and efficient insol-

31. This theme is explored below in Part II.

32. See, for example, the systematic process known as "Reporting on the Observance of Standards and Codes" (ROSC), developed and operated by the IMF and the World Bank. Details of this can be viewed at www.worldbank.org/ifa/rosc.html (last visited May 21, 2007).

33. UNCITRAL, GUIDE, *supra* note 30, at 2, para. 3.

34. The exception referred to, concerning the treatment of matters of choice of law in Part Two, Chapter I, Section C of the *UNCITRAL Legislative Guide*, is considered below in Part II.

vency law"[35] while supplying an eloquently reasoned and quietly authoritative discourse upon ways of supplying the requisite components of a commercially attuned system of insolvency law.

C. Summing Up: A Decade of Progress

Attention has been called above to some of the notable developments in the field of international insolvency during the decade between 1996 and 2006. It has been a period when several important projects came to fruition and subsequently began to make an impact on the day-to-day practice and application of the law. Simultaneously, new projects were embarked upon with the aim of imparting a long-term influence over the shape, and eventual convergence, of insolvency systems on a global or regional basis. It should be noted that this Article has not attempted to provide a comprehensive survey of the latter type of project, and that a number of other initiatives have recently been completed, or are currently ongoing, which have a direct or indirect relation to the refinement and restatement of insolvency law principles.[36] Among the conclusions to be drawn from this impressive display of activity are that, while there is both a need and a desire to bring about an alignment of the insolvency and related laws of as many of the world's sovereign states as possible, the task will inevitably require much patience and sensitivity, and this alignment is best attained through the pursuit of manageable projects whose goal should be the progressive resolution of specific aspects of this vast and complex field. The dreams of former ages, envisioning a comprehensive solution to the problems of international insolvency by means of a single, grand treaty, have long since been abandoned. In their place, the more realistic cultivation of the "Art of the Possible" has been shown to produce worthwhile results. This approach should be continued, thereby maintaining the momentum generated by past successes without incurring the risks of overextension due to a surfeit of ambition.

II. NEW INITIATIVES 2006: THE ALI-III GLOBAL PRINCIPLES PROJECT

One example of the "new wave" of initiatives seeking to build on the foundations which are now in place, the ALI-III Global Principles Pro-

---

35. UNCITRAL, GUIDE, *supra* note 30, at 2, para. 3.

36. *E.g.*, UNCITRAL, *Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, U.N. Doc. A/CN.9/WG.VI/WP.31/Add.1 (Nov. 22, 2006); PRINCIPLES OF EUROPEAN INSOLVENCY LAW (W.W. McBryde et al. eds., 2003). The *Draft Legislative Guide on Secured Transactions* was developed by the UNCITRAL Working Group on Security Interests beginning in 2002. Documentation related to this guide is available at http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/security.html (last visited Apr. 16, 2007).

ject, was inaugurated in the winter of 2006 as a joint venture by the American Law Institute and the International Insolvency Institute.[37] The project seeks to develop global principles for cooperation in international insolvency cases.[38] The author had the honor to be named as co-Reporter for this project, in collaboration with Professor Bob Wessels. The remainder of this Article offers an account of the aims and methods by which the so-called Global Principles Project is being pursued, and the goals which we hope to achieve.

A. Background

In February 2006, the American Law Institute and the International Insolvency Institute (III) announced the inception of a joint dissemination and extension project with respect to the "Principles of Cooperation" developed in the ALI Transnational Insolvency Project.[39] The stated objective of the two bodies was to establish acceptance of the ALI's *Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries* (*NAFTA Principles*)[40] in jurisdictions across the world, subject to any necessary local modifications, and to obtain the endorsement of leading domestic associations, courts, and other groups in those jurisdictions.[41] The intended time frame for completion was set at within twenty-four to thirty months, thereby envisaging the production of a finalized text before the end of the year 2008.[42] It was also anticipated that the Joint Reporters would carry out their task in collaboration with an International Advisory Group whose membership would be drawn primarily from the international membership of III.[43] Given the specialized nature of the subject matter of the project, and also its international character, the technical expertise and professional stature of the III membership makes them ideally qualified for the task in hand, although it is expected that ALI members with an interest in the field of international bankruptcy will be drawn to par-

37. *See* Am. Law Inst., *Council Approves Property Draft for Submission to Annual Meeting*; *New Project Launched on Transnational Insolvency Principles of Cooperation*, A.L.I. REPORTER, Winter 2006, at 1–2 [hereinafter Am. Law Inst., *Insolvency Project*].

38. *See id.*; *see also* Am. Law Inst., *Institute Moves Forward with International Insolvency Project*, A.L.I. REPORTER, Summer 2006, at 4 [hereinafter Am. Law Inst., *Institute Moves Forward*].

39. *Id.*; *see supra* notes 3 and 4 and accompanying text.

40. AM. LAW INST., PRINCIPLES, *supra* note 5.

41. *See* Am. Law Inst., *Institute Moves Forward*, *supra* note 38; Am. Law Inst., *Insolvency Project*, *supra* note 37.

42. AM. LAW INST. & INT'L INSOLVENCY INST., MANIFESTO OF AIMS AND OBJECTIVES (2006) (on file with the author) [hereinafter ALI & III, MANIFESTO].

43. *Id.*

ticipate, even if they do not happen to be members of III.[44] In addition, an ALI Members' Consultative Group will be formed in accordance with the organization's usual procedure for the conduct of projects.[45]

B. Defining the Objectives

The Joint Reporters set about their mission by drawing up a provisional statement of objectives, with a view to launching an interactive discussion with the membership of the Advisory Group and thereafter refining and reshaping the objectives themselves. The Reporters started from the proposition that the *raison d'être* of the Project is already defined, namely to establish the extent to which it is feasible to achieve a worldwide acceptance of the *NAFTA Principles* together with the *Guidelines Applicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* (the *Guidelines*).[46] It thus seemed appropriate to design a systematic consultation exercise, drawing on the expert, first-hand knowledge of members of the Advisory Group, to determine the extent to which the *NAFTA Principles* and also the *Guidelines* are capable of being applied within a wide and representative range of legal systems around the world, and also the extent to which current practice in those countries may be said to conform to those standards.[47] Conversely, to the extent that local circumstances give rise to any obstacles to the acceptance of such standards and practices, these should be identified, and consideration should then be given to possible means of resolving them.[48]

Secondly, the Reporters perceived that the Global Principles Project could provide an appropriate vehicle for exploring further the possibilities for devising global standards to regulate the transnational insolvency process itself. A number of issues which have an important bearing upon the overall quality and efficiency of the international insolvency "process" were either not directly addressed in the context of the *NAFTA Principles* Project or were there dealt with on a somewhat tentative basis. These include the principles and procedures to be applied where insolvency occurs within multinational corporate groups (the subject of Pro-

44. The Co-Chairs of the International Advisory Group are Professor Jay L. Westbrook, the Reporter for the *NAFTA Principles* Project, and E. Bruce Leonard, who was Chair and Reporter for Domestic Aspects of Canadian Law for the previous Project, and who is currently Chair of the International Insolvency Institute.

45. *See* AM. LAW INST., CAPTURING THE VOICE OF THE AMERICAN LAW INSTITUTE: A HANDBOOK FOR ALI REPORTERS AND THOSE WHO REVIEW THEIR WORK 16 (2005).

46. AM. LAW INST., PRINCIPLES, *supra* note 5, app. B.

47. ALI & III, MANIFESTO, *supra* note 42.

48. *Id.*

cedural Principles 23 and 24 of the *NAFTA Principles*).[49] Further issues which are self-evidently in need of study and development are the conflict-of-laws aspects of insolvency, including choice-of-law rules and the principles relating to the exercise of jurisdiction, together with the elaboration of internationally tenable definitions of some of the fundamental concepts employed in the standardized principles.[50] Also of direct relevance to the goal of promoting effective cooperation in international cases are some very practical questions, including how to overcome the inevitable problems where the respective courts are operating concurrently in different regions and time zones and have different working languages. In such situations, direct communication between courts may be impracticable, but it may be that some alternative means of achieving cooperation through one or more designated intermediaries could be established.

Thirdly, the Reporters considered this a timely opportunity to take account of the considerable volume of work that had already been developed in this field in recent years. As already indicated in Part I of this Article, the number of recent projects and studies which either directly or indirectly relate to insolvency matters amount to a striking demonstration of the globalization of commercial activity in the present era, and the raised awareness internationally of the need to address insolvency-related issues which arise in a cross-border context. It would therefore seem useful to enlist the collective wisdom of the International Advisory Group to try to distill, and if possible synthesize, the fruits of recent activity, and hopefully thereby provide a legislative tool which can be a point of reference in the future.[51]

A meeting with the inaugural members of the Advisory Group was convened at Columbia University School of Law on June 14, 2006, attended by judges, practitioners, and academics from more than ten countries.[52] The meeting reviewed the Reporters' provisional statement of objectives and discussed a number of associated themes which could po-

---

49. *Id.* Following the decision by UNCITRAL at its meeting in July 2006, see *infra*, note 57 and accompanying text, to undertake a project dealing with the insolvency of groups of companies, the Co-Reporters concluded that this subject would not be retained as one of the main concerns of the Global Principles Project.

50. ALI & III, MANIFESTO, *supra* note 42. As of May 2007, these subjects continue to be included within the Objectives of the Global Principles Project.

51. With this task in mind, a *Taxonomy of Guidelines and Principles in International Insolvency* was drawn up with the assistance of Dr. Paul Omar. This document (currently unpublished) provides a synoptic display of the principles formulated by eight different studies, arranged thematically (copy on file with the author).

52. *See* Am. Law Inst., *Institute Moves Forward*, *supra* note 38.

tentially be included within the revised objectives.[53] There was a consensus on the need to maximize the opportunities presented by the assembling of a globally drawn group of experts by examining, within the limits of reasonableness, certain related issues which those engaged in the *NAFTA Principles* Project had not managed to resolve. For example, it was considered that some of the practical aspects of cross-border cooperation should be addressed, including, as already mentioned, the resolution of differences of working languages of the courts involved, and of the time zones in which the respective courts are located.[54] There was also some support for the suggestion that the special difficulties encountered in insolvencies of multinational groups of companies are in urgent need of attention, although it was quickly realized that the complexity of the subject could pose problems of balanced allocation of the available resources.[55] The subsequent decision by UNCITRAL, at its meeting in July 2006, to establish a working group to consider the treatment of corporate groups in insolvency[56] has obviated the need for this topic to be brought within the main objectives of the Global Principles Project, although it need not altogether preclude our consideration of some aspects where appropriate. As a consequence of this development, it is likely that the Project can address some of the more pressing issues in the area of private international law which to date have defeated the attempts of international organizations to devise clear and workable solutions.

C. The Continuing Challenge of Private International Law

When courts engage in cross-border cooperation, it can scarcely be supposed that they do so under circumstances where each court is blind to the international implications of the action it is being invited to take at the request of its foreign counterpart or of interested parties including, most prominently, the foreign representative. As has already been noted, existing instruments which regulate aspects of international insolvency, even including the EC Regulation on Insolvency Proceedings, have stopped short of seeking to unify the domestic insolvency laws of the states affected. For the foreseeable future, therefore, it will continue to be relevant to know in which jurisdiction a given debtor is capable of becoming subject to insolvency proceedings, and what the substantive consequences will be of those proceedings for all concerned. For the pur-

53. *Id.*

54. *Id.*

55. *Id.*

56. UNCITRAL, Thirty-ninth Session, June 19–July 7, 2006, *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the Work of Its Thirty-ninth Session*, paras. 207–09(a), U.N. Doc. A/61/17 (July 14, 2006).

poses of international recognition and enforcement of the results of insolvency proceedings, as well as for the purpose of obtaining the cooperation and assistance of foreign courts pursuant to such arrangements as are put in place following enactment of the UNCITRAL Model Law, the court hearing the foreign request must evaluate the circumstances in which the foreign proceedings came to be opened, and may also need to establish such questions as the precise time at which proceedings are to be treated as having been opened.

Regrettably, at present there is an absence of clear, universally agreed-upon rules to determine these issues, so that the outcome of such crucial legal questions is unpredictable at best. This is unfortunately the case even with respect to the EC Regulation and the UNCITRAL Model Law, whose recourse to a near-common vocabulary by the use of key concepts such as "centre of main interests"[57] and "establishment"[58] seemed initially to herald a significant leap forward in the standardization of rules of jurisdiction. Despite the enormous efforts expended in negotiating and drafting them, neither the EC Regulation nor the Model Law succeeded in providing a clear and precise definition of "centre of main interests,"[59] while their respective definitions of "establishment" may also prove to be difficult to apply in relation to some forms of commercial activity.[60] This definitional deficit has already proved to be the source of troublesome and costly uncertainty in the operation of the EC Regulation, as it has given rise to disputes between interested parties as to the legitimacy of attempts to open proceedings in a given jurisdiction.[61] Similar difficulties, bringing in their wake a plethora of legal uncertainties, have resulted from the lack of technical precision in the drafting of the EC Regula-

---

57. *See* Council Regulation 1346/2000 art. 3(1), Recital (13), 2000 O.J. (L 160) 1 (EC); UNCITRAL, Model Law, *supra* note 14, arts. 2(b), 16(3).

58. *See* Council Regulation 1346/2000 arts. 2(h), 3(2), 2000 O.J. (L 160) 1 (EC); UNCITRAL, Model Law, *supra* note 14, arts. 2(c), 2(f).

59. The statement in Recital (13) to the EC Regulation, to the effect that "[t]he 'centre of main interests' should correspond to the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties," is more appropriately classified as an indicative description, rather than as a technical definition of the term referred to. There is no comparable statement in the UNCITRAL Model Law.

60. *Compare* Council Regulation 1346/2000 art. 2(h), 2000 O.J. (L 160) 1 (EC) *with* UNCITRAL, Model Law, *supra* note 14, art. 2(f). The two definitions are closely similar, but not identical in their wording.

61. *See, e.g.*, Case C-341/04, Eurofood IFSC Ltd., 2006 E.C.R. I-3813; *Re* Daisytek-ISA Ltd., [2003] B.C.C. 562 (Ch.); Cour d'appel [CA] [Court of Appeal] Versailles, Sept. 4, 2003, 2003 WL 22936778, [2003] B.C.C. 984 (Klempka v. ISA Daisytek SA), *aff'd*, Cour de cassation, 2006 WL 3427682, [2006] B.C.C. 841 (Fr.).

tion's definition of "time of the opening of proceedings."[62] This is a serious defect in view of the notorious problem of the "race to the courthouse," which has a long history in the realm of cross-border insolvency.

The fraught questions of jurisdiction in international insolvency cases, and the vital matter of definition in respect of the concepts embodied in any jurisdictional rule, are inextricably linked to the process of allocating the substantive law by which any insolvency proceedings (or any aspects of such proceedings) are to be governed. The EC Regulation seeks to control these issues by declaring, in its Article 4(1), that "the law applicable to insolvency proceedings and their effects shall be that of the Member State within . . . [whose] territory . . . such proceedings are opened."[63] However, this basic rule is subject to specific exceptions prescribed in Articles 5 to 15 of the EC Regulation.[64] The extent to which such extensive exceptions to the controlling effect of the *lex concursus* have proven necessary, under current circumstances of diversity even among the laws of such closely aligned states as those belonging to the European Union, demonstrates the need for extreme caution when attempting to design a scheme of choice-of-law rules for application on a wider, global canvas.

In the author's estimation, it would be politically naïve to suppose that sovereign states would be prepared, at any time in the foreseeable future, to abandon all possibility of maintaining the benefits of localized rules, under which parties may have based their expectations in their dealings with a debtor, by conceding complete and overarching control to the provisions of some foreign insolvency law under which the debtor's global estate comes to be administered. For this reason it is especially disappointing that the authors of the *UNCITRAL Legislative Guide*, when dealing with the linked subjects of jurisdiction and choice of law, chose to abandon their otherwise admirable policy of refraining from an overly prescriptive presentation of their advice by proclaiming their preference for an unvarying application of the *lex concursus*.[65] While some of the provisions of the EC Regulation which create exceptions to the applica-

62. *See* Council Regulation 1346/2000 art. 2(f), 2000 O.J. (L 160) 1 (EC). The meaning of this provision was one of the issues referred to the European Court of Justice in the *Eurofood* case. The court abstained from deciding all aspects of this issue of interpretation, leaving further uncertainties about the full effects of the provision.

63. Council Regulation 1346/2000 art. 4(1), 2000 O.J. (L 160) 1 (EC).

64. *Id.* arts. 5–15.

65. UNCITRAL, GUIDE, *supra* note 30, at 67–72 (Part 2.I.C. ("Applicable Law in Insolvency Proceedings")). For the author's criticism of the approach taken in that section of the *Guide*, see IAN F. FLETCHER, INSOLVENCY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW paras. 9.13–9.16 (2d ed. 2005).

tion of the *lex concursus* are also not without difficulty in terms of their conception and drafting,[66] it is surely premature—and not a little presumptuous—for the authors of the *Legislative Guide* to suggest that there is a consensus among economically advanced nations that the unchallenged domination of the *lex concursus* currently represents "best practice" in the selection of the law to govern all aspects of an international insolvency case.

For all the foregoing, it would be useful to devote some time during the conduct of the Global Principles Project towards ascertaining the extent to which agreement can be reached on such matters as the definition of key terms employed in the rules governing jurisdiction and choice of law and in the actual content of the rules for selection of the applicable law in cross-border cases.

D. Taking the Project Forward

Following a period of reflection in the wake of the initial meeting with the Advisory Group, the Reporters' next goal was the augmentation of the membership of the Group with a view to its being as widely representative as possible. Concurrently, a systematic questionnaire has been designed to enable us to test the degree of acceptance of the *NAFTA Principles* among the states whose systems can be interrogated via the collective expertise of the Group. Additional questions will be included to try to gather reliable data concerning the additional issues referred to above, and afterwards to yield insights into the readiness of the global community of states to embrace even a limited number of standardized rules and practices which would bring greater stability to debtor-creditor relations.

Going forward, the Reporters wish to emphasize their belief in the need to maintain an open-minded spirit of inquiry, and a transparent process of debate, to ensure that any aspects of the *Principles* which may give rise to difficulties of transposition into the legal culture of a particu-

66. An example would be the provisions of Article 6 of the EC Regulation, concerning the availability of set-off in cases where this would be precluded under the provisions of the *lex concursus*. During the formative process of the Draft Convention on Insolvency Proceedings (the textual precursor to the current Regulation), several alternative versions of what is currently Article 6 were produced, based on a variety of approaches to the central problem of how to accommodate the legitimate expectations of parties dealing with the debtor under circumstances where mutual debits and credits would or might be produced. The rule finally adopted—whereby set-off is claimable if it is "permitted by the law applicable to the insolvent debtor's claim," Council Regulation 1346/2000 art. 6(1), 2000 O.J. (L 160) 1 (EC)—is by no means self-evidently the most appropriate solution to the issues of principle which arise in relation to international set-off. The subject undoubtedly merits a re-examination as part of the process of devising rules which are intended to be applied as globally accepted norms.

lar country or region can be properly and sensitively considered. If any particular issue cannot be resolved on the basis of a text of universal application acceptable to all, an accommodation may be sought by means of a proviso to allow the main principle to operate subject to certain necessary local modifications. In the course of this process, the extant array of internationally generated texts which were referred to above will be studied with a view to ascertaining additional, complementary principles of law and practice which are considered to command general support. In this way it is hoped that the final text embodying the Global Principles will obtain the approbation of governmental authorities, domestic and international organizations, practitioners, and (most importantly) courts in their approach to the conduct of international insolvency matters in the future.

HEINONLINE

Citation: 26 Brook. J. Int'l L. 1177 2000-2001

Content downloaded/printed from
HeinOnline (http://heinonline.org)
Wed Sep 28 05:08:42 2011

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance
of HeinOnline's Terms and Conditions of the license
agreement available at http://heinonline.org/HOL/License

-- The search text of this PDF is generated from
uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope
of your HeinOnline license, please use:

https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?
&operation=go&searchType=0
&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0740-4824

UNCITRAL'S MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY: A WORKABLE PROTECTION FOR TRANSNATIONAL INVESTMENT AT LAST

I. INTRODUCTION

The steady growth of transnational lending and the tendency of largely held corporations to possess foreign assets combine to foster growth of industry and technology while indirectly contributing to an overall higher standard of living. "Nearly a third of U.S.-based, large, publicly held companies own property in foreign countries and these companies usually separately incorporate those foreign holdings in the particular foreign countries."[1] Similarly, modern bankruptcy cases increasingly involve assets located in various countries.[2] However, the current state of international bankruptcy law presents foreign investors with a great deal of risk and uncertainty, and is unacceptable if cross-border commerce is expected to flourish. While creditors continue to suffer losses resulting from preferential treatment in foreign bankruptcy courts,[3]

---

1. Lynn M. LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post Universalist Approach*, 84 CORNELL L. REV. 696, 723 nn.147-48 (1999).

> An examination of cases in the Bankruptcy Research Database reveals that of 266 large, public companies filing for bankruptcy reorganization in the United States from 1980 through 1997, 83 (31%) indicated in their 10-Ks that they owned property outside the United States. Of the 68 companies in the Bankruptcy Research Database with foreign property that disclosed where their subsidiaries were incorporated, 64 (94%) named one or more foreign countries. Of the 65 that indicated the number of foreign countries involved, 49 (75%) had corporations in at least the number of countries in which they had property.

Id. (citing Lynn M. LoPucki, Bankruptcy Research Database (1999)) (unpublished database, on file with author).

2. NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION, NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION REPORT 351 (vol. I, Oct. 20, 1997). *See also* Leslie A. Burton, *Toward an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty*, 5 ANN. SURV. INT'L & COMP. L. 205 (1999).

3. *See* Noel Fung, *Jakarta Bankruptcy Court Rejects Foreign Banks' Claim on BII Unit*, ASIAN WALL ST. J., Aug. 4, 1999, at 3. "This decision is another setback for foreign creditors, who so far have had limited success in retrieving their loans through the bankruptcy court . . . ." *Id. See also Chinese Government Not to Bail*

higher risks[4] are needlessly placed on transnational investors: risks which increase the cost of international trading and stifle the emergence of an otherwise burgeoning world-wide economy.[5] While the international community has attempted to respond to the need for global, uniform bankruptcy rules,[6] it has not failed to come up with an acceptable solution.[7] The most recent attempt at providing an international mechanism for dealing with cases of cross-border insolvency is the Model Law on Cross-Border Insolvency (Model Law), adopted by the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), in 1997.[8] Although still in its infancy, the Model Law already has been criticized as yet another failed attempt

---

Out ITICs: Banker, CHINA BUS. INFORMATION NETWORK, Jan. 20, 1999. "The terms of the GITIC bankruptcy provided for payment to some 25,000 individual Chinese creditors, but did not give international creditors any assurances that they would be repaid." *Id. See generally China: Court Promises Fair Treatment of Debt Repaying*, CHINA BUS. INFORMATION NETWORK, Apr. 23, 1999 (discussing bankruptcy of Guangdong International Trust and Investment Corp (GITIC)). GITIC is a company owned by the Chinese government. *See id.* Three of its subsidiaries faced claims from 175 foreign creditors for 32.341 billion Yuan and 365 mainland creditors for 14.68 billion Yuan.

4. *See infra* Part II.B. These risks ultimately will result in the inequitable distribution of assets. Acknowledging creditors' fears of inequitable distribution in transnational insolvency cases, Li Qi, deputy judge of the Guangdong Provincial People's High Court in China, felt the necessity to assure creditors that "[a]ll debts, whether on the mainland or outside the country, will be equally compensated." *China: Court Promises Fair Treatment of Debt Repaying*, *supra* note 3.

5. *See* Hon. Justice J.M. Farley, *A Judicial Perspective on International Cooperation in Insolvency Cases*, 17 AM. BANKR. INST. J. 12 (1998). "We must avoid becoming bogged down in non-productive diversions that are destructive to the value of the enterprise." *Id. See also* Burman and Westbrook, *infra* note 10, at 1386. "Progress in this area of the law will have a significant effect on international commercial finance and investment." *Id.*

6. Examples of such attempts include the International Bar Association, Cross-Border Insolvency Concordat, June 1, 1996 [hereinafter Concordat]; European Union Convention on Insolvency Proceedings, Nov. 23 1995, 35 I.L.M. 1223, 1226 [hereinafter EU Convention]; Scandinavian Convention, Nov. 7, 1933, 155 L.N.T.S. 133, 138.

7. *See* David H. Culmer, *The Cross-Border Insolvency Concordat and Customary International Law: Is it Ripe Yet?*, 14 CONN. J. INT'L L. 563, 566 (1999). "The domestic swing toward cooperation with foreign proceedings has not been accompanied by the formation of treaties aimed at cross-border cooperation." *Id.* "In Europe, decades of work has yielded little fruit in terms of a cross-border bankruptcy regime." *Id.* For a further discussion of "failed attempts," see Burton, *supra* note 2.

8. U.N. Commission on International Trade Law's Model Law on Cross-Border Insolvency, G.A. Res. 52/158, UNCITRAL, 30th Sess., Supp. No. 17, Doc. A/52/17 (May 30, 1997), 36 I.L.M. 1386 [hereinafter Model Law].

at filling the vacuum in cross-border insolvency law.[9] While the Model Law may not solve every problem in international bankruptcy, this Note asserts that it is a promising step toward alleviating a substantial number of the significant obstacles to cooperation and the equal distribution of assets. This Note further urges United Nations Member States to incorporate the Model Law into their existing domestic bankruptcy law. The national uniform bankruptcy code in the United States has taken almost 100 years to develop,[10] and the Code has been in a perpetual state of amendment ever since. Given some time to develop, this Note asserts that the Model Law will prove to be a substantial and necessary step toward reducing risks faced by foreign investors and multinational corporations. Not only will the Model Law increase cooperation between courts involved in transnational liquidation and reorganization proceedings, but it will also maximize the equal distribution of assets to creditors in cross-border insolvency proceedings and provide foreign investors with greater predictability. This, in turn, will promote the increase of cross-border trading and the emergence of a single, world-wide market.

Part II of this Note will address the two general theories of transnational insolvency law: universalism and territorialism, and discuss their various flaws. Part III will address the international community's attempts to resolve these issues by creating various transnational insolvency agreements including the Cross-Border Insolvency Concordat[11] adopted by the International Bar Association, the European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy,[12] and the European Union Convention on Insolvency Proceedings,[13] which was accepted by the 15 European Union national governments in 1995, but "collapsed due to Britain's last-minute refusal to sign."[14] This part of the Note also will

---

9. *See* John A. Barret, *Various Legislative Attempts With Respect to Bankruptcies Involving More Than One Country*, 33 TEX. INT'L L.J. 557 (1998).

10. *See* Harold Burman & Jay Lawrence Westbrook, Introductory Note to Model Law, 36 I.L.M. 1386, 1387 (1997).

11. Concordat, *supra* note 6.

12. European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy (Istanbul Convention), opened for signature, June 5, 1990, 30 I.L.M. 165 (1991).

13. EU Convention on Insolvency Proceedings, *supra* note 6.

14. *European Union: European Lawmakers Seek Common Rules Governing Bankruptcy*, BNA INTERNATIONAL BUSINESS & FINANCE DAILY NEWS, May 11, 1999

consider the extent to which these agreements have remedied the flaws existing under territorialism and universalism. Part IV of this Note will evaluate the potential success of the Model Law in reconciling the underlying concepts of territoriality (state sovereignty) and universalism (international cooperation). Part IV further will analyze the Model Law's provisions and assess the extent to which they address the weaknesses characteristic of the current state of transnational insolvency law. Part V will then conclude that the Model Law is an acceptable solution to the current weaknesses with the existing territorialist state of transnational insolvency and urge United Nations Member States to enact the Model Law promulgated by UNCITRAL, so that nations may assume their obligations under international law and contribute to a cooperative transnational insolvency environment.

II. TERRITORIALITY AND UNIVERSALISM: TWO THEORIES OF TRANSNATIONAL INSOLVENCY

A. Where We Are Now: Territoriality and the "Grab Rule"

The present lack of international cooperation in transnational bankruptcies has been referred to as the "grab rule,"[15] but is most often defined as the territorialist theory of transnational insolvency. Under this theory, a debtor's assets in each country are essentially "grabbed" by local courts and distributed only to those creditors who appear at (and are aware of) the local proceeding.[16] Naturally, such creditors tend to be primarily local.[17] Under the territorialist approach, foreign insolvency proceedings are seldom recognized by other states.[18] Territorialism is premised on respecting the sovereignty of individual states,[19] and reflects the notion that one country's bankruptcy proceedings only have legal effect in that country.[20] As such, courts of territorialist countries refuse to

---

at d5.

15. *See* Culmer, *supra* note 7, at 575 (asserting that the international community has yet to embrace universalism).

16. *See id.*

17. *See id.*

18. *See* NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION REPORT, *supra* note 2, at 351.

19. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 742.

20. *See* X/Schenkius, Rb., 6 July 1993 KG, 42 NETH. INT'L L. REV. 121 (1995),

recognize foreign orders from outside their national borders.[21] Thus, even if a creditor fully has recovered from a debtor in one state, that creditor still may race with other creditors to yet another state to seize more of the debtor's assets. Today, nearly all countries refuse to help each other in the settlement of claims unless such help has been previously provided for by contract.[22] The ultimate result of the "grab rule" is to create an environment that places unnecessary risks[23] on those conducting multinational business transactions. Every creditor who deals with a foreign corporation impliedly subjects himself to the laws of the foreign government of the corporation with which he voluntarily contracts.[24] As such, creditors investing in foreign countries are required to take frightening risks, including the risk that a return on that investment may never come. These risks result from the major disadvantages of the territorialist approach to transnational insolvency, which may be grouped into four categories.

B. Four General Problems Generated by Territorialism

Perhaps the largest drawback of territorialism is that it encourages a race of the diligent around the world wherever creditors can find and seize assets belonging to the debtor. Thus, international insolvency proceedings involving one debtor and multiple creditors often run concurrently in a variety of states, with creditors competing with one another to seize a debtor's assets. The failure to recognize foreign insolvency proceedings defeats the goal of equal distribution of a debtor's assets, lowers the return to all creditors, and makes reorganization of a corporation virtually impossible.[25] Territorialism also results in favoritism of local creditors[26] (to the detriment

---

(in which a Netherlands court held that a bankruptcy commenced in the Netherlands only applies in the Netherlands out of respect for the sovereignty of other countries). *Id.*

21. *See* Burton, *supra* note 2, at 209.

22. *See European Union: European Lawmakers Seek Common Rules governing Bankruptcy*, *supra* note 14.

23. These risks include the possibility that a creditor will not recover any of its debts, or that recovery will be inequitable.

24. Canada S. Ry v. Gebhard, 109 U.S. 527 (1883).

25. *See* Felixistow Dock & Ry Co. v. U.S. Lines, Inc., [1987] 2 Lloyd's Rep. 76.

26. *See China: Court Promises Fair Treatment of Debt Repaying*, *supra* note 3.

of foreign creditors) by domestic courts and an overall lack of cooperation among courts, trustees and creditors in the international community. For purposes of this Note, these pervasive and overlapping problems may be more accurately studied by grouping them into four general categories: 1) lack of notice to foreign creditors; 2) little predictability for international investors; 3) inefficient multiple proceedings; and 4) parochialism.

1. Lack of Notice to Foreign Creditors

A major problem with territorialism is that of notice.[27] Creditors involved in a race for the assets attempt to "beat" other creditors to the goods. Debtors have no legal obligation to notify foreign creditors. Consequently, creditors are often left with little or no right to receive notice of foreign proceedings which ultimately either reorganize or liquidate a debtor's assets.[28] Further, a debtor's assets already may have been depleted by those creditors who won the race.[29] Losing creditors are frequently prevented from recovering equitable distributions, and in some cases, from realizing any recoveries whatsoever.[30] Consequently, cross-border investments may be discouraged and increased risks will result in higher interest rates.

2. Little Predictability for International Investors

An efficient international bankruptcy system needs to act predictably so that lenders can accurately price loans to multinational debtors[31] and corporations with multinational subsid-

---

27. For example, Australian law does not require court appointed trustees to provide creditors with any notice prior to the institutionalization of agreements between the trustees and any other creditors. *See* Interpool Ltd. v. Certain Freights of the M/V Venture Star, 102 B.R. 373 (D.N.J. 1988). In this case, U.S. creditors were not notified before an Australian court ratified an agreement between a foreign creditor and an Australian debtor. *Id.*

28. *See* NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION REPORT, *supra* note 2, at 351.

29. *See In re* McLean Industries, 68 B.R. 690 (Bankr. S.D.N.Y. 1986) (in which a Greek creditor brought suit in both Hong Kong and Singapore, seizing assets (ships) belonging to a U.S. debtor, the proceeds of the sale of which would have otherwise been distributed among the Greek creditor and several other creditors).

30. *See id.*

31. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 702, 703.

iaries can better decide where to incorporate. Prior to involvement in cross-border transactions, lenders and other multinational investors have a strong interest in knowing which court will have jurisdiction and which country's bankruptcy law will govern in the event of insolvency proceedings. The current state of transnational insolvency law, under the territorialist approach, affords little predictability to such creditors in that it provides answers to neither of these questions. Instead, creditors are often left guessing as to what their rights, and the rights of their debtors, will be in the event of insolvency. Substantive areas of bankruptcy law bearing extreme importance to creditors and multinational investors include priorities of creditors in a proceeding distributing a debtor's assets, legal requirements for reorganization and liquidation, and the avoidance of prepetition transfers.[32]

Interpool Ltd. v. Certain Freights of the M/V Venture Star illustrates these existing uncertainties.[33] *Interpool* was a U.S. case involving an Australian company undergoing insolvency proceedings in Australia.[34] In this global case, a U.S. court refused to allow Australian liquidators to administer an Australian company's assets located within the United States.[35] The case involved an Australian debtor with both foreign and U.S. creditors.[36] The U.S. court's decision ultimately would determine not only the question of which court would have jurisdiction of the insolvency proceeding, but also, which law would apply in distributing the assets. This case illustrates the uncertainty of the parties to the litigation regarding which law would ultimately govern the distribution of assets in this insolvency proceeding.

3. Inefficient Multiple Proceedings

Multiple proceedings give rise to a third problem with territorialism concerning the lack of cooperation and coordination of proceedings. Under territorialism, there is no required judicial recognition of foreign proceedings.[37] Additionally,

---

32. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 709.
33. *See Interpool*, 102 B.R. 373 (D.N.J. 1988).
34. *See id.*
35. *See id.*
36. *See id.*
37. *See Interpool*, 102 B.R. at 377 (concluding that actions taken by a foreign

courts of one state rarely permit the courts of another to administer a debtor's assets in a single proceeding. Not only does this make reorganization virtually impossible, but it also tends to result in multiple recoveries for some creditors at the expense of others.[38] Under the "grab rule," creditors race from state to state to be the first to seize a debtor's assets, and although creditors may have fully recovered their debt in one state, no international law prevents them from recovering again in another state; despite the fact that the debtor's other creditors have yet to recover anything.[39] This practice prevents the equitable distribution of assets among creditors. Though some courts have attempted to minimize the race-for-the-assets problem, their efforts are unable to force reciprocity from other states. Cooperation among courts allows insolvency matters to be dealt with both efficiently and effectively.[40]

In re McLean Industries, Inc. further illustrates the problem.[41] In this case, a U.S. court held that a foreign creditor was subject to U.S. Bankruptcy Court proceedings because the creditor "continually transacts business in the U.S."[42] The purpose of this decision was to bind a foreign creditor to a stay of proceedings issued by the U.S. court, thereby preventing a U.S. debtor's domestic assets from being seized by any creditors.[43] However, the foreign creditor in this case had already seized the U.S. debtor's assets in Hong Kong and Singapore,[44] and the only effect this ruling had on the foreign creditor was to punish him with a contempt citation for knowingly violating an automatic stay.[45] In a subsequent proceeding,[46] the same court held that "instead of taking steps to discontinue those

---

court in a foreign bankruptcy proceeding are to be given deference "if and only if" there would be no substantial violation of the law that would be applied in the U.S.). The U.S. Bankruptcy Court ultimately refused to defer to simultaneous proceedings in an Australian court because procedural protections available to creditors in the U.S. were not given to U.S. creditors in Australia. *Id. See also* Concordat, *supra* note 6.

38. *See McLean, 68 B.R. 690.*
39. *See id.*
40. *See* Farley, *supra* note 5, at 12.
41. *See McLean,* 8 B.R. 690.
42. *Id.* at 692.
43. *Id.*
44. *Id.*
45. *Id.* at 694.
46. *See id.*

arrest proceedings [in Hong Kong and Singapore] as the contempt decree required, [that same foreign creditor] took the active steps of ensuring their continuation."[47] Thus, the U.S. Bankruptcy Court's decision was ineffective in deterring multiple recoveries by a foreign debtor. Although the court ordered the foreign creditor to pay additional and previously issued sanctions to the debtor's estate,[48] nothing in its decision effectively prohibited the foreign creditor from continuing to pursue recoveries in foreign jurisdictions, or courts in other jurisdictions from distributing the U.S. debtor's foreign assets to this creditor.

4. Parochialism

Despite efforts toward international cooperation in recent years, the insolvency field has been characterized by extreme parochialism.[49] Resulting in the unequal distribution of assets, parochialism reflects the tendency of courts to "heavily favor local interests,"[50] (including the preservation of jobs and payment of taxes),[51] and to rarely permit the courts of one country to administer the debtor's worldwide assets and claims. "Most countries give priority to their own taxes but refuse even to enforce the taxes of other countries unless a treaty requires it."[52] *Felixistowe Dock & Railway Co. v. U.S. Lines, Inc.*[53] is an excellent example of a country's fear of parochialism and why states are reluctant to put their domestic creditors at the mercy of a foreign proceeding. In *Felixistowe*, an English court refused to lift its injunction enjoining a U.S. debtor from removing its assets located in England while the U.S. debtor was undergoing reorganization in a U.S. Bankrupt-

47. *Id.* at 293.

48. *See id.*

49. *See* Burman & Westbrook, *supra* note 10, at 1386.

50. NATIONAL BANKRUPTCY REVIEW COMMISSION REPORT, *supra* note 2, at 351.

51. *See China: Court Promises Fair Treatment of Debt Repaying, supra* note 3. Discussing the Chinese high court's upcoming adjudication of the Guangdong International Trust and Investment Corporation, (GITIC), the high court acknowledged that "the law gives priority to paying salaries owed to employees and taxes due to the government ahead of repayments to creditors." *Id.* This priority is likely to influence the consideration of the GITIC insolvency, which involves 175 foreign creditors with an aggregate claim of 32.341 billion Yuan. *See id.*

52. LoPucki, *supra* note 1, at 709.

53. [1987] 2 Lloyd's Rep. 76.

cy Court.[54] Noting that to lift the injunction would subject English creditors to "deliberately preferential treatment" in U.S. courts, the English court concluded that the injunction would remain. The English Court's chief concern was protecting its creditors from prejudicial treatment, including U.S. courts' tendencies to favor their own creditors.[55]

C. Universalism

The universalist theory of transnational insolvency proposes a system in which all countries would defer to, and cooperate with, one another in a single home-country insolvency proceeding, so that assets could be distributed or a company could be reorganized in a single proceeding, on a world-wide basis.[56] Under the universalism approach, states more frequently recognize the authority of other states' insolvency proceedings.[57] *In re Culmer* illustrates the comity accorded one state by another and the level of cooperation under this theory.[58] *Culmer* involved a debtor corporation organized under the laws of The Bahamas, currently undergoing bankruptcy proceedings in that state.[59] The issue before the U.S. court was whether to allow the debtor's assets located within the U.S. court's jurisdiction to be transferred to The Bahamas and distributed according to the bankruptcy laws of The Bahamas.[60] Despite requests made by the debtor's U.S. creditors, and pursuant to U.S. bankruptcy law,[61] the Court allowed the transfer, thereby recognizing the foreign proceedings.[62]

The two most widely-discussed forms of universalism include pure universalism and modified universalism. Under a pure form of universalism, the home country court[63] would have exclusive jurisdiction over all of the debtor's assets, wher-

---

54. *See id.*

55. *See id.*

56. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 704. "Under universalism, one court plays the tune, and everyone else dances." *Id.* at 699.

57. *See* Burton, *supra* note 2, at 210.

58. 26 B.R. 621 (Bankr. S.D.N.Y. 1982).

59. *Id.*

60. *See id.*

61. See 11 U.S.C. § 304 (c)(2) (1998).

62. *See Culmer*, 26 B.R. 621.

63. The nebulous definition of the "home country," and the problems surrounding its uncertainty will be addressed in Part II.D of this note.

ever located, and the sheriffs, marshals, or other law enforcement officers of other countries would enforce that court's orders.[64] This approach requires creditors throughout the world to file their bankruptcy claims in a single court, which would have exclusive jurisdiction over the debtor's entire insolvency case.[65] Likewise, all other courts would recognize the jurisdiction of the court hearing the case, abide by and even enforce that court's decisions.[66] Modified universality, on the other hand, "attempts to bridge the chasm between [pure] universality and territoriality. Under modified universality, one forum hosts [a] central or primary insolvency proceeding, which is supplemented by ancillary or secondary proceedings in other jurisdictions."[67] These ancillary proceedings may be considered useful in handling local issues and providing a link between the primary proceeding in the main forum and the distribution of the debtor's assets in another forum.[68] Under modified universalism, ancillary proceedings function only to aid the main proceeding.[69] Since this Note agrees with the majority of scholars in the field of transnational insolvency that universalism in its pure form is an unrealistic goal,[70] the scope of this note in discussing universalism henceforth will be limited to the theory of modified universalism.

---

64. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 705.
65. *See Culmer*, 26 B.R. 621.
66. *See id.* at 565.
67. *See Culmer*, 26 B.R. 621.
68. *See id.*
69. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 733.
70. *See Culmer*, 26 B.R. 621. "Pure universality does not work." *Id. See also* LoPucki, *supra* note 1, at 969. "Universalism is unworkable." *Id. See also* Draft European Economic Community Bankruptcy Convention, EC Doc. III/72/80 (1990),(EEC Convention]). Under the EEC Convention, one insolvency proceeding would be established to handle all of a debtor's insolvency proceedings, one liquidator would be responsible for administering the proceeding both within and outside of the debtor's country, and a universal set of insolvency laws would apply. *Id.* The EEC Convention never gained enough support to be opened for signature. *See also* Burton, *supra* note 2, at 212. The major criticism of the EEC Convention was that "it would be unworkable for one forum to administer one centralized insolvency estate, given the enormous range of differences in countries' insolvency laws." Manford Balz, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, 70 AM. BANKR. L.J. 485, 491 (1996).

D. Problems Generated Under the Universalist Approach

The universalist theory is often referred to as the most cooperative system of transnational insolvency.[71] Upon application, however, cooperation is not always characteristic of this approach. While the theory proposes that a main proceeding be held in the debtor's "home country," the determination of which state is a debtor's home country is often unclear.[72] A debtor's home country may be the court of the country designated in the debtor's articles of incorporation, the court of the country in which the debtor is incorporated, where the debtor owns its most valuable assets, where the debtor has its headquarters, where the debtor owes the largest debts, or where the debtor has the bulk of its assets or operations.[73] Essentially, the two main flaws with the application of a universalist system of transnational insolvency include the ambiguity surrounding which forum will host the central proceeding and the question of which law will govern main and ancillary proceedings. The second question is often answered by the first. As such, the two weaknesses with this theory will be discussed in conjunction.

Most states claiming to embrace the universalism view often cooperate with foreign proceedings only when the courts in that jurisdiction are certain that the foreign court will provide equal protection to both domestic and foreign creditors.[74] The majority of courts are primarily interested in assuring that creditors located within their jurisdiction will at least receive the same protections by a foreign court as they would at home.[75] Courts often refuse to grant comity unless the two states are politically alligned and have very similar substantive and procedural bankruptcy rules.[76] Accordingly, the wide

71. Used in this context, this note equates cooperation with the extent to which foreign insolvency proceedings are recognized and enforced by domestic courts.

72. *See* LoPucki, *supra* note 1, at 696.

73. *See* Burton, *supra* note 2, at 206.

74. *See, e.g., Interpool,* 102 B.R. at at 377 (stating that actions taken by a foreign court in a foreign bankruptcy proceeding are to be given deference if, and only if, there would be no substantial violation of the law that would be applied in the United States).

75. *See id.* at 379 ("Protection of US creditors is of utmost importance to this court.").

76. *See* 11 U.S.C. § 304(c), listing factors influencing a U.S. court's decision whether to grant comity to foreign insolvency proceeding. One factor is whether

level of discretion left to courts serves to undermine the level of required judicial cooperation in insolvency proceedings under universalism. Several cases illustrate these weaknesses.

Interpool Ltd. v. Certain Freights of the M/V Venture Star is a U.S. case concerning assets located in the United States but owned by an Australian debtor.[77] While the debtor currently had been undergoing an involuntary liquidation proceeding in Australia, the Australian court-appointed liquidator requested that the U.S. court allow the Australian liquidator to administer these assets.[78] U.S. creditors, on the other hand, requested that the court refuse to grant comity to the Australian proceedings, and thereby prevent the Australian liquidator from administering the assets.[79] While recognizing the need for comity, the U.S. court ultimately refused to allow the Australian court jurisdiction over the Australian debtor's assets, concluding that U.S. creditors would not be given the protection they would receive in a U.S. court under U.S. law in Australia.[80] The court noted that both the laws and public policy of the United States would be violated if the case was permitted to proceed under Australian law.

Felixistowe Dock & Railway Co. v. U.S. Lines, Inc. further illustrates a court purporting to adopt the universalism theory of transnational insolvency, while refusing to allow a foreign court to administer domestically located assets of a foreign debtor.[81] In *Felixistowe Dock & Railway*, a U.S. debtor had been undergoing reorganization proceedings in a U.S. court.[82] The issue before the English court was whether to allow the British assets to be subject to the U.S. reorganization proceeding.[83] The court noted that the general rule is to ascertain the domicile of the company in liquidation and to let the Court of the country of domicile to act as the principal court to govern the liquidation.[84] Nevertheless, the court went on to reason

---

assets will be distributed substantially in accord with the order prescribed in the U.S. Bankruptcy Code. *Id.*

77. 102 B.R. 373.
78. *See Id.*
79. *See id.*
80. *See id.*
81. 1987, 2 Lloyd's Rep. 76.
82. *See id.*
83. *See id.*
84. *See id.*

that, "the desire to act as ancillary to the court where the main liquidation is going on will not ever make the court give up the forensic rules which govern the conduct of its own liquidation."[85] After concluding that subjecting British creditors to U.S. jurisdiction would lead to a preferential distribution, the English court refused to recognize the U.S. proceedings.[86]

III. ATTEMPTS AT RESOLVING WEAKNESSES EXISTING UNDER TERRITORIALISM AND UNIVERSALISM THEORIES OF TRANSNATIONAL INSOLVENCY

The existing disadvantages under the current state of transnational insolvency law include lack of notice to creditors of foreign insolvency proceedings, little predictability for international investors stemming from the fact that creditors are unable to determine which state will have jurisdiction over insolvency proceedings and which state's substantive and procedural rules will govern, inefficient multiple proceedings, and parochialism.[87] The international community has attempted to resolve these issues by creating various transnational insolvency agreements and proposals, including[88] the Cross-Border Insolvency Concordat (Concordat),[89] the European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy (Istanbul Convention),[90] and the European Convention on Insolvency Proceedings (EU Convention).[91] A review of these agreements illustrates mistakes to be avoided and offers a framework for shaping future resolutions.

---

85. *Id.*

86. *See id.*

87. *See supra* Part II.

88. This is not a comprehensive list of all of the international agreements and proposals attempting to resolve the existing flaws of cross-border insolvency. Further attempts include The Convention Between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden Regarding Bankruptcy, Nov. 7, 1933, 155 L.N.T.S. 133 (Nordic Convention). Although this Convention has been generally regarded as successful, it is beyond the scope of this article. "The Nordic countries historically have had similar traditions and laws, making it somewhat simpler for them to enter into a treaty." Ian F. Fletcher, *International Insolvency: A Case for Study and Treatment*, 27 INT'L LAW 429, 437 (1993).

89. *See* Concordat, *supra* note 6.

90. *See* Istanbul Convention, *supra* note 12.

91. *See* EU Convention, *supra* note 6.

A. *Cross-Border Insolvency Concordat*

In 1996, the International Bar Association[92] adopted the Cross-Border Insolvency Concordat[93] as a "framework for harmonizing cross-border insolvency proceedings"[94] and serves merely as a guideline.[95] The Concordat reflects the aspirations of pure universalism; yet acknowledges the reality of modified universalism.[96] It requires common claims to be filed in a main forum,[97] yet provides rules governing ancillary proceedings.[98] It also enjoins discriminatory treatment of creditors[99] and provides for the recognition in other jurisdictions of the main forum's discharge of the debtor's obligations.[100]

The Concordat successfully addresses the lack of notice to foreign creditors problem in Principle 3, which provides that

---

92. The Concordat was "developed using bench and bar resources from 25 countries." Farley, *supra* note 5, at 12. For a more detailed look at the application of the Concordat, see *In re* Everfresh Beverages Inc., Ontario Court of Justice, Toronto (Court File No. 32-077978: December 20, 1995) and U.S. Bankruptcy Court, S.D.N.Y. (Case No. 95 B 45405: Dec. 20 1995).

93. *See* Concordat, *supra* note 6.

94. Kurt H. Nadelmann, *Solomons v. Ross and International Bankruptcy Law*, 9 MOD. L. REV. 154, 167-68 (1946).

95. A concordat is neither a law nor a treaty, but rather a set of principles providing guidance, and may be implemented in insolvency proceedings only by court orders. *See* Burton, *supra* note 2, at 230.

96. *See* Concordat, *supra* note 6, at 4. Principle 4(C) dictates that a claim should be filed in one, and only one, Plenary Forum at the election of the holder of the claim. *Id.* However, the Principle continues: "If a claim is filed in more than one plenary forum, distribution must be adjusted so that recovery is not greater than if the claim were filed in only one forum." *Id.* While the Concordat has aspirations reflecting pure universalism, it acknowledges that modified universalism is more realistic and provides for the flexibility required in transnational insolvency agreements. Thus, the Concordat suggests that there ought to be one forum but recognizes that this rarely will be the case. *See* Culmer, *supra* note 7, at 573-74.

97. *See* Concordat, *supra* note 6. "If an entity or individual with cross-border connections is the subject of an insolvency proceeding, a single administrative forum should have primary responsibility for coordinating all insolvency proceedings relating to such entity or individual." *Id.*

98. *See* Concordat, *supra* note 6, at Principle 2(B). "*After* payment of Secured Claims and Privileged Claims, as determined by local law, assets in any forum other than in the Main Forum, shall be turned over to the Main Forum for Distribution." (emphasis added).

99. *See id.* at Principle 2(D) and 4(E). Principle 4(E) requires that "[c]lassification of Common Claims should be coordinated among Plenary Fora. Distributions to Common Claims should be pro-rata regardless of the forum from which a claim receives a Distribution."

100. *See id.* at Principle 2(F).

"[i]f there is more than one forum, the Official Representatives appointed by each forum shall receive notice of, and have the right to appear in, all proceedings in any fora."[101] This provision also helps to resolve the problem of inefficient multiple proceedings by limiting a debtor's insolvency proceeding to as few proceedings as possible. Nevertheless, the Concordat does not explicitly address the recognition of one jurisdiction's decisions by another jurisdiction, other than in Principle 2, which states that "[a] Discharge granted by the Main Forum should be recognized in any forum."[102] This leaves open the question whether restraining orders and stays will be enforced in foreign jurisdictions, and whether states will cooperate with the distribution of assets and in reorganization proceedings. Moreover, the Concordat does not resolve the difficulties surrounding unpredictability for cross-border investors, which stem from the fact that creditors are unable to determine which state will have jurisdiction over insolvency proceedings and which state's substantive and procedural bankruptcy rules will govern. The Concordat provides minimal guidance for creditors by merely stating that the main forum should take place in the state of the debtor's "nerve center."[103] The "nerve center," according to the Concordat, is to be in that jurisdiction where the board of directors or management are or "where the laws will be applied to which the firm's creditors will look."[104] This ambiguity leaves open the possibility that debtors will "forum shop,"[105] and permits a great deal of uncertainty for creditors attempting to predict which substantive law will apply in the event of an insolvency. Finally, the Concordat expressly prohibits parochialism in Principle 2, by stating that the Main Forum may not discriminate against Non-Local Creditors.[106]

In sum, while the Concordat reflects aspirations of universalism, it appears that it has attempted to gain support by its generality, and as such, has failed to offer a practical solution to the existing weaknesses surrounding transnational insolvency. It has sacrificed effectiveness for flexibility. While the Con-

---

101. *Id.* at art. 3(A).

102. *See* Concordat, *supra* note 6, at Principle 2(F).

103. *See id.* at 9.

104. Culmer, *supra* note 7, at 575.

105. Debtors may look for a country whose laws are most favorable to them, and establish that country as their nerve center.

106. *See* Concordat, *supra* note 6, at Principle 2(D).

cordat requires that all creditors be notified of and have the right to appear in insolvency proceedings, it fails to prevent disputes over jurisdiction, and does not provide sufficient guidance to creditors attempting to predict which law will govern an insolvency proceeding.

B. European Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy (Istanbul Convention)

The Istanbul Convention[107] is another example of an attempt at achieving an international insolvency agreement with universalist aims which ultimately failed due to its excessive flexibility. Nevertheless, examining the proposals of the Istanbul Convention enables one to better evaluate the likely success of UNCITRAL's Model Law.

The Istanbul Convention was proposed as a multilateral treaty by the Council of Europe at Strasbourg in 1989.[108] Only six nations signed the Convention, which was never ratified.[109] While the Istanbul Convention rejected the single forum approach, it retained ideals of the more realistic, modified universalism. It provided that one main proceeding may be supplemented by secondary proceedings in any state in which the debtor had an "establishment."[110] Certain claims filed in secondary proceedings would be paid first, from any assets within the jurisdiction of that state.[111] Any remainder then would be forwarded to the main proceeding for further distribution.[112] Articles 11 and 21 provide that creditors holding priority and secured claims would be permitted to file their claims in secondary proceedings in their own state, so long as

---

107. Istanbul Convention, *supra* note 12.

108. *Id.*

109. *See id.* The signing nations include Belgium, France, Germany, Greece, Luxembourg, and Turkey.

110. *See id.* at art. 17.

111. *See id.* at art. 22, 31. That is, certain creditors were permitted to file claims within their local jurisdictions, if the debtor had an "establishment" within that jurisdiction. The Istanbul Convention permitted courts to seize assets within their jurisdictions and distribute the proceeds to local creditors. If any money remained, it then would be forwarded to the main proceeding. This effectively permitted courts in secondary proceedings to assure that local creditors' claims were satisfied prior to turning over domestically located assets to the main proceeding for distribution among foreign creditors. Note the issues this presents regarding parochialism.

112. *See id.*

the debtor had assets located within that state.[113] While providing for flexibility, Articles 11 and 21 perpetuate problems surrounding parochialism in that they operate to allow courts to ensure that domestic creditors be paid in full before any assets are released to the main proceeding for distribution among foreign creditors.[114] The Istanbul Convention attempts to remedy this problem in Article 5, which provides that creditors who obtain partial payment of a claim in one insolvency proceeding may not receive a distribution from any other insolvency proceeding until the remaining creditors have received an equal, pro rata portion of their claims.[115] While this may prevent a "race for the assets,"[116] Article 5 applies only to unsecured creditors, and has no effect on the secured creditors receiving "first shot" at assets located within their domestic jurisdictions under Articles 11 and 21.[117] The Convention attempts further safeguards against inequitable distribution resulting from secondary proceedings in Articles 24 and 27. Article 24 provides that creditors in the main proceeding entitled to receive a dividend from assets coming from secondary proceedings shall be treated equally, regardless of any privileges or other exceptions to the bankruptcy rules of the main or secondary proceedings.[118] Rather, Article 27 provides that a distribution in the secondary proceeding may not take place without prior consent from the main proceeding's liquidator.[119] Such consent may not be withheld if creditors from the secondary proceeding requesting the distribution are able to prove that the financial interests of the creditors of the main proceeding are not affected by the distribution.[120] While this is not a foolproof method of preventing parochialism, Articles 5, 24, and 27 collectively offer a reasonable solution to minimize parochialism while providing flexibility to recognize the sovereignty of individual states conducting secondary proceedings.

---

113. *See id.* at arts. 11, 21.
114. *See id.*
115. *See id.* at art. 5.
116. For a discussion of the "race for the assets" problem existing under territorialism, see Part II.B.2.
117. *See* Istanbul Convention, *supra* note 12.
118. *Id.* at art. 24.
119. *Id.* at art. 27.
120. *See id.*

The notice issue is resolved by Article 30 of the Convention, which provides that as soon as any proceedings are opened (either main or secondary), the competent authority of that proceeding or the liquidator appointed shall promptly and individually inform known creditors residing in other jurisdictions.[121] Such notice must contain appropriate details, including time limits and measures to be taken in the proceedings.[122]

The Istanbul Convention appears to have successfully addressed the inefficient multiple proceedings weakness existing under territorialism. Article 4 provides that "when the bankruptcy is opened in the central proceeding, the court which first gave judgment shall alone be considered competent."[123] Article 16 provides that any debtor declared bankrupt by the main proceeding is, "by virtue of this fact alone," to be declared bankrupt in all secondary proceedings.[124] Moreover, secondary proceedings are not permitted to take place until creditors have produced the decision opening insolvency proceedings in the main proceeding.[125]

The Istanbul Convention, however, has failed to provide adequate predictability to creditors attempting to determine which state would host the main proceeding. The forum for the main proceeding is referred to as the "centre of [the debtor's] main interests."[126] While Article 4 provides that "the place of the registered office shall be presumed to be the centre of their main interests,"[127] this merely creates a rebuttable presumption.[128] Under this provision, both creditors and debtors foreseeably may argue that the forum for the main proceeding may be either where the debtor is incorporated, where the debtor conducts the majority of its operations, (which may generate further disputes), the state of the debtor's headquarters, or any number of other jurisdictions. While debtors and creditors may have difficulty predicting the forum for the main proceeding, the Istanbul Convention enables secured creditors

121. *Id.* at art. 30.
122. *See id.*
123. Istanbul Convention, *supra* note 12, at art. 4(2)(b).
124. *Id.* at art. 16.
125. *See id.* at art. 17.
126. *Id.* at art. 4(1).
127. *Id.*
128. *See* Burton, *supra* note 2, at 213, n.41.

to predict which state's bankruptcy law will govern their insolvency proceedings, since secured creditors are permitted to file claims in their local jurisdictions provided that the debtor has assets and an "establishment" in that jurisdiction.[129] Moreover, Article 19 provides that secondary proceedings are governed by the bankruptcy law of the state conducting the proceeding.[130]

Perhaps the predominant weakness with the Istanbul Convention lies within the Convention's "opt-out" provisions, which enable states to refuse to recognize a foreign liquidator's powers.[131] The "opt-out" provisions further enable states to disregard proceedings in the main forum.[132] In these ways, the Istanbul Convention illustrates the difficulties in creating an international agreement which is not only flexible enough to be accepted by a sufficient number of states, but is also strong enough to resolve the existing weaknesses surrounding transnational insolvency.

C. European Union Convention on Insolvency Proceedings (EU Convention)

Utilizing most of the provisions from the Istanbul Convention as its framework, the EU Convention was intended to "ensure recognition and enforcement of judgments [and] to allow for secondary insolvency proceedings."[133] Thus, the EU Convention, like its predecessors, adopts the modified universalism theory and attempts to blend "a framework of member state cooperation with a recognition of the unique aspects of member state's laws."[134] Article 3(1) of the EU Convention reflects the modified universalism approach by providing that transnational insolvency proceedings shall be opened at a main proceeding,[135] while Article 3(2) allows secondary proceedings to be commenced in fora where the debtor "possesses an establishment."[136] Moreover, the secondary proceedings shall be

129. Istanbul Convention, *supra* note 12, at arts. 11, 21.
130. *Id.* at art. 19.
131. *Id.* at arts. 6-15.
132. *See id.* at arts. 16-28.
133. EU Convention, *supra* note 6.
134. Burton, *supra* note 2, at 218.
135. EU Convention, *supra* note 6, at art. 3(1).
136. *Id.* at art 3(2). *See also* art. 16(2). "Recognition of the proceedings referred to in Article 3(1) shall not preclude the opening of the proceedings referred to in

subordinate to the main proceedings,[137] as is characteristic of modified universalism. Unfortunately, Article 49 provided that the Convention shall not enter into force until it has been ratified by all the Member States of the European Union.[138] The EU Convention was agreed to in theory by all of the fifteen European Union Member States, but was signed by only fourteen of them.[139] The United Kingdom refused to sign at the last minute, when its beef exports were reduced due to mad cow disease.[140] Consequently, the EU Convention failed to take effect.

In evaluating the extent to which the EU Convention resolves the weaknesses existing under the current state of transnational insolvency law, one may begin by addressing the notice issue. Article 40 provides that as soon as an insolvency proceeding is opened in a Contracting State, "the court of that State having jurisdiction or the liquidator appointed by it shall immediately inform known creditors who have their habitual residences, domiciles or registered offices in the other Contracting States."[141] As such, the EU Convention adequately remedies the lack of notice problem. Unfortunately, it does not resolve the predictability issue.

The EU Convention possesses the same deficiencies as the Istanbul Convention regarding the ambiguity surrounding which state will host the main proceeding. Article 3(1) of the

---

Article 3(2) by a court in another Contracting State. The latter proceedings shall be secondary proceedings within the meaning of Chapter III." *Id.* Under the EU Convention, proceedings only may proceed in jurisdictions of Contracting States. *See* arts. 3 and 16. An establishment is defined as "any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods." *Id.* at art. 2(h).

137. *See id.* at art. 33. "The court, which opened the secondary proceedings, shall stay the process of liquidation in whole or in part on receipt of a request from the liquidator in the main proceedings." *Id.* For restrictions on the ability of the main proceeding to issue a stay on the secondary proceeding, see art. 33.

138. EU Convention, *supra* note 6, at art. 49(2).

139. *See* Burton, *supra* note 2, at 208.

140. *See* Culmer, *supra* note 7, at 567. *See also* Burton, *supra* note 2, at 223-24. "The United Kingdom refused to sign the EU Convention in retaliation for the total beef ban which the EU had imposed on March 27, 1996, because British cattle were suffering from Bovine Spongiform Encephalopathy [more commonly referred to as Mad Cow Disease]. Four decades of working toward a European insolvency treaty thus came to a disappointing halt on the EU's May 23, 1996, deadline." *Id.*

141. EU Convention, *supra* note 6, at art. 40(1).

EU Convention provides that "the courts of the Contracting State within the territory of which the centre of a debtor's main interests is situated shall have jurisdiction to open insolvency proceedings."[142] While revisiting the dubious definition of a main proceeding, the EU Convention may be commended for explicitly providing that "the place of the registered office shall be *presumed* to be the centre of its main interests in the absence of proof to the contrary."[143] Although this creates a stronger definition of the main proceeding, the question of acceptable and sufficient proof for rebutting this presumption remains unanswered. Therefore, the jurisdiction of the main proceeding is not entirely provided for by the EU Convention. Nevertheless, once the forum of the main proceeding is agreed upon, unsecured creditors are assured that the bankruptcy law governing their proceedings will be that of the State where the main proceedings are opened.[144] Secured creditors filing claims in secondary proceedings are similarly assured that "the law applicable to secondary proceedings shall be that of the Contracting State within the territory of which the secondary proceedings are opened."[145]

Like the Istanbul Convention, the EU Convention successfully resolves the problem of inefficient multiple proceedings that stems from the lack of judicial recognition of foreign proceedings and results in the inequitable distribution of assets, namely, multiple recoveries by some creditors, and partial or no recoveries by others. Article 16 provides that proceedings in the main proceeding shall be recognized and given effect in all other Contracting States,[146] and Article 25 adequately provides for the recognition of secondary proceedings.[147] Moreover, Article 31 requires the liquidator in the main proceedings and the liquidators in the secondary proceedings to communicate any information which may be relevant to the other proceedings.[148] In addition, Article 20 ensures equal treatment of creditors by providing that "a creditor who has, in the course of insolvency proceedings, obtained a dividend on his claim shall

142. *Id.* at art. 3(1).
143. *Id.* (emphasis added).
144. *See id.* at arts. 3, 4.
145. EU Convention, *supra* note 6, at art. 28.
146. *Id.* at art. 16(1).
147. *Id.* at art. 25(1).
148. *Id.* at art. 31(1).

share in distributions made in other proceedings only where creditors of the same ranking or category have, in those other proceedings, obtained an equivalent dividend."[149]

In sum, the EU Convention, if ratified by all fifteen Member States, would have successfully resolved the issues regarding lack of notice and inefficient multiple proceedings. Lack of predictability regarding applicable jurisdiction and bankruptcy law would have been partially settled, and parochialism does not appear to have been explicitly addressed in the EU Convention. Moreover, the EU Convention would have been able to provide the flexibility integral to international insolvency agreements while preserving the strength necessary for resolving the majority of existing weaknesses in cross-border bankruptcy law. Unlike the Istanbul Convention, the EU Convention contained no "opt-out" provision. Instead, it provided that Contracting States may refuse to recognize or enforce insolvency proceedings opened in other Contracting States "where the effects of such recognition or enforcement would be manifestly contrary to that State's public policy, in particular, its fundamental principles or the constitutional rights and liberties of the individual."[150]

IV. UNCITRAL'S MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY

As a result of the historical failed attempts at drafting an insolvency treaty matching the ideals of modified universalism with the proper balance of flexibility and strength, the United Nations Committee on International Trade Law (UNCITRAL) chose instead to create a model law which would become effective only when voluntarily adopted by United Nations Member States as part of their domestic law.[151] Nevertheless, the prior "failed attempts," including the Concordat, the Istanbul Convention, and the EU Convention have provided a considerable foundation for the Model Law.[152]

Demonstrating an acceptance of modified universalism, the Model Law provides for main[153] and secondary proceed-

149. *Id.* at art. 20(2).
150. *Id.* at art. 26.
151. *See* Burman & Westbrook, *supra* note 10, at 1387.
152. *See id.*
153. Model Law, *supra* note 8, at arts. 2(b), 17(2)(a).

ings.[154] Like its ancestors, the Model Law places the main proceeding "in the State where the debtor has the centre of its main interests,"[155] and acknowledges secondary proceedings in states where the debtor has an establishment.[156] Unlike its predecessors, however, the Model Law provides that upon recognition of the main proceeding, commencement or continuation of individual proceedings in any other jurisdiction concerning the debtor's assets, rights, obligations, or liabilities may be stayed,[157] and the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any of the debtor's assets may be suspended.[158]

A. The Successful Resolution of the Four Weaknesses in International Insolvency Law

Not only has the Model Law amply provided for the resolution of the four existing weaknesses with the current state of transnational insolvency law,[159] it has surpassed its predecessors in furthering a practical application of cooperation as well as the equitable distribution of assets. In fact, the Preamble acknowledges as its purpose the resolution of three of the weaknesses characteristic of the current vacuum in transnational insolvency law.[160]

---

154. *See id.* at art. 17(2)(b).

155. *Id.*

156. *See id.* at 2(c). The definition of "establishment," provided in art. 2(f) is verbatim to the definition given to the same term by the EU Convention, except for the fact that the Model Law adds the words "or services" to the end of its definition. *See* EU Convention, at art. 2(h); Model Law at art. 2(f).

157. *Id.* at art. 20(1)(a-b).

158. *See id.* at art. 20(1)(c).

159. Again, these weaknesses include:

> 1. The inefficiency of multiple proceedings which stems from the lack of recognition of foreign proceedings;
> 2. The failure to provide creditors with notification of foreign proceedings;
> 3. Lack of predictability stemming from the fact that foreign investors will be unable to anticipate which state will have jurisdiction over insolvency proceedings and which state's bankruptcy rules will govern these proceedings; and
> 4. Parochialism, which reflects the tendency of courts to favor domestic creditors over foreign creditors.

See discussion *supra* Part II.B.

160. *See* Model Law, *supra* note 8, at Preamble (stating purposes of the Model Law to include: (a) promotion of cooperation between the courts of the enacting state and foreign states involved in cases of cross-border insolvency (inefficient

1. Lack of Predictability: Which Jurisdiction? Which Law?

While the Model Law uses the familiar ambiguous terms to define which state will host the main proceeding,[161] it provides additional safeguards that minimize the possibility of conflicting interpretations. Like the EU Convention, the Model Law explicitly provides that "in absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests."[162] In addition, Article 8 provides that when interpreting provisions of the Model Law, "regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith."[163] Thus, a variety of interpretations regarding the "centre of interests" state will not be tolerated if the Model Law is earnestly applied. While the Model Law does not explicitly dictate which state's bankruptcy rules will govern proceedings, it implies that each proceeding will be governed by the domestic law of the state having jurisdiction over the main proceeding.[164] Moreover, the Model Law provides some substantive and procedural rules to govern both main and secondary proceedings.[165] Collectively, these provisions provide international creditors and investors with sufficient information for predicting with a great degree of accuracy, which law will govern insolvency proceedings. Thus, the Model Law provides international investors and creditors with the greatest degree of predictability that is possible without providing overly-stringent and unworkable standards.

2. The Failure to Provide Creditors with Notification of Foreign Proceedings

The Model Law is equally successful at ensuring that

---

multiple proceedings weakness); (b) greater legal certainty for trade and investment (predictability weakness); and (c) fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors (parochialism weakness). *Id.* The remaining weakness, notice, is not listed as a purpose of the Model Law in its Preamble, but is expressly provided for throughout the Model Law.

161. *See id.* (referring to the "centre of the debtor's main interests).

162. *See* Model Law, *supra* note 8, at art. 16 (3).

163. *Id.* at art. 8.

164. *Id.* at arts. 13(1-2), 6, 7, 21(3).

165. *Id.* at arts. 21(1-2), 22.

foreign creditors will receive notice of insolvency proceedings. Article 14 provides that whenever notification is to be given to creditors in the enacting state, "such notification shall also be given to the known creditors that do not have addresses in this State."[166] Further notice requirements provide that the court may order appropriate steps to be taken with a view toward notifying any creditor whose address is not yet known.[167] The Model Law goes on to provide that such notification shall be made to the foreign creditors individually,[168] rather than by mere publication, shall indicate a reasonable time period for filing claims,[169] shall specify the place for filing,[170] and shall contain any other information required to be included in such notification to domestic creditors under domestic law.[171]

3. Inefficient Multiple Proceedings: Recognition and Coordination of Proceedings

The Model Law makes extensive provisions resolving the problem of inefficient multiple proceedings by requiring Member States to cooperate and provide good faith recognition of foreign proceedings.[172] Member States are *required* to recognize foreign proceedings if their courts are provided either with a certified copy of the decision commencing the foreign proceeding,[173] a certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding,[174] or "any other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding."[175] Not only does the Model Law empower courts to cooperate with foreign proceedings, but it *directs them to do so* to the maximum extent possible.[176] In addition, the Model Law demands that an application for recognition of a foreign proceeding be decided at the earliest possible time.[177]

---

166. *Id.* at art. 14(1).
167. *See id.*
168. *See* Model Law, *supra* note 8, at art. 14(2).
169. *See id.* at art. 14(3)(a).
170. *See id.*
171. *See id.* at art. 14(3)(c).
172. *Id.* at arts. 8, 15-32.
173. *See* Model Law, *supra* note 8, at art. 15(2)(a).
174. *See id.* at art. 15(2)(b).
175. *Id.* at art. 15(2)(c).
176. *Id.* at art. 25(1).
177. Model Law, *supra* note 8, at art. 17(3).

Foreign representatives are entitled to apply directly to courts in Member States,[178] to commence proceedings in Member States,[179] and to participate in proceedings in Member States[180] with the same rights as creditors in that State.[181] Also, recognition of a foreign proceeding is proof that the debtor is insolvent.[182] The Model Law further provides that secondary proceedings must be consistent with foreign main proceedings,[183] and that if secondary proceedings have taken place before the main proceeding has been commenced, any relief granted in the secondary proceeding shall be reviewed by the court of the main proceeding and modified or terminated if inconsistent with the main proceeding.[184] In sum, UNCITRAL's Model Law has successfully resolved the problem of inefficient multiple proceedings.

4. Parochialism: The Tendency of Courts to Favor Local Creditors

The Model Law furnishes foreign creditors with satisfactory protection against parochialism. Article 13 provides that "foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in" a proceeding as creditors residing in the State in which the proceeding is taking place.[185] In addition, Article 8 directs Member States who have enacted the Model Law to apply its provisions in good faith.[186]

B. Shortcomings Of The Model Law

While the Model Law has no explicit "opt out" provisions, it does provide Member States with a way out of compliance, to some extent. Article 6 provides that courts may refuse to take any action governed by the Model Law "if the action would be

178. *See id.* at art. 9.
179. *See id.* at art. 11.
180. *See id.* at art. 12.
181. *See* Model Law, *supra* note 8, at art. 13(1).
182. *See id.* at art. 31.
183. *Id.* at art. 30(a).
184. *Id.* at art. 29(b)(i).
185. Model Law, *supra* note 8, at art. 13(1).
186. *Id.* at art. 8.

manifestly contrary to public policy."[187] Moreover, Article 22 provides that a court may refuse to grant relief to a foreign creditor if the court is not satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected.[188] The Model Law also provides that Member States may refuse to entrust the distribution of any of the debtor's assets located within that state to the main proceeding, if the court is not satisfied that the interests of creditors within that state are adequately protected.[189] While some critics logically may view the combination of these provisions as undermining the goals of universalism, such a conclusion would be erroneous. The precepts surrounding the Model Law include cooperation to the maximum extent possible[190] and the good faith application of its provisions.[191] Although these provisions may be interpreted by some as allowing Member States great latitude in deciding whether to recognize foreign proceedings, this would not be within the spirit of the Model Law, and under Articles 8 and 25, likely would constitute a violation. Instead, it may be argued that these provisions allow states to cooperate with one another in administering bankruptcy proceedings, without sacrificing sovereignty or individual public policies, which would otherwise be applied in purely domestic proceedings.

V. A WORKABLE SOLUTION IN THE FIELD OF TRANSNATIONAL INSOLVENCY

While the Model Law may not resolve every problem with the existing state of international insolvency law, it is by far, the most promising step toward alleviating a majority of the existing obstacles. In light of UNCITRAL's Model Law, this note rejects "the hard reality of territorialism"[192] and along with the United States 106th Congress, urges United Nations Member States to embrace the Model Law as part of their domestic bankruptcy law. UNCITRAL's Model Law is the single transnational insolvency agreement providing the formula

187. *Id.* at art. 6.
188. *Id.* at art. 22(1).
189. *Id.* at art. 21(2).
190. Model Law, *supra* note 8, at art. 25.
191. *See id.* at art. 8.
192. Culmer, *supra* note 7, at 565.

for the proper balance of the requisite strength and flexibility. Its provisions earnestly command cooperation and its rigidity is realistic. Countries will always have verifiable concerns about the integrity and preservation of their jurisdiction. The Model Law delicately preserves this integrity while ensuring cooperation among courts that allows the administration of insolvency proceedings to be dealt with effectively, equitably and efficiently. Insolvency proceedings now affect investment and commercial interests well beyond the country in which they take place,[193] and nearly a third of U.S.-based, large, publicly held companies own property in foreign countries.[194] If we hope to continue as a prosperous global economy, the time to enact the Model Law is now. United Nations Member States have an obligation to protect foreign investment, and the Model Law presents them with an excellent opportunity to do so.

Sara Isham[*]

193. *See* Burman and Westbrook, *supra* note 10, at 1386.

194. *See* LoPucki, *supra* note 1.

* The author would like to thank Nancy McCabe for her unending encouragement and support.

Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory

HANNAH L. BUXBAUM*

I. INTRODUCTION

In a period marked by the development of numerous treaties, conventions and statutes designed to regulate international business, the field of international bankruptcy remains disturbingly resistant to reform. Most of the major initiatives proposed in past decades have failed completely; others, though adopted, have had only moderate impact.[1] As a result, the bankruptcy of a multinational enterprise typically triggers diverse and uncoordinated legal proceedings in various countries connected to the affairs of that enterprise. This lack of coordination imposes substantial costs both on the bankruptcy process

---

* Associate Professor, Indiana University School of Law, Bloomington. LL.M., 1993, University of Heidelberg; J.D., 1992, Cornell Law School; B.A., 1987, Cornell University. I would like to thank Douglass Boshkoff, Bruce Markell, Aviva Orenstein, Gene Shreve, and Kellye Testy for their comments on earlier versions of this article, and am grateful for summer research support from the Indiana University School of Law.

[1] Initiatives in the area have included bilateral and multilateral treaties (*e.g.*, the Council of Europe's Convention on Certain International Aspects of Bankruptcy (the "Istanbul Convention") and the draft treaty between the United States and Canada); model laws (*e.g.*, the Model International Insolvency Cooperation Act and the Model Law on Cross-Border Insolvency discussed herein); a bar initiative (the Cross-Border Insolvency Concordat); and the American Law Institute's ongoing North American Transnational Insolvency Project. For an overview of these various initiatives and their reception, see Charles D. Booth, *Recognition of Foreign Bankruptcies: An Analysis and Critique of the Inconsistent Approaches of United States Courts*, 66 AM. BANKR. L. J. 135 (1992); Donald T. Trautman et al., *Four Models for International Bankruptcy*, 41 AM. J. COMP. L. 573 (1993); and Jay Lawrence Westbrook, *Creating International Insolvency Law*, 70 AM. BANKR. L.J. 563 (1996). In 1997, the European Union adopted the first full-fledged convention addressing cross-border insolvencies within the Union. *See* Manfred Balz, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings*, 70 AM. BANKR. L.J. 485 (1996); Eberhard Schollmeyer, *The New European Convention on Insolvency*, 13 BANKR. DEV. J. 421 (1997).

Surveying over a century's worth of attempts to create a coherent regime recently prompted a commentator to characterize international bankruptcies as an insoluble problem. *See generally* Donna McKenzie, *International Solutions to International Insolvency: An Insoluble Problem?*, 26 BALT. L. REV. 15 (1997).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 23 2000

itself (for instance, by multiplying administrative expenses) and on international commerce generally (by preventing lenders from predicting accurately the consequences of debtor insolvency).[2] The need for a method of addressing international insolvencies that is fair, predictable, and consistent therefore remains pronounced.

The movement to reform international bankruptcy law has been cast largely as a struggle between two opposing camps: universality and territoriality. For the past few decades, universalists—who argue that international bankruptcies should be administered by a single forum—have been winning the battle.[3] Universalists argue that the centralized administration of cross-border bankruptcies will provide (1) equality of treatment for all creditors; (2) maximization of the value of the bankruptcy estate; (3) expeditious and efficient administration of the estate; and (4) predictability of outcome.[4] Universalist principles have shaped the discourse as well as the goals of the bankruptcy reform movement.

Today, however, the consensus that has long existed in favor of universality seems to be weakening.[5] Territoriality, which favors the simultaneous administration of multiple local bankruptcies, is gaining currency among commentators.[6] On the legislative front, the international bankruptcy provisions of the proposed Bankruptcy Reform Act of 1999, while purporting to foster universality, reveal only a partial commitment to the universality approach.[7] Finally, recent cases evidence the increasing tendency of courts to abandon the battlefield altogether by handling cross-border bankruptcies in an extraregulatory fashion.[8]

These trends do not reflect an outright abandonment of the fundamental goals of universality. Rather, they reveal frustration with the continuing failure of reform efforts to achieve these goals, as well as a pragmatic acceptance of the enduring vitality of territorialism.[9] In the belief that the goals of universality remain relevant, I view this emerging dissatisfaction with international bankruptcy theory as an invitation to reexamine that theory.

---

[2] *See* Jay Lawrence Westbrook, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, 65 AM. BANKR. L. J. 457, 460–61 (1991) [hereinafter *Theory and Pragmatism*].

[3] *See* Lynn M. LoPucki, *Cooperation in International Bankruptcy: A Post-Universalist Approach*, 84 CORNELL L. REV. 696, 698–99 (1999).

[4] *See Theory and Pragmatism*, *supra* note 2, at 460–61; Robert K. Rasmussen, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, 19 MICH. J. INT'L L. 1, 17–18 (1997).

[5] In 1888, John Lowell observed that "in the present state of commerce and communication, it would be better in nine cases out of ten that all settlements of insolvent debtors with their creditors should be made in a single proceeding and generally at a single place." John Lowell, *Conflicts of Law as Applied to Assignments for Creditors*, 1 HARV. L. REV. 259, 264 (1888).

[6] *See* LoPucki, *supra* note 3, at 700–701 (identifying the growing acceptance even among universalists of solutions that incorporate territorial elements).

[7] See *infra* Part II.B.2.a for a discussion of the Bankruptcy Reform Act of 1999.

[8] See *infra* Part II.B.2.b for a discussion of extraregulatory decisionmaking.

[9] *See* Jay Lawrence Westbrook, *Universal Priorities*, 33 TEX. INT. L.J. 27, 43 (1998) [hereinafter *Universal Priorities*].

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 24 2000

The development of solutions to cross-border insolvency is patently a choice-of-law problem: How do we choose the law applicable to a transnational bankruptcy proceeding, or to a particular aspect of that proceeding? Interestingly, however, international bankruptcy law has not been analyzed against the backdrop of traditional conflict-of-laws thinking. Instead, the bankruptcy-specific doctrines of universality and territoriality have framed the discussion of choice-of-law issues.[10] In this Article, I expand the analysis of international bankruptcy law beyond the confines of the sometimes unhelpful universality/territoriality dichotomy by examining the developments in cross-border bankruptcy law from a consciously conflicts-oriented perspective.

The current regime under which cross-border bankruptcies are administered in U.S. courts—a regime based on the universality model—incorporates no explicit choice-of-law rule. A close analysis of its operation, however, reveals the existence of a conflicts approach. Although this approach is theoretically well suited to achieve the goals of universality, it is imperfect. I believe that by viewing the international bankruptcy system through the lens of traditional conflicts principles, we can uncover unarticulated choice-of-law issues and suggest refinements to that regime. Rather than accept the current trend away from universality, in other words, this Article proposes to use a rigorous analysis of choice-of-law values in developing a better version of universality.

Part II of this Article presents the competing theories of international insolvency, universality and territoriality, and the modified universality approach chosen by the U.S. legislature. It then reviews the provisions of the United States Bankruptcy Code ("Bankruptcy Code") that implement the modified universality approach and analyzes the choice-of-law problems they present. Part III departs from the structure imposed by the universality/territoriality dichotomy and resituates the U.S. regulatory approach within the broader framework of choice-of-law methodology. It concludes that U.S. international bankruptcy law operates as a multilateralist system. Part IV then assesses whether multilateralism is in fact an appropriate method for resolving choice-of-law issues in international bankruptcy, concluding that it is. Finally, Part V analyzes possible refinements to the international bankruptcy approach of the United States based on its multilateral nature, suggesting that the adoption of a more deliberate multilateralism would serve the goals of this system. The Article concludes with some thoughts on the future of the universality approach.

---

[10] This is not to say that the choice-of-law implications of cross-border bankruptcies have been ignored. *See, e.g.*, John D. Honsberger, *Conflict of Laws and the Bankruptcy Reform Act of 1978*, 30 CASE W. RES. L. REV. 631 (1980); Kurt Nadelmann, *The Bankruptcy Reform Act and Conflict of Laws: Trial-and-Error*, 29 HARV. INT'L L. J. 27 (1988); *Theory and Pragmatism, supra* note 2; Jay Lawrence Westbrook & Donald T. Trautman, *Conflict of Laws Issues in International Insolvencies*, *in* CURRENT DEVELOPMENTS IN INTERNATIONAL AND COMPARATIVE CORPORATE INSOLVENCY LAW (Jacob S. Ziegel ed., 1994) [hereinafter CURRENT DEVELOPMENTS]. I point out only that such discussions use the language of universality and territoriality rather than that of traditional conflicts theory.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 25 2000

II. THE U.S. APPROACH TO INTERNATIONAL BANKRUPTCY

The discussion surrounding the resolution of international insolvencies has been framed by the opposing theories of universality and territoriality. Universality maintains that a single forum should administer the bankruptcy of an insolvent corporation. The bankruptcy proceeding would reach all assets of the debtor, wherever located, and would distribute those assets to all creditors, wherever located.[11] In its purest form, sometimes referred to as "unity," this theory maintains that only one legitimate forum exists for the administration of any bankruptcy, and that the appropriate court has full jurisdiction to administer the assets and make distributions to creditors pursuant to its own law.[12] Supporters of universality, particularly in its purest form, identify as its advantages both increased efficiency of the bankruptcy process itself[13] and a reduction in the cost of international credit.[14] In addition, they argue that it is a fairer approach in that it secures equality in the treatment of all creditors, wherever located.[15]

Territoriality, on the other hand, adheres to the "grab rule." Each country in which assets of the debtor are located distributes those assets to its own creditors pursuant to its own bankruptcy law. Territoriality is defended as both easier to administer and fairer to local creditors: They need not submit claims in a foreign proceeding, and will not be disadvantaged by the application of foreign bankruptcy law.[16]

Universality and territoriality represent the poles of international insolvency theory; in practice, most jurisdictions have adopted approaches that fall

---

[11] *See* PHILIP R. WOOD, PRINCIPLES OF INTERNATIONAL INSOLVENCY 228 (1995) ("The bankruptcy applies to all the debtor's assets globally and not just local assets.").

[12] In a less pure incarnation of universality, the forum court would require the assistance of courts in other countries at the enforcement stage. Commentators have defined the terms "unity" and "universality" somewhat flexibly. *See, e.g.,* Ian F. Fletcher, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Proceedings*, 33 TEX. INT'L L.J. 119, 121 (1998); Hans Hanisch, *"Universality" Versus Secondary Bankruptcy: A European Debate*, 2 INT'L INSOL. REV. 151, 151–53 (1993); and LoPucki, *supra* note 3, at 704. The Reporter's Notes to the American Law Institute's Transnational Insolvency Project describe "unity" as involving a choice of forum, where "universality" involves the choice of a single legal regime. *See* AMERICAN LAW INSTITUTE, TRANSNATIONAL INSOLVENCY PROJECT: INTERNATIONAL STATEMENT OF UNITED STATES BANKRUPTCY LAW: TENTATIVE DRAFT 139, n.226 (1997). Professor Dalhuisen, however, suggests that universality assumes the full international effect of local bankruptcy adjudications *on the basis* of unity of the debtor's estate and unity of the creditor group. J.H. DALHUISEN, DALHUISEN ON INTERNATIONAL INSOLVENCY AND BANKRUPTCY 2.03[3] (1986).

[13] A single bankruptcy administration would avoid the costs of multiple simultaneous proceedings. In addition, the value of the debtor corporation, both in liquidation and in reorganization, would be better preserved if all assets were under the control of a single court. *See* WOOD, *supra* note 11, at 228; *Theory and Pragmatism, supra* note 2, at 461.

[14] *See Theory and Pragmatism, supra* note 2, at 466; *see also* LUCIAN ARYE BEBCHUK & ANDREW T. GUZMAN, AN ECONOMIC ANALYSIS OF TRANSNATIONAL BANKRUPTCIES (1998) (arguing that universality also promotes a more efficient allocation of capital).

[15] *See* WOOD, *supra* note 11, at 228.

[16] *See id.*

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 26 2000

between them.[17] In a form more moderate than absolute unity, the doctrine of universality can still favor a single bankruptcy proceeding while acknowledging that in certain circumstances a local proceeding might be necessary.[18] This lesser form of universalism is usually described as "modified universality."[19] In systems using this approach, parties may open proceedings in additional jurisdictions that are ancillary to the main bankruptcy proceeding.[20] These ancillary proceedings are intended primarily to assist the main proceeding—and therefore further the basic goals of universality—but also protect the right of the forum to apply its own law in certain situations. Farther yet from pure unity lie systems that contemplate a series of "secondary bankruptcies" in which local assets are distributed pursuant to local law for the benefit of local creditors, with any remaining assets remitted to the foreign bankruptcy proceeding.[21]

A. International Bankruptcy in the United States: Modified Universality

The provisions that U.S. courts currently apply to international insolvencies were adopted as part of the 1978 Bankruptcy Reform Act.[22] In drafting those provisions, Congress embraced the modified universality approach. The provisions governing international aspects of bankruptcy assume the desirability of collecting and distributing the assets of the debtor on a worldwide basis, even when the distribution will be administered by a foreign court.[23] At the same time, however, they acknowledge the need to protect local creditors from prejudice or other unfairness in the foreign proceeding.[24] The system chosen is thus committed to the goals of universality, but modified to protect territorial interests when necessary.

1. Provisions Concerning the Effect of U. S. Bankruptcy Proceedings in Other Countries

Pursuant to Bankruptcy Code Section 541, a bankruptcy proceeding initiated in the United States extends to all property of the debtor, wherever lo-

---

17 *See Universal Priorities*, *supra* note 9, at 29 (describing "the realities of a world of modified territorialism").

18 *See* Hanisch, *supra* note 12, at 156.

19 *Id.*

20 *See id.*

21 The European Union Convention on Insolvency Proceedings adopts a secondary bankruptcy system. For a description of the Convention, see Fletcher, *supra* note 12; Balz, *supra* note 1; and Schollmeyer, *supra* note 1.

22 *See* Bankruptcy Reform Act of 1978, 11 U.S.C. §§ 101–1330 (1994).

23 See *infra* Part III.B.1.a for a discussion of legislative history.

24 *See, e.g.*, 11 U.S.C. § 304(c)(2), (4) (1994).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 27 2000

cated.[25] Global treatment is also afforded to all claimholders, wherever located. The claims of foreign creditors are admissible on equal footing with the claims of domestic creditors, and foreign creditors are able to share equally in the proceeds of the bankruptcy estate.[26]

2. Provisions Concerning the Effect of Foreign Bankruptcy Proceedings in the United States

The initiation of foreign bankruptcy proceedings has no immediate effect in the United States. The Bankruptcy Code establishes a two-step process for considering pendent foreign proceedings. First, the foreign representative must establish that he was duly appointed in a proceeding opened for the purpose of liquidating or reorganizing the debtor's estate.[27] Once recognized, the foreign representative may pursue one or more of three routes. He may initiate a full-blown involuntary bankruptcy proceeding against the debtor;[28] seek the dismissal of a pending bankruptcy proceeding initiated in a U.S. court by local creditors or by the debtor itself;[29] or initiate an ancillary proceeding under Section 304.

Section 304 proceedings[30] constitute the core of U.S. international bankruptcy law and embody Congressional endorsement of modified universality. Section 304 permits the representative of a foreign bankruptcy to institute a proceeding ancillary to a liquidation, reorganization or similar proceeding already underway abroad. A Section 304 filing does not initiate a full bankruptcy proceeding under U.S. law, and therefore neither creates a bankruptcy estate nor imposes an automatic stay on collection activities by creditors.[31] It merely establishes a mechanism permitting the representative of a foreign proceeding to recover or administer property of the debtor located in the United States.[32] Courts have broad discretion to order various types of relief in favor of foreign representatives, including the issuance of injunctions preventing local creditors from levying on assets of the debtor, the suspension or dismissal

---

[25] *See* 11 U.S.C. § 541(a) (1994). Of course, the effect of this provision outside the United States depends on whether the law of the country in which the property is located recognizes the authority of the U.S. bankruptcy court to administer the assets.

[26] *See* 11 U.S.C. §§ 502, 507 (1994).

[27] *See* 11 U.S.C. § 101(23), (24) (1994).

[28] *See* 11 U.S.C. § 303(b)(4) (1994). Such a proceeding would then be conducted concurrent with the proceeding pending abroad.

[29] *See* 11 U.S.C § 305(a)(2) (1994).

[30] Any proceeding brought pursuant to Section 303, 304 or 305 of the Bankruptcy Code is commonly referred to as a "Section 304" proceeding, and this Article adopts that convention.

[31] *See* Thomas C. Given & Victor A. Vilaplana, *Comity Revisited: Multinational Bankruptcy Cases Under Section 304 of the Bankruptcy Code*, 1983 ARIZ. ST. L. J. 325, 330 (1983). By seeking the injunctive relief permitted by Section 304(b)(1), however, a foreign representative can achieve substantially the same relief with respect to property of the bankruptcy estate located in the United States as that provided by Section 362(a) of the Bankruptcy Code.

[32] *See id.* at 328.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 28 2000

of local actions relating to property of the estate, and the turnover of assets (or control over assets) to the foreign representative.[33]

The legislative history of Section 304 indicates clearly that the function of the ancillary proceeding is to assist the foreign proceeding by protecting assets located in the United States from attachment or dismemberment by individual creditors, thereby preserving their value for distribution with the rest of the bankruptcy estate.[34] Such assistance, however, is not automatic. While courts have discretion to help the foreign representative, they also have discretion to protect the interests of local creditors. Section 304(c) provides that:

> (c) In determining whether to grant relief under subsection (b) of this section, the court shall be guided by what will best assure an economical and expeditious administration of such estate, consistent with
>
> (1) just treatment of all holders of claims against or interests in such estate;
>
> (2) protection of claim holders in the United States against prejudice and inconvenience in the processing of claims in such foreign proceeding;
>
> (3) prevention of preferential or fraudulent dispositions of property of such estate;
>
> (4) distribution of proceeds of such estate substantially in accordance with the order prescribed by this title;
>
> (5) comity; and

---

[33] Section 304(b) provides that a court may:

(1) enjoin the commencement or continuation of—

(A) any action against—

(i) a debtor with respect to property involved in such foreign proceeding; or

(ii) such property; or

(B) the enforcement of any judgment against the debtor with respect to such property, or any act or the commencement or continuation of any judicial proceeding to create or enforce a lien against the property of such estate;

(2) order turnover of the property of such estate, or the proceeds of such property, to such foreign representative; or

(3) order other appropriate relief.

11 U.S.C. § 304(b) (1994).

[34] The legislative history clarifies the intent of Congress in this regard: Section 304 was enacted to enhance the efficiency of foreign bankruptcy representatives in marshaling and distributing the assets of the debtor. *See* Stuart A. Krause et al., *Relief Under Section 304 of the Bankruptcy Code: Clarifying the Principal Role of Comity in Transnational Insolvencies*, 64 FORD. L. REV. 2591, 2594–95 (1996) (characterizing Congressional intent as "encouraging courts to lean toward a universality approach by giving greater deference to the foreign proceeding"). There is no intention that the local proceeding would *compete* with the foreign one.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 29 2000

(6) if appropriate, the provision of an opportunity for a fresh start for the individual that such foreign proceeding concerns.[35]

Thus, under certain circumstances, domestic courts may choose not to afford the foreign representative the sorts of relief contemplated by Section 304(b). Instead, they may permit local creditors to attach the assets with a view to exercising collection remedies pursuant to state law, or take other measures preventing such creditors from being subjected to the foreign proceeding. While the ancillary proceeding therefore aims to facilitate the recognition of, and encourage deferral to, bankruptcy proceedings initiated in other jurisdictions, that universalist inclination is tempered by concern for the rights of local creditors.

B. The Choice-of-Law Problematic

Modified universality, while attractive on a theoretical basis, has proved difficult to apply fairly, consistently or predictably. Because Section 304 incorporates both universal and territorial elements, it permits courts to decide cases in a rather unsystematic way. Its very flexibility allows a court to reach whichever result it desires, be it universal or territorial in nature. Although the fair resolution of any individual case is of course desirable, unpredictability of outcome is not. This is especially true in international bankruptcy, where uncertainty as to the possible consequences of a debtor's bankruptcy renders creditor planning difficult and cross-border lending unduly risky.[36] Unfortunately, Section 304 contains no choice-of-law rule to guide judicial decisionmaking.

1. Choice of Law in Current International Bankruptcy Law

The focus of international bankruptcy jurisprudence has long been on the choice of forum. Universality and territoriality, in other words, are theories developed to answer the question whether a cross-border insolvency should be administered in a single forum or multiple fora. No court, however, will conduct bankruptcy proceedings pursuant to the bankruptcy laws of another jurisdiction; a bankruptcy proceeding administered in a particular forum will necessarily be administered pursuant to the bankruptcy law of that forum.[37] For this

---

[35] 11 U.S.C. § 304(c) (1994).

[36] See *infra* Part IV.B for a description of the effect of unpredictablity on commercial lending. *See also* LoPucki, *supra* note 3, at 728 (suggesting that this flexibility therefore sacrifices the advantages claimed by the universality approach).

[37] *See* DALHUISEN, *supra* note 12, at § 1.07[2], 3-96.14 ("[T]here is usually no freedom for the rendering court but to apply its own bankruptcy law in its entirety ...."). Courts may, of course, choose to apply the law of another jurisdiction to particular aspects of the bankruptcy administration. They may, for instance, apply foreign law to determine whether a creditor has secured status. But the law applied to the core issues of priority among creditors and distribution of assets will be forum law. *See* LoPucki, *supra* note 3, at 12.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 30 2000

reason, choice of forum and choice of law are intertwined in the area of international bankruptcy.[38] Under unity, once a bankruptcy proceeding commences in the debtor's home jurisdiction, courts in other countries will accept that court's authority to administer all assets and satisfy all creditor claims pursuant to its bankruptcy law.[39] Similarly, under territoriality, courts in each country in which assets of the debtor are located will exercise their respective rights to conduct separate proceedings pursuant to their own bankruptcy law.[40] By providing a fixed rule for the selection of forum, unity and territoriality thus also determine the selection of applicable law.

The choice-of-law result is less clear in systems that adopt a position between the poles of unity and territoriality simply because in such systems the choice of forum is not automatic. Once a bankruptcy proceeding has been initiated in a certain country—assume, for example, the home jurisdiction of the debtor—the courts in other jurisdictions must *decide* whether to defer to that proceeding or to conduct a local one. Because the court administering the proceeding will apply its own bankruptcy law, that choice of forum serves the secondary function of a choice of law.

Two examples of common situations facing U.S. courts, each implicating the distribution of assets of an insolvent debtor, will illustrate the choice-of-law questions embedded in decisions relating to jurisdiction. In the first, a U.S. court has pending before it a proceeding initiated by a local creditor to attach certain assets, located in the United States, of a foreign debtor. An action is then brought by a foreign representative under Sections 304 and 305, seeking to have the attachment proceedings dismissed[41] and the assets turned over for distribution in a bankruptcy proceeding initiated against the debtor in its home jurisdiction.[42] In a second common situation, the action pending before the U.S. court is an involuntary bankruptcy proceeding against the debtor, initiated by local creditors.[43] An action is then brought by a foreign representative seeking to have the entire U.S. bankruptcy proceeding dismissed in favor of a proceeding already underway in the debtor's home jurisdiction. The resolution of these actions under either a unity system or a territoriality system would re-

---

38 *See Theory and Pragmatism, supra* note 2, at 471 (identifying the general failure to distinguish between the two and then arguing that the forum court should apply its own bankruptcy law to the greatest extent possible); s*ee also* Westbrook & Trautman, *supra* note 10, at 668 ("Because it is traditional that the bankruptcy court applies its local law, there is no choice of law process as such to deal with important issues that vary from country to country.").

39 See text accompanying *supra* note 12 for a description of unity.

40 See text accompanying *supra* note 16 for a discussion of territoriality.

41 While Section 304 only provides for an injunction against the commencement or continuation of a case, Section 305 provides that such a case may be dismissed. Another alternative open to the foreign representative would be to petition the court for a local concurrent bankruptcy proceeding pursuant to Section 303(b)(4). *See* Honsberger, *supra* note 10, at 653.

42 *See In re* Lines, 81 B.R. 267 (Bankr. S.D.N.Y. 1988) (seeking to enjoin the continuation of efforts by a U.S. creditor to attach assets of the debtor located in the United States).

43 *See* Interpool v. M/V Venture Star, 102 B.R. 373 (Bankr. D.N.J. 1988) (moving to dismiss competing bankruptcy proceedings filed under Chapter 7 against the debtor by U.S. creditors).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 31 2000

quire no choice at all: In the case of unity, the authority of the foreign court would be recognized; in the case of territoriality, it would not.

In a modified universality system, however, the U.S. court must choose. In the first case, the court may either dismiss the attachment action and turn the assets over to the foreign bankruptcy proceeding, or ignore the claims of the foreign representative and permit the local creditor to attach the assets. Although this decision is cast as a choice of the forum in which the assets will be administered, it amounts to a choice of law relating to the distribution of the estate. If the assets are turned over, they will be distributed according to the bankruptcy rules of the foreign court (which may or may not favor the local creditor). If they are not, the creditor will be able to attach the assets and exercise any appropriate remedies available to it under U.S. state law. In the second case, too, the court makes an implicit choice-of-law decision. If the local bankruptcy action is dismissed,[44] the local creditors will submit their claims to administration under foreign bankruptcy law; if the local bankruptcy proceeding goes forward, the Bankruptcy Code will apply. In deciding whether or not to defer to the foreign representative—in choosing a forum—the court is thus engaging simultaneously in a choice of law.

Unfortunately, Section 304 does not incorporate a principled choice-of-law approach. There are two distinct areas in which the absence of a conflicts method is apparent. First, Section 304 does not instruct courts to consider the interests, relative or absolute, of the United States and any foreign jurisdiction in the application of their respective laws to the bankruptcy proceeding.[45] In other words, a local proceeding initiated by a small local creditor when the debtor and all other creditors are located in a single foreign jurisdiction is not distinguished from a local proceeding brought by a large group of U.S. creditors when the debtor has major local operations and other substantial contacts with the United States. Subject only to the general guidelines set forth in Section 304(c), supplemented by the instruction that the court should strive to ensure an "economical and expeditious administration" of the bankruptcy estate, the decision whether or not to defer is left entirely to the discretion of the court. Second, the Section 304(c) factors themselves do not reveal an underlying choice-of-law approach. The various elements listed in Section 304(c) point in different directions: Some justify a territorialist protection of domestic creditors,[46] while others promote a cooperative, universalist approach.[47] In ad-

---

[44] A court might also dismiss a competing local bankruptcy proceeding under Section 305, which provides that the U.S. court may dismiss a bankruptcy proceeding if a foreign proceeding is pending and the Section 304(c) factors warrant dismissal. *See* 11 U.S.C. § 305(a).

[45] *See* Donald T. Trautman, *Foreign Creditors in American Bankruptcy Proceedings*, 29 HARV. INT'L L. J. 49, 51 (1988).

[46] Most notably Section 304(c)(4), which provides that the distribution of proceeds under foreign law should be "substantially in accordance" with the order of distribution dictated by the Bankruptcy Code. 11 U.S. C. § 304(c)(4) (1994). See *infra* Part V.B.2 for a discussion of cases in which Section 304(c)(4) has been applied in a protectionist fashion.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 32 2000

dition, there is no indication of the weight to be assigned to any given factor or, more generally, whether the factors are meant to be balanced against one another at all.[48] Thus, each case decided under Section 304 necessitates the development and application of an ad-hoc choice-of-law analysis.[49]

In this respect, then, the modified universality approach lacks even the subtextual choice-of-law orientation of the unity and territoriality approaches. Cases decided under Section 304 reflect this absence. With few exceptions,[50] U.S. courts do not frame their analysis in terms of typical conflicts considerations, and they refrain from traditional choice-of-law analysis such as a consideration of contacts within a particular jurisdiction.

2. Choice of Law and Recent Developments

Viewed solely from the perspective of results, the U.S. international bankruptcy system seems to be functioning as intended. Despite a handful of oft criticized cases that use a territorialist approach at odds with the goals of Section 304,[51] the majority of decisions in cross-border bankruptcy cases favor the claims of the foreign representative.[52] Two recent developments, however, herald changes in the orientation of U.S. international insolvency law. First, the proposed Bankruptcy Reform Act of 1999 ("Reform Act")[53] in certain re-

---

[47] Section 304(c)(1) suggests a universal approach, pursuant to which all creditors—wherever located—would be treated equally. *See* 11 U.S. C. § 304(c)(1) (1994); Trautman, *supra* note 45, at 52.

[48] There is also nothing to prevent courts from considering *additional* factors. *See* Honsberger, *supra* note 10, at 655. Some courts, far from attempting to balance the factors, have viewed at least one of the guidelines (Section 304(c)(4)) as an individual test that must be passed in order for a foreign proceeding to be recognized. *See* Melissa S. Rimel, *American Recognition of International Insolvency Proceedings: Deciphering Section 304(c)*, 9 BANKR. DEV. L. J. 453, 481 (1992); *see also In re* Toga Manufacturing, 28 B.R. 165, 168 (Bankr. E.D. Mich. 1983) (finding that since distribution would not take place substantially in accordance with U.S. distribution rules, the court need not defer to the foreign proceeding). Similarly, the many decisions relying on considerations of comity often turn on that single factor alone. The use of the comity guideline is discussed more extensively *infra* Part III.B.1.

[49] Given & Vilaplana, *supra* note 31, at 331.

[50] *See, e.g., In re* Culmer, 25 B.R. 621, 628–629 (Bankr. S.D.N.Y. 1982) (noting that the Bahamas had a greater interest in the liquidation of the debtor, since "neither the United States nor the State of New York has any governmental or public interest in [its] liquidation"); *In re* Maxwell Communication Corporation, 170 B.R. 800, 816 (Bankr. S.D.N.Y. 1994) (examining the contacts each jurisdiction involved has with the controversy); *In re* Koreag, 961 F.2d 341, 350 (2d Cir. 1992) ("The goal of this analysis is to evaluate the various contacts each jurisdiction has with the controversy, and determine which jurisdiction's laws and policies are implicated to the greatest extent.").

[51] *See, e.g., In re* Toga, 28 B.R. 165 (Bankr. E.D. Mich. 1983); Interpool v. M/V Venture Star, 102 B.R. 373 (Dist. N.J. 1988). These cases are critiqued in Krause et al., *supra* note 34, at 2601–03.

[52] I am unaware of any comprehensive empirical study of international bankruptcy decisions in U.S. courts, but believe cases such as In re *Toga*, 28 B.R. 165 (Bankr. E.D. Mich. 1983) and *Interpool v. M/V Venture Star*, 102 B.R. 373 (Bankr. D.N.J. 1988) to be exceptions to the prevalent approach. *See* Lore Unt, *International Relations and International Insolvency Cooperation: Liberalism, Institutionalism and Transnational Legal Dialogue*, 28 LAW & POL'Y INT'L BUS. 1037, 1074 (1997) (describing the "increasing tendency to defer to and assist the primary bankruptcy").

[53] H.R. 833, 106th Cong. (1999) [hereinafter "Reform Act"]. H.R. 833 was passed by the House of Representatives on May 5, 1999; a parallel bill, S. 625, is pending in the Senate.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 33 2000

spects undermines the goals of universality by confirming the privileged status of local proceedings. Second, the growing tendency of courts to seek extraregulatory solutions to international insolvencies suggests the increasing irrelevance of the current framework to the decisionmaking process.

a. The Reform Act

The Model Law incorporated in the Reform Act, whose goal is to facilitate the administration of unified international bankruptcy proceedings, embodies a modified universalist approach.[54] It does not, however, set forth a complete framework for the resolution of cross-border bankruptcies; instead, it creates a set of procedural rules to be integrated into the substantive bankruptcy law of each state that adopts the Model Law. Rather than attempting to harmonize substantive bankruptcy principles, the Model Law seeks merely to make the process by which foreign bankruptcy representatives gain recognition in and assistance of courts in other jurisdictions simpler and less discretionary.[55]

Under the Reform Act, a court must recognize the foreign representative of a bankruptcy initiated in another jurisdiction if that representative provides certain required documents.[56] Because recognition is not discretionary, the process will be completed quickly and dissipation of the assets in the forum jurisdiction will be rendered less likely.[57] The Reform Act also creates a mechanism for the imposition of an automatic stay.[58] A stay on actions against the debtor or property of the debtor located within the United States will be imposed automatically upon recognition of the foreign representative in a proceeding initiated in the debtor's home jurisdiction. Upon recognition of the

---

Title IX of the Reform Act incorporates the provisions of the Model Law on Cross-Border Insolvency ("Model Law") in its new Chapter 15, which addresses ancillary and cross-border cases. The Model Law was drafted by the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") and was adopted at UNCITRAL's 30th session in May of 1997. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: Report of UNCITRAL on the Work of its Thirtieth Session*, U.N. GAOR, 52d Sess., Annex I, at 68-78, U.N. Doc. A/52/17 (1997), *reprinted in* André J. Berends, *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, 6 TUL. J. INT'L & COMP. L. 309, 401 (1998) [hereinafter *Model Law*]. *See also The Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, [1997] 28 Y.B. Int'l Trade L. Comm'n, at pt.3, § 2, U.N. Doc. A/CN.9/442, *reprinted in* Berends [hereinafter *Guide to Enactment*]. *Id.* at 419. For a discussion of the process leading to the adoption of the Model Law, see Thomas M. Gaa & Paula E. Garzon, *International Creditors' Rights and Bankruptcy*, 31 INT'L LAW. 273 (1997).

54 That is, it embraces the goals of universality, but provides for local proceedings in certain circumstances. See *supra* Part II.A.1 for a discussion of modified universality.

55 *See Guide to Enactment*, *supra* note 53, at 419.

56 *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1515(b), (c). The documents required amount to proof from a foreign court that the representative has been duly appointed. Section 1516(b) provides further that the court to which those documents are submitted is entitled to rely on their authenticity. Reform Act, *supra* note 52, § 1516(b).

57 *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1517(a) (providing that "an order recognizing a foreign proceeding *shall* be entered" if the procedural requirements are met) (emphasis added). Section 1517(c) indicates that the application for recognition must be considered as quickly as possible. *Id.* § 1517(c).

58 In this respect, the Reform Act is more generous to foreign representatives than the existing provisions of the Bankruptcy Code, as the initiation of a Section 304 proceeding does not result in the creation of an automatic stay. *See* Given & Vilaplana, *supra* note 31, at 330.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 34 2000

foreign representative in a proceeding initiated elsewhere, the court may, in its discretion, order such a stay.[59] In streamlining these procedural aspects of the bankruptcy process, the Reform Act thus serves the goals of universality by preserving local assets for administration in the foreign bankruptcy proceeding.

Additional provisions of the Reform Act, however, undermine this result by recognizing the continuing pull of territoriality. A court need not leave the automatic stay in place. It may choose to do so, and may also order further relief to the foreign representative.[60] Alternatively, however, the court may choose in the interest of local creditors to modify or even terminate the stay and any other provisional relief that it has granted.[61] At this point, then, the court must make a choice of law. It may choose foreign bankruptcy law, by allowing the relief to stand, or it may choose U.S. law, by terminating that relief and permitting a local action to proceed. The Reform Act provides scant guidance for this decision, noting merely that "the interests of creditors in the United States [must be] sufficiently protected."[62] Because the Reform Act does not define "sufficient protection," a U.S. court must at this stage consult pre-Reform Act law in considering whether to protect local creditors or to assist the foreign representative.[63] Presumably, the factors previously included in Section 304(c)—together with the choice-of-law problems they present[64]—will at this stage be drawn into the analysis. In addition to importing territorial factors in this way, the Reform Act also clearly recognizes the precedence of a local proceeding over a foreign one when concurrent bankruptcy proceedings have been filed.[65] Thus, in explicitly recognizing and deferring to a court's

---

[59] *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1520(a) (stay in "main" proceedings) and § 1521(a) (stay in "non-main" proceedings). Additionally, Section 1519 provides that a temporary stay may be imposed, pending recognition, upon successful petition by the foreign representative. *Id.* § 1519. See *infra* Part III.B.1.b for a discussion of the distinction between "main" and "non-main" proceedings.

[60] *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1521. Section 1521 permits the court, for instance, to order the turnover of assets located in the United States to the foreign representative.

[61] *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1522. Section 1522 speaks directly to relief granted in the discretion of the court, under Section 1519 and Section 1521, and not to the relief granted automatically under Section 1520 to foreign main proceedings. But see Reform Act Section 1520(b), whose counterpart in the Model Law was intended to provide that even the automatic relief granted upon recognition of a foreign main proceeding could be modified by the local court. *See* Berends, *supra* note 53, at 374.

[62] This provision applies in connection with the turnover of assets to the foreign representative. Reform Act, *supra* note 53, § 1521(b). *See also* Reform Act, *supra* note 53, § 1522(a) (providing that "the interests of the creditors . . . [must be] sufficiently protected" for relief to be granted under Sections 1519 or 1521).

[63] This referral to preexisting bankruptcy analysis limits the scope of the Reform Act, rendering it more procedural than substantive.

[64] *See* discussion *supra* Part II.B.1.

[65] *See, e.g.*, Reform Act, *supra* note 53, § 1529(2) (providing that if a local proceeding is commenced after recognition of the foreign representative, any stay imposed pursuant to Section 1519, 1520 or 1521 "shall be modified or terminated if inconsistent with" the local proceeding); *see also* Berends, *supra* note 53, at 388 ("the basic rule of [Model Law] Article 29 is that there is a pre-eminence of the local proceeding over the foreign proceeding").

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 35 2000

ability to implement a territorial approach, the Reform Act not only falls short of its promise of universality but gives new vitality to territoriality.[66]

b. Extraregulatory Decisionmaking

It is indisputable that U.S. courts tend to defer to foreign bankruptcy proceedings.[67] Many of the most successful recent cross-border insolvency proceedings, however, have been resolved by means of procedures outside the regulatory framework. Ad-hoc agreements crafted by the courts and the parties have formed the basis of reorganizations and asset distributions in these international bankruptcies.

The judges in these proceedings view their role as that of creative planners responsible for facilitating resolutions satisfactory to the bankruptcy participants.[68] The widely publicized bankruptcy of Maxwell Communication Corporation provides an excellent illustration of how such proceedings are conducted. In that case, the Justice presiding over a full insolvency proceeding in England and the U.S. judge hearing Chapter 11 proceedings in the United States, with the assistance of the administrators and examiner they respectively appointed, formulated a Protocol intended to guide the bankruptcy administration.[69] The Protocol provided the framework for a plan of reorganization—ultimately adopted—that harmonized inconsistent provisions of domestic and foreign bankruptcy law.[70] This judicial agreement thus relied on ad-hoc harmonization rather than on systematic choice-of-law analysis. Several other cross-border bankruptcies, involving both the United States and countries including Canada, Israel, and Japan, have adopted a similar approach.[71]

On the one hand, these cases reveal salutary cooperation and coordination between courts, enabling them to reach fact-specific solutions in difficult

---

66 It may be that this latent territorialism reflects a political compromise necessary to ensure the adoption of UNCITRAL's Model Law by member countries, and that the further step of substantive change is one that will take place in the future. As it stands now, however, it represents an acceptance of territoriality.

67 The lack of systemwide predictability remains troubling, however, in terms of transaction costs.

68 In reviewing several recent bankruptcies, one commentator notes that the judges presiding over the proceedings view their function "as creating international legal cooperative structures in the field of international insolvency." Unt, *supra* note 52, at 1073–74.

69 For an analysis of the case, see Jay Lawrence Westbrook, *The Lessons of Maxwell Communication*, 64 FORDHAM L. REV. 2531 (1996).

70 For a thorough discussion of the harmonization process, see Evan D. Flaschen & Ronald J. Silverman, *The Role of the Examiner as Facilitator and Harmonizer in the Maxwell Communication Corporation Insolvency*, *in* CURRENT DEVELOPMENTS, *supra* note 10, at 621.

71 *See, e.g.*, *In re* Maruko, 200 B.R. 876 (Bankr. S.D. Cal. 1996); *In re* Nakash, 190 B.R. 763 (Bankr. S.D.N.Y. 1996); *In re* Everfresh Beverages, 238 B.R. 558 (Bankr. S.D.N.Y. 1995). The Reform Act includes provisions intended to foster—indeed, to require—this sort of cooperation. *See* Reform Act, *supra* note 53, §§ 1525–1527.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 36 2000

cases.[72] On the other hand, however, they reinforce the failure of the existing regulatory framework to provide a useful choice-of-law system and thereby the certainty for creditors that is an important goal of international bankruptcy rules.[73]

C. Conclusion

Although courts have by and large complied with the stated preference of the legislature for a universality-based approach, the regulatory structure fails to ensure consistent and predictable results. While this failure may be cast as a failure of the universality approach itself,[74] this Article suggests instead that it reflects the neglected role of choice-of-law analysis in this field. Neither the current provisions regulating international insolvency nor the provisions of the Reform Act, although they require courts to make what amounts to a choice-of-law decision, guide that analysis in a meaningful way. Rather than accept the shift away from universality suggested by the developments described above, it would be appropriate first to use conflict-of-laws analysis to examine the regulatory scheme more closely. In doing so, it is not enough to observe that Section 304 does not contain an explicit choice-of-law mechanism. Rather, since decisions regarding whether to defer to foreign proceedings *operate* as a choice of law, it is necessary to analyze that operation. How do courts apply Section 304, and what form of conflicts methodology can be seen emerging from that application?

---

[72] They also take full advantage of technological advances and arguably simply adjust the level of cooperation to what is now technically feasible. *See* E. Bruce Leonard, *The Way Ahead: Protocols in International Insolvency Cases*, 17 AM. BANKR. INST. J. 12 (1999).

[73] Interestingly, Section 304 itself was adopted partially in response to exactly such a situation: the 1975 failure of the Herstatt bank, which revealed the insufficiency of the existing regulations. *See* Honsberger, *supra* note 10, at 674 ("The settlement that ended the Herstatt litigation was characterized as a cry of despair for the lack of any rational procedure."). *See generally* Kurt H. Nadelmann, *Rehabilitating International Bankruptcy Law: Lessons Taught by Herstatt and Company*, 52 N.Y.U. L. REV. 1 (1977).

That the participants in cross-border bankruptcy adjudications perceive the current regulatory framework as inadequate is in itself troubling. Furthermore, it seems possible that ad-hoc methods of resolution do not protect all participants in a bankruptcy to the same extent that the regulatory regime might. In addition, these proceedings raise some concerns regarding the source of authority for U.S. courts to modify their jurisdiction over property of the debtor. *See* Robert B. Chapman, *Judicial Abstention in Cross-Border Insolvency Proceedings: Recent Protocols in Simultaneous Plenary Cases*, 7 INT'L INSOLVENCY REV. 1 (1998).

[74] *See* LoPucki, *supra* note 3, at 742.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 37 2000

III. U.S. INTERNATIONAL BANKRUPTCY LAW AS A MULTILATERAL SYSTEM

A. The Theory of Multilateralism

Although other theories have been proposed to guide choice-of-law thinking, the field of conflict of laws has been shaped largely by the opposing schools of unilateralism and multilateralism.[75] While multilateralism is generally considered the successor of unilateralism in early choice-of-law development,[76] the tension between the two approaches has remained relatively constant. Each theory has its adherents, and today's conflicts law includes elements of both approaches.[77]

Unilateralism focuses on the scope of application of a particular rule.[78] Faced with a dispute involving an international component, the forum court inquires simply whether the law of the forum is applicable. If the court concludes, based on its analysis of the particular rule and its underlying purpose, that the law of the forum properly applies to the dispute, then it will generally apply forum law.[79] A unilateralist approach thus terminates the choice-of-law analysis upon finding that forum law is applicable, regardless of whether the law of other jurisdictions may also apply to the dispute.[80]

Multilateralism, on the other hand, does not analyze the reach of a particular rule. Rather, it examines the connection between a legal relationship and a forum. Faced with an international dispute, the forum court will assess

---

[75] In addition to unilateralism and multilateralism, prevailing approaches to conflicts theory include substantivism and party expectations. *See* Gene R. Shreve, *Choice of Law and the Forgiving Constitution,* 71 IND. L. J. 271, 271 (1996). As discussed below, the relationship between universality and territoriality in bankruptcy correlates loosely with the larger conflicts systems of multilateralism and unilateralism.

[76] *See* Friedrich K. Juenger, *A Page of History*, 35 MERCER L. REV. 419 (1984); *see also* MATHIAS REIMANN, CONFLICT OF LAWS IN WESTERN EUROPE 106–07 (1995).

[77] The Restatement (Second) of Conflict of Laws, for instance, has been described as adopting an eclectic approach, incorporating both unilateralist and multilateralist elements. *See generally* Willis L. M. Reese, *The Second Restatement of Conflict of Laws Revisited*, 34 MERCER L. REV. 501 (1983).

[78] *See* Juenger, *supra* note 76, at 427 (describing the unilateralist approach as "divining the spatial reach of substantive rules").

[79] Many unilateralists, including Brainerd Currie and Albert Ehrenzweig, adhered to this notion of forum preference. *See generally* ALBERT A. EHRENZWEIG, TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS 326 (1962). Other unilateralists have attempted to make the approach less forum preferring. *See, e.g.,* Russell J. Weintraub, *A Defense of Interest Analysis in the Conflict of Laws and the Use of that Analysis in Products Liability*, 46 OHIO ST. L. J. 493, 501–02 (1985); Robert A. Sedlar, *Reflections on Conflict-of-Laws Methodology,* 32 HASTINGS L. J. 1628, 1630–31 (1981). *But see* LEA BRILMAYER, CONFLICT OF LAWS 18 (1995) (suggesting that forum preference is the inevitable outcome of the unilateral approach) and REIMANN, *supra* note 76, at 108 (reaching the same conclusion).

[80] Another way of viewing the approach is to note that unilateralism recognizes the concept of "concurrent legislative jurisdiction," since it is not concerned by the possibility that another forum may simultaneously choose to apply its law to the same dispute. William S. Dodge, *Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism*, 39 HARV. INT'L L. J. 101, 107 (1998).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 38 2000

the parties and the transaction in an attempt to assign the entire relationship to a particular place.[81] The law of the jurisdiction to which the relationship is assigned will then be applied to the dispute. Savigny, one of the fathers of the multilateralist school, described the goal of conflicts analysis as "discover[ing] for every legal relation (case) that legal territory to which, in its proper nature, it belongs or is subject (in which it has its seat)." [82] Therefore, unlike the unilateral approach described above, this analysis does not stop with a finding that forum law may apply: It inquires further whether the relationship in question has closer ties to another jurisdiction.[83] Because a choice must eventually be made between two or more competing jurisdictions, the multilateral approach is often described as jurisdiction-selecting.[84]

The primary goals of the multilateralist approach are uniformity of choice-of-law result and predictability of outcome. In other words, this approach seeks to prevent forum shopping by ensuring that any court addressing a particular dispute will assign it to the same jurisdiction. It intends further that the jurisdiction of assignment will be knowable in advance.[85] To achieve these goals, multilateralists have developed rules in various areas of the law that are intended both to shortcut and to make more predictable the jurisdiction selection analysis conducted by the forum court. For example, a torts dispute would be assigned to the jurisdiction in which the tort occurred.[86] Such seemingly straightforward rules simplified the choice-of-law process, increasing the uniformity and predictability of the choice-of-law determination.

Because the goal of multilateralism is simply to select the jurisdiction with which the dispute is most closely linked, the approach is necessarily neutral as to the substance of the competing laws.[87] Occasionally, then, a law will be chosen whose application would generate an unjust result in a particular case. In such a situation, while the procedural goals of choice-of-law analysis may be served by the selection of the proper law, substantive justice would not be achieved in the particular case.[88] Such an event would necessitate an adjust-

---

81 *See* REIMANN, *supra* note 76, at 106.

82 FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY, A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS 133 (William Guthrie trans., 2d ed. 1880). *See also* FRIEDRICH K. JUENGER, CHOICE OF LAW AND MULTISTATE JUSTICE 10–27 (1993) [hereinafter MULTISTATE JUSTICE] (describing Savigny's theory).

83 *See* REIMANN, *supra* note 76, at 106.

84 *See* David F. Cavers, *A Critique of the Choice-of-Law Problem*, 47 HARV. L. REV. 173, 177 (1933).

85 *See* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 36–40.

86 *Lex loci delicti* was one of the most enduring multilateral rules. *See id.* at 37 (noting the rule's history).

87 See REIMANN, *supra* note 76, at 110–11 for a discussion of substance neutrality.

88 This distinction is often characterized as the difference between "conflicts justice" and "substantive justice." *See* REIMANN, *supra* note 76, at 160. *See also* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 69.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 39 2000

ment to the choice-of-law result.[89] The multilateralist approach deals with such situations primarily through the use of an escape clause mechanism in the form of a public policy exception. That exception provides that if application of the law chosen by the relevant conflicts rule would violate the public policy of the forum state, the court can choose to apply forum law instead.[90]

Interestingly, unilateralism and multilateralism share an important characteristic: They are both territorial approaches in that the choice-of-law decision depends on locating the appropriate sovereignty under whose laws the dispute will be resolved.[91] In other words, each utilizes an analysis that does not take into account the substance of the competing laws, but seeks merely to identify the appropriate source of law.[92] For this reason alone these theories provide a good lens through which to examine international bankruptcy law, which has itself remained grounded in concepts of sovereignty and (in the jurisdictional sense) territoriality.

B. Multilateralism in U.S. International Bankruptcy Law

A multilateral methodology has not been expressly adopted in the area of international bankruptcy.[93] However, the theoretical orientation of the U.S. approach to international bankruptcies, combined with the doctrine that has developed under the relevant sections of the Bankruptcy Code, reveals the emergence of a multilateralist approach to cross-border insolvency. This Subpart sets forth the framework within which international bankruptcies are considered and then discusses the multilateralist nature of that approach. It argues that the fundamental structure of U.S. international bankruptcy law, as applied, fits squarely within the multilateralist tradition. First, the utilization of comity in Section 304 analysis reveals an assumption that one jurisdiction's claim to adjudicate the bankruptcy of a given debtor may be superior to another's. Sec-

---

[89] Even Savigny, for instance, recognized that the application of foreign law could not be used to avoid the application of mandatory law of the forum. *See* SAVIGNY, *supra* note 82, at 38.

[90] See *infra* Part IV.B.2 for a discussion of the public policy exception. Critics of multilateralism note the development of other devices used by courts to manipulate the choice-of-law decision. Such devices include characterization (which ensures the application of local law by characterizing a particular issue as procedural rather than substantive) and *renvoi* (which permits the forum to apply foreign conflicts law—rather than substantive law—when that conflicts law would in turn lead back to the choice of the substantive law of the forum). *See* Cavers, *supra* note 84, at 182–187.

[91] "Territorial" in this context is not to be confused with "territoriality" as a theory of international bankruptcy law, under which a forum court will automatically apply the law of its own jurisdiction.

[92] Interest analysis, a unilateralist method, considers the content of potentially applicable law in that it seeks to locate underlying policies in connection with the choice-of-law decision. But that analysis is undertaken to decide whether the law is in fact applicable to the particular case, not to determine what the result of that application will be. *See* Shreve, *supra* note 75, at 284.

[93] Indeed, as discussed *supra* at text accompanying notes 45–59, international bankruptcy law seems to have developed without explicit adoption of any particular choice-of-law method.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 40 2000

ond, the Section 304 process incorporates a public policy escape clause mechanism that is used to avoid unfairness in individual cases.

1. The Role of Comity in Choice of Bankruptcy Law

Comity plays little or no role in unilateral analysis, since that approach does not require courts to choose between forum and foreign law. Comity is in many ways, however, the foundation of multilateralism.[94] In its traditional incarnation, though, comity is not itself a method for choosing applicable law; rather, it provides a justification for implementing that choice once made.

The classic definition of comity in U.S. jurisprudence defines it as:

> neither a matter of absolute obligation on the one hand nor of mere courtesy and good will upon the other. But it is the recognition which one nation allows within its territory to the legislative, executive or judicial acts of another nation, having due regard both to international duty and convenience, and to the rights of its own citizens or of other persons who are under the protection of its laws.[95]

This definition reveals a tension between international considerations (international duty and convenience) and domestic ones (the rights of local citizens). It is primarily this internal conflict that limits the role of comity in its traditional form. Comity does not itself guide the choice-of-law decision; that is, it creates no mechanism for balancing the international considerations against the domestic ones and arriving at a choice between them. But once a choice-of-law rule has been applied and has pointed to foreign law, comity provides a justification for courts implementing that result.[96] Thus, in the face of applicable domestic law, a court may cite international convenience in applying chosen foreign law to the disadvantage of a local claimant.[97] As a basis for assessing and applying the results of a conflicts method, then,[98] comity supports multilateralist rules governing conflicts of law.[99]

---

[94] Justice Joseph Story, whose 1834 treatise initiated the multilateralist movement in the United States, justified the assignment of a dispute to a foreign jurisdiction by reference to principles of comity—the notion that although a nation has no obligation to recognize within its own borders the laws or judgments of another, it might nonetheless choose to offer such recognition on the basis of the mutual interest of nations in an effective international system. *See* JOSEPH STORY, COMMENTARIES ON THE CONFLICT OF LAWS 7–8 (reprinted 1972) [hereinafter STORY].

[95] Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 163–64 (1895).

[96] *See* Joel R. Paul, *Comity in International Law*, 32 HARV. INT'L L. J. 1 (1991).

[97] Conversely, the court may cite protection of citizens in justifying its exercise of one of the escape mechanisms to apply forum law when the choice-of-law rule has led to foreign law.

[98] *See* Paul, *supra* note 96, at 2–5.

[99] Although the traditional formulations of comity contain within them both reasons to defer to foreign courts and reasons not to defer, the doctrine has been construed largely as an obligation to defer. *See* Paul, *supra* note 96, at 44.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 41 2000

a. Centrality of Comity in Section 304 Analysis

Even though comity appears in Section 304 merely as one of six guidelines for domestic courts to consider in deciding whether to defer to a foreign proceeding,[100] it has become the focal point in determining the law applied in international bankruptcies. Far from merely justifying the outcome of a conflict-of-laws analysis, comity now plays the role of a full-fledged choice-of-law method.

The legislative history describing the inclusion of comity in the list of Section 304 guidelines provides an early indication of the uncertainty that surrounds its role in Section 304 analysis. Neither early drafts of the Section nor the original House and Senate bills included comity as one of the factors for courts to consider in resolving cross-border bankruptcies.[101] After debate and immediately prior to adoption, however, Section 304(c) was modified to include subsection (5) "to indicate that the court shall be guided by considerations of comity *in addition to* the other factors specified" in Section 304(c).[102] Courts and commentators have advanced various interpretations of this last-minute modification. Some have posited that the status of comity as merely one of a list of relevant factors indicates that it was not intended to be the focal point of Section 304(c) analysis, arguing in effect that it had been demoted from a guiding principle to a single consideration.[103] Most, however, believe that the legislators intended to emphasize the role of comity by ensuring that comity would be considered not merely as a single factor, but rather as an overarching policy in any decision whether or not to defer to a foreign proceeding.[104]

The view of comity as the fundamental underpinning of Section 304 analysis is consistent not only with the universalist focus of that section on international efficiency and economy,[105] but also with pre-1978 treatment of international bankruptcies. Prior to the enactment of Section 304, courts framed the question of whether to defer to a foreign proceeding entirely in terms of com-

---

100 *See* 11 U.S.C. § 304(c)(5) (1994).

101 *See* REPORT OF COMMISSION ON BANKRUPTCY LAWS OF UNITED STATES, H.R. DOC. NO. 93-137, pt. 2 (1983). See Stacy Allen Morales & Barbara Ann Deutcsh, *Bankruptcy Code Section 304 and U.S. Recognition of Foreign Bankruptcies: The Tyranny of Comity*, 39 BUS. LAW. 1573, 1586–1588 (1984) and Nadelmann, *supra* note 10, at 38–41 for a description of the legislative history of the section.

102 Statement of Representative Don Edwards, 124 CONG. REC. H. 11089, *reprinted in* 1978 U.S.C.C.A.N. 5787, 6442 (emphasis added).

103 *See, e.g., In re* Papeleras Reunidas, S.A., 92 B.R. 584, 594 (Bankr. E.D.N.Y. 1988) ("[I]t is best to equally consider all of the variables of § 304(c) in determining the appropriate relief in an ancillary proceeding."); Morales & Deutcsh, *supra* note 101, at 1588 ("[C]omity is to be considered in addition to the other section 304 factors on a coequal basis at most.").

104 *See* Krause et al., *supra* note 34, at 2594–95; *see also In re* Axona International Credit & Commerce, 88 B.R. 597, 608 (Bankr. S.D.N.Y. 1988).

105 This focus is reflected in the preamble's focus on "economical and expeditious administration of the bankruptcy estate." 11 U.S.C. preamble.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 42 2000

ity. In one of the earliest instances of deference to foreign bankruptcy proceedings, the Supreme Court held that "the true spirit of international comity requires that schemes of this character, legalized at home, be recognized in other countries."[106] Decisions not to defer were formulated similarly: "what property may be removed from a state and subjected to the claims of creditors of other states is a matter of comity between nations and states."[107] Whatever the uncertainties surrounding the inclusion of comity in Section 304(c), there is no indication that the legislature intended to abandon it as a fundamental principle guiding analysis in this area.[108]

Indeed, the adoption of Section 304 seems not to have affected the view of the majority of courts that comity is the foundation of analysis in international bankruptcy cases. Many post-1978 decisions have in fact turned on the comity issue alone.[109] Some courts note that the other guidelines stated in Section 304 illustrate some of the factors previously considered under the rubric of comity, and therefore apply them as a kind of formalized comity test.[110] Other courts either continue to view comity as a general mandate rather than a specific guideline[111] or simply ignore the Section 304 guidelines altogether in favor of a pre-1978 style comity analysis.[112] Even courts that purport to conduct a factor-by-factor analysis often fail to separate the comity guideline from the other considerations, thus blending notions of comity with their analysis of the other factors.[113] In sum, the majority of courts view the question posed by Section

---

106 Canada S. Ry. v. Gebhard, 109 U.S. 527, 539 (1883).

107 Disconto Gesellschaft v. Umbreit, 208 U.S. 570, 578 (1908).

108 *See* Cunard S.S. v. Salen Reefer Servs., 773 F.2d 452, 456 (2d Cir. 1985) ("It is clear that the drafters . . . did not intend to overrule in foreign bankruptcies well-established principles based on considerations of international comity."). The Commentary to the Bankruptcy Reform Act of 1978 seems instead to consider the specific provisions of Section 304 as a means to implement comity, noting that "principles of international comity . . . suggest that the court be permitted to make the appropriate orders under all of the circumstances of each case, rather than being provided with inflexible rules." H.R. REP. NO. 95-595, at 325 (1978), *reprinted in* 1978 U.S.C.C.A.N. 5963, 6281.

109 *See* Krause et al., *supra* note 34, at 2609–10.

110 *See, e.g., In re* Culmer, 25 B.R. 621, 629 (Bankr. S.D.N.Y. 1982) (noting that comity is to be granted "as long as the laws and public policy of the forum state are not violated," and then stating that "[t]his Court will look to the other relevant factors enumerated in Section 304(c) to determine whether [application of foreign law] would be wicked, immoral, or violate American law and public policy"). See Morales & Deutcsh, *supra* note 101, at 1593, for a critical review of this decision.

111 *See, e.g.,* Victrix S.S. Co. v. Salen Dry Cargo A.B., 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987) ("Under general principles of comity as well as the specific provisions of section 304, federal courts will recognize foreign bankruptcy proceedings provided the foreign laws comport with due process and fairly treat claims of local creditors.").

112 *See, e.g.,* Triton Container Int'l, Ltd. v. Cinave, S.A., 1997 U.S. Dist. LEXIS 16075.

113 One court, in comparing the distribution schemes pursuant to the Section 304(c)(4) guideline, noted that "deference to foreign proceedings is warranted under principles of comity when they . . . provide . . . a sure scheme for differentiation between secured and unsecured creditors." *In re* Hourani, 180 B.R. 58, 69 (Bankr. S.D.N.Y. 1995). See also Allstate Life Insurance v. Linter Group, Ltd., 994 F.2d 996, 999 (2d Cir. 1993), in which the court folded into its comity analysis a consideration of such factors as whether creditors of the same class were treated equally,

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 43 2000

304(c) to be simply whether or not comity should be granted to a foreign bankruptcy proceeding.[114]

b. Evolution of Comity into a Choice-of-Law Rule

As described in Part II.B above, a domestic court in a typical international bankruptcy case must resolve a contest between a foreign bankruptcy representative and a local claimant for assets of the debtor located in the United States. In such a situation, U.S. law will be applicable,[115] and the local creditor will seek to apply it in exercising its rights against assets located in the United States. Assuming, as is generally the case, that foreign bankruptcy law purports to reach all assets of the debtor, foreign bankruptcy law will also be applicable. Thus, the foreign representative will seek to apply that law in administering the bankruptcy estate that includes those assets.[116] Faced with this conflict—and lacking actual choice-of-law rules—the majority of courts use comity as a rule of decision. They hold that comity dictates deferral to a pending foreign proceeding (in which foreign law will be applied) unless there is some pressing reason to apply U.S. law instead.[117] It is in this application that the expanded role of comity manifests itself. Comity serves not as a justification for accepting the law chosen by a conflicts rule, but as a conflicts rule in itself.

This use of comity reveals the multilateralist orientation of the U.S. approach to international bankruptcies. Although that approach deviates from traditional multilateralism in using comity as a choice principle rather than as a basis for accepting the result of application of a choice rule, it is fundamentally multilateralist in that it seeks to assign the dispute to the proper jurisdiction. In reading comity as a mandate to defer absent special circumstances, courts assume that comity establishes a presumption in favor of the foreign bankruptcy proceeding. This, in turn, reveals the fundamental assumption that although domestic law might apply to issues connected with the insolvency of a foreign debtor, that insolvency might be more closely linked to another jurisdiction than it is to the United States. In other words, it reflects the multilateralist understanding that another jurisdiction might be the more appropriate seat of the legal relationships constitutive of the bankruptcy case.

Interestingly, although it ultimately permits a territorialist response, the Reform Act refines the multilateralist assumption revealed in such cases. Un-

---

whether creditors had the right to appeal denial of claims, and whether creditors' meetings were provided for.

114 *See, e.g.*, Remington Rand Corp. v. Business Systems Inc., 830 F.2d 1260, 1271 (3d Cir. 1987) ("[S]ection 304 . . . expresses Congressional recognition of an American policy favoring comity for foreign bankruptcy proceedings.").

115 This is because the property is located in the United States and a U.S. creditor is involved.

116 *See* BRAINERD CURRIE, SELECTED ESSAYS ON THE CONFLICT OF LAWS 119 (1963). In Currie's terminology, this is a "true conflict."

117 See *supra* Part II.B.1 for a discussion of the connection between choice of forum and choice of law. *See also* Given & Vilaplana, *supra* note 31, at 339 (stating that Section 304 "require[s] recognition of the foreign law absent a demonstration to the contrary").

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 44 2000

like the current provisions regulating international bankruptcies,[118] the Reform Act explicitly differentiates between a "foreign main proceeding" and a "foreign non-main proceeding." It defines the former as "a foreign proceeding taking place in the country where the debtor has the center of its main interests."[119] While a U.S. court may provide certain relief upon recognition of either type of proceeding,[120] the relief that follows recognition of a foreign main proceeding—including the imposition of the automatic stay provided in Bankruptcy Code Section 362—is automatic.[121] This disparity in treatment reflects the Reform Act's underlying presumption that bankruptcy proceedings initiated in the debtor's home jurisdiction are entitled to a greater degree of deference than proceedings initiated elsewhere. In explicitly acknowledging, rather than merely assuming, that there is only one most appropriate forum in which to adjudicate issues surrounding the bankruptcy of a foreign debtor, the Reform Act thereby addresses one of the major gaps in the comity-based multilateralism that has developed under Section 304.[122] Its deference to foreign main proceedings sketches the outlines of a true jurisdiction-selecting rule based on a notion of the "proper seat" of the insolvency proceeding.[123]

2. Use of Escape Clauses

As discussed above, multilateral analysis is generally conducted through the application of fairly strict jurisdiction-selecting rules. Occasionally, the relevant rule will lead to the selection of a law whose application is simply un-

---

[118] Under the Bankruptcy Code, "foreign proceeding" includes proceedings initiated in the country in which the debtor's domicile, residence, principal place of business, or principal assets are located. *See* 11 U.S.C. § 101(23) (1994). Because Section 304 does not reserve relief for specific categories of proceedings falling within that definition, the representative of any such proceeding—whether a "full" proceeding opened in the home jurisdiction of the debtor or some sort of secondary or ancillary proceeding opened, for instance, in the home jurisdiction of a creditor—is entitled to the same treatment in a U.S. court. *See* 11 U.S.C. § 304 (1994).

[119] Reform Act, *supra* note 53, § 1502(4). Section 1516(c) establishes the presumption that the state of the debtor's incorporation is the center of its main interests. *See id.* § 1516(c). These definitions were also adopted in the European Union Convention on Insolvency Proceedings of 1995, which has been ratified by all members of the European Union other than Great Britain. Article 3 of that Convention provides that the "principal case" may be opened by "courts of the Contracting State within the territory in which the centre of a debtor's main interests is situated." *See* Schollmeyer, *supra* note 1, at 425.

[120] *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1521.

[121] *See id.* § 1520(a)(1).

[122] *C.f.* Trautman, *supra* note 45, at 55. The Reform Act also creates a disincentive to the initiation of multiple proceedings regarding the same debtor, since most of those (all that are opened in jurisdictions other than that in which the debtor has its center of main interests) will be entitled only to the reduced relief afforded to "non-main" proceedings. *See* Gaa & Garzon, *supra* note 53, at 276.

[123] Again, additional provisions of the Reform Act permit a territorial result despite this universalist inclination. Section 1520(c) goes on to provide that local bankruptcy proceedings can be initiated against a foreign debtor even following the recognition of a foreign main proceeding. While this arrangement does operate as a concession to territoriality, though, it does not undermine the impact of the initial recognition. *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1520(c).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 45 2000

fair in the particular case. Faced with an unfair result, a court will search for ways to deviate from the chosen law and apply local law in its place. Traditional multilateral analysis employs the public policy exception to accomplish this task.[124]

Public policy takes many forms. In Savigny's formulation, foreign law cannot be applied to derogate "strictly positive, imperative laws" of the forum country.[125] Likewise, Story maintained that foreign law would not be applied when "repugnant to [the] policy" of the forum state.[126] The Restatement of the Law (Second) of Conflict of Laws refers to the "strong public policy of the forum."[127] However defined, public policy appears in all incarnations of multilateral rules, in recognition of the need to protect certain interests of the forum state.[128] In a sense, public policy is merely the flip side of comity: Where comity is viewed as a reason to accept a choice leading to the application of the laws of another nation, public policy is viewed as a reason to refuse that choice, preferring instead to apply the laws of one's own.

As these formulations of the public policy exception indicate, it is at this stage that a level of substantive review is introduced into the conflicts process. Once the court locates the "proper seat" for a legal relationship, it will examine the law of that jurisdiction for potential policy implications. If application of the law chosen by the conflicts rule would violate the public policy of the state deferring to it, the court can opt out of that application.[129]

For good and for ill, a multilateralist escape mechanism has become an important part of U.S. international bankruptcy jurisprudence. Although public policy is not mentioned by name in Section 304, it has been imported into Section 304 analysis as a corollary of the comity guideline and has assumed a level of importance in decisionmaking parallel to that of comity. Just as courts that choose to defer to foreign proceedings often cite comity alone as the reason for their decisions,[130] courts that choose not to defer to these proceedings

---

124 Note that in other jurisdictions the view of these exceptions might be slightly different. In civil code countries, for instance, a somewhat more mechanistic approach is favored. Even there, however, the concept of *ordre public* serves a similar function. *See* Paul, *supra* note 96, at 30–35.

125 SAVIGNY, *supra* note 82, at 77.

126 STORY, *supra* note 94, at 37.

127 RESTATEMENT OF THE LAW (SECOND) OF CONFLICT OF LAWS § 90 (1971) [hereinafter RESTATEMENT (SECOND)].

128 Consequently, comity has not traditionally functioned as a choice-of-law rule. It provides courts with a reason either for applying foreign law or for denying such an application in favor of local law, but it contains no mechanism that aids courts in making the decision.

129 It bears repeating, though, that it is only at this stage that the substance of the chosen law is reviewed; the first step remains a pure jurisdictional analysis. *See* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 79–80 (noting that with few exceptions, scholars have viewed public policy as an exception to the choice-of-law rule rather than as part of the choice-of-law process itself).

130 *See supra* text accompanying notes 109–114.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 46 2000

often cite public policy interests alone.[131] That is, they justify their refusal to defer by pointing to a violation of public policy rather than by referring to an analysis of the Section 304(c) factors.[132] The public policy escape device—a hallmark of multilateral analysis—has thus become an important element of the U.S. approach to resolving cross-border bankruptcies. The importance of the escape valve is underscored by its explicit adoption in the Reform Act.[133]

Courts in the United States in this way employ a multilateralist approach in resolving international insolvencies. They acknowledge the applicability of local law, but through the comity analysis apply a jurisdiction-selecting rule that recognizes the superior claim of a foreign forum. If the content of the bankruptcy law that will be applied by that forum is such that its application seems unjust in the particular case, then domestic courts will search for an exception that permits them to apply local law instead.[134]

IV. THE SUITABILITY OF MULTILATERALISM

Although Congress and the courts may not have consciously structured the U.S. approach to cross-border bankruptcies as a multilateralist system, multilateralist principles are embedded in Section 304 jurisprudence. But is multilateralism the best choice-of-law methodology to apply to international insolvency? This is an important question to ask especially now, when legislative and judicial developments suggest the beginnings of a shift in the orientation of our international insolvency approach.[135] The answer depends in turn on two inquiries: (1) whether the advantages of multilateralism are consonant

---

131 *See, e.g.,* Remington Rand Corp. v. Business Sys. Inc., 830 F.2d 1260, 1267 (3d Cir. 1987) ("Comity should be withheld only when its acceptance would be prejudicial to the interest of the nation called upon to give it effect."); Philadelphia Gear Corp. v. Philadelphia Gear de Mexico, 44 F.3d 187, 191 (3d Cir. 1994) ("[A] court may, within its discretion, deny comity to a foreign judicial act if it finds that the extension of comity 'would be contrary or prejudicial to the interest of the' United States."). Interestingly, courts never adopt the opposite assumption, saying that comity will only be granted if international convenience so requires.

132 This is the case even when one of the specific Section 304(c) guidelines relates directly to the particular concern. In *Interpool v. M/V Venture Star,* 102 B.R. 373, 380 (Bankr. D.N.J. 1988), for instance, the court noted that the foreign bankruptcy law did not recognize the doctrine of equitable subordination or provide adequate procedural protections. Rather than resting its decision not to defer on Section 304(c)(4), however, it went on to conclude that applying foreign law would therefore violate "[b]oth the laws and the public policy of the United States." *Id.* Other cases have involved local policies that do seem important enough to outweigh international interests. In *Overseas Inns v. United States*, the "inexpugnable public policy that favors payment of lawfully owed federal income taxes" was served by a refusal to defer to foreign law. Overseas Inns v. United States, 911 F.2d 1146, 1149 (5th Cir. 1990). In another case, the court refused to defer to certain debt negotiations in order to protect "the strong interest [of the United States] in ensuring the enforceability of valid debts under the principles of contract law." Pravin Banker Assocs. v. Banco Popular del Peru, 895 F. Supp. 660, 665 (S.D.N.Y. 1995) (internal citation omitted).

133 *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1506 ("Nothing in this chapter prevents the court from refusing to take an action governed by this chapter if the action would be manifestly contrary to the public policy of the United States.").

134 *See infra* Part V.B.2 where I make the argument that the one (improper) exception to this analytical approach is the preemptive use of Section 304(c)(4).

135 See *supra* Part II.B.2 for a discussion of these developments.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 47 2000

with the goals of international bankruptcy reform; and (2) whether the particular weaknesses of multilateralism are especially pronounced as that method is applied to bankruptcy choice of law.

One of the primary justifications for adopting a multilateralist system—a system that contemplates application of foreign law in situations in which forum law might also be applied—is that the approach yields uniformity of result and predictability of outcome.[136] In other words, any court considering which law to apply to a particular case should reach the same result, and that result should be predictable. These advantages are particularly relevant to the resolution of international bankruptcy proceedings. If domestic creditors know that a local action (whether a local bankruptcy proceeding or an action to attach a debtor's assets) will be subordinated to the bankruptcy proceeding initiated in the debtor's home jurisdiction, they will be less likely to initiate such actions, thereby increasing the likelihood that the estate will remain intact.[137] In addition, if creditors are aware in advance of the jurisdiction to which any future bankruptcy proceeding concerning the debtor will be assigned, they will be able to enter into their financing arrangements with an appreciation of the likely results of debtor insolvency. Thus, the goals of multilateralism overlap well with the goals of international bankruptcy resolution.

The rest of this Part turns to the second aspect of our inquiry, examining the weaknesses of multilateralism and analyzing whether they are particularly pronounced when multilateralism is applied to international bankruptcy problems.

A. The Sacrifice of State Interests in Pursuit of Uniformity

In order to obtain the advantages offered by predictable multilateral rules, a court must necessarily decide not to apply the law that would further the interests of the state in which it is located—that is, forum law. One of the major criticisms of the multilateral approach takes exception to this orientation, arguing instead that important state interests should never be sacrificed in the pursuit of uniformity.[138] This argument contends that an existing and relevant state policy should simply be effectuated rather than weighed against the international policy of uniformity.[139] In the area of international bankruptcy, however, certain aspects of the state interests involved detract from this criticism.

---

136 See *supra* Part III.A for a description of multilateralism.

137 Preventing dismemberment of the estate is, of course, one of the goals of Section 304 and the case law thereunder. Many courts have recognized the need to prevent a race to the (local) courthouse by local creditors seeking an advantage over their foreign counterparts who have been subjected to a stay. *See, e.g., In re* Rukavina, 227 B.R. 234, 242 (Bankr. S.D.N.Y. 1998); Victrix S.S. v. Salen Dry Cargo, 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987).

138 *See* CURRIE, *supra* note 116, at 181–83.

139 *Id.*

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 48 2000

1. The Weight of the State Interest Involved

The contention that multilateralism inappropriately diminishes the importance of state interests has particular currency in the area of extraterritorial regulation. Certain commentators discussing extraterritoriality, particularly in the context of antitrust law and securities regulation, argue that the multilateralist approach is ill suited to disputes arising in those regulatory areas.[140] They suggest that in the regulatory context, the interest of the state "is of a different order than the 'interest,' meaning the social policy, underlying the rules of torts and contracts."[141] They perceive the state as more directly invested in the outcome of the case, regardless of whether it is actually a party to the dispute, noting that private plaintiffs act not only on their own behalf but as private attorneys general vindicating the interests of the state.[142] This argument suggests that the existence of a regulatory interest should trigger a unilateral approach.[143] Once a regulatory interest of the forum state has been identified, possible claims to adjudication of the dispute by foreign countries should not be considered.[144] On this view, then, the state interest trumps the competing goals of comity and international efficiency served by multilateral analysis.

This argument does not apply directly to the field of international bankruptcy. State interests are properly viewed as stronger in regulatory cases because those cases involve and sometimes determine the rights of the respective governments themselves.[145] International insolvency proceedings, however, do not generally implicate the rights of the United States as a sovereign entity.[146] Rather, they determine the rights of individual debtors and creditors.[147] The rules implemented by the Bankruptcy Code establish a framework for the determination of private rights, but do not establish the rights of the sovereign

---

140 *See, e.g.*, Dodge, *supra* note 80.

141 Russell J. Weintraub, *The Extraterritorial Application of Antitrust and Securities Laws: An Inquiry into the Utility of a "Choice-of-Law" Approach*, 70 TEX. L. REV. 1799, 1818 (1992).

142 A.D. NEALE & M.L. STEPHENS, INTERNATIONAL BUSINESS AND NATIONAL JURISDICTION 10 (1988) (placing antitrust law, on this basis, in the category of "penal jurisdiction"). *See also* Harold G. Maier, *Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: An Intersection Between Public and Private International Law*, 76 AM. J. INT'L L. 280, 289 (1982).

143 See text accompanying *supra* notes 78–80 for a discussion of unilateralism and the applicability of forum law.

144 *See* Dodge, *supra* note 80, at 151.

145 *See* Maier, *supra* note 142, at 289 ("[T]ransnational regulatory cases always decide the correlative rights of governments.").

146 There are, of course, exceptional cases in which the United States is a party to the bankruptcy proceeding or related litigation. *See, e.g.*, Overseas Inns v. United States, 685 F. Supp. 968, 975 (N.D. Tex. 1988) (declining to recognize a foreign bankruptcy decree that adversely affected the tax claims of the U.S. government).

147 *See* Maier, *supra* note 142, at 289 ("[In nonregulatory] cases the issue is which of two or more conflicting governmental policies shall be applied to private persons, none of whom functionally serves as a government surrogate.").

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 49 2000

as such.[148] Multilateralist methodology is therefore better suited to the area of international insolvency proceedings than it may be in the context of antitrust and securities regulation.

Although this regulatory argument does not apply directly in the case of bankruptcy, however, it raises the larger question of whether the public law aspects of bankruptcy necessitate unilateral analysis.[149] As a system with foundations in both private rights and public law, bankruptcy has historically been considered more than simply a means to resolve private relationships.[150] In decisions regarding international bankruptcies in particular, U.S. courts have remarked on the public character of bankruptcy. Those courts that have considered the relationship between the policy of enforcing contractual provisions and the policies served by our bankruptcy system, for example, have generally concluded that the public aspect of bankruptcy proceedings limits the freedom to choose law in contract.[151] Others have referred in more general terms to the "public" nature of the bankruptcy proceeding.[152] In the recent litigation involving the bankruptcy of Maxwell Communication Corporation, the court turned not to the Restatement (Second) of Conflicts but to the Restatement

---

[148] [T]he body of case law developed in regulatory areas, particularly regarding antitrust law, is inapposite to international insolvency analysis. Laws regulating conduct enforced by government agencies are the expression of sovereign policies. Conflicts among such bodies of regulatory law are governed by Section 403 of the Restatement of Foreign Relations .... The private disputes that characterize most insolvency cases do not revolve around compliance legislation, and conflicts of law in this area are governed by private international law.

6A Norton on Bankruptcy 152:14.

[149] The argument for unilateralism in the regulatory arena is based on the public nature of the state interest involved. If public interests are implicated even in a nonregulatory area, then the argument favoring unilateralism might be extended to that field.

[150] In the landmark case addressing whether Article III of the U.S. Constitution bars Congress from establishing legislative courts to resolve bankruptcy issues, the Supreme Court considered the distinction between private rights and public rights in bankruptcy. The Court suggested that many rights to be adjudicated by bankruptcy judges were private rights, noting that "a matter of public rights must at a minimum arise 'between the government and others'" and that "the liability of one individual to another under the law as defined' is a matter of private rights." Northern Pipeline Constr. Co. v. Marathon Pipe Line Co., 458 U.S. 50, 69–70 (1982). The Court recognized, however, the possibility that the general "restructuring of debtor-creditor relations" might be a public right. *Id.* at 71. In a later case, the Court retreated somewhat from this suggestion, citing criticism of the notion that public rights might be implicated. *See* Granfinanciera, S.A. v. Nordberg, 492 U.S. 33, 56 (1989).

[151] For example, in *Cunard* the public policy behind an efficient distribution of assets worldwide is seen to outweigh the policy of freedom of contract. *See* Cunard S.S. v. Salen Reefer Servs., 773 F.2d 452, 459 (2d Cir. 1985). In another case, the court found that comity outweighed the choice of venue clause contained in a contract between the plaintiff and the debtor. *See* Kenner Prods. Co. v. Societe Fonciere, 532 F. Supp. 478, 479–480 (S.D.N.Y. 1982) ("While such clauses are prima facie valid, they are not enforceable if such enforcement would be 'unreasonable.' Public policy [here, the policy of deferring to foreign bankruptcy proceedings] is a key factor in making a determination of 'reasonableness.'") (citations omitted). *But see* Rasmussen, *supra* note 4, at 29 (proposing that choice of insolvency law itself should be subject to contractual agreement).

[152] *See, e.g.*, Victrix S.S. Co., S.A. v. Salen Dry Cargo A.B., 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987) ("[D]ifferent concerns bear on a case such as this one, which takes on a public character by virtue of [the debtor's] insolvency and the institution of the Swedish bankruptcy proceeding."); *In re* Rukavina, 227 B.R. 234, 243 (Bankr. S.D.N.Y. 1998).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 50 2000

(Third) of Foreign Relations Law, revealing an assumption that the international bankruptcy implicated public law rather than private law issues.[153]

Despite this public law character, however, it remains the resolution of private rights that is at stake in a bankruptcy proceeding. The involvement of the United States as sovereign is simply not equivalent to its involvement in regulatory areas such as antitrust and securities regulation.[154] Therefore, the arguments in favor of unilateralism developed in those fields should not be imported into the international insolvency context.

2. In Bankruptcy, Multilateralism Vindicates a State Interest

The argument that multilateralism improperly sacrifices U.S. interests implicitly assumes that the choice of law is an either/or sort of choice: Either the interests of the United States will be vindicated, or the interests of a foreign jurisdiction will be vindicated. The policies reflected in the Bankruptcy Code's priority and distribution rules,[155] however, are not the only U.S. policies implicated in the choice of bankruptcy law. In enacting Section 304, the legislature specifically noted the separate, "international" policy of deferring to foreign bankruptcy proceedings as often as possible. Similarly, Section 1501 of the Reform Act emphasizes the international policy of cooperating with foreign courts and facilitating the fair and efficient administration of cross-border bankruptcies.[156] In other words, by deferring to a foreign proceeding, we serve a general U.S. policy while subordinating a different, "local" policy.[157] For that reason, any suggestion that a multilateral rule choosing foreign law amounts to a decision not to effectuate applicable U.S. policies is misplaced.[158]

---

153 *In re* Maxwell Communication Corp., 93 F.3d 1036, 1047 (2d Cir. 1996). *C.f.* Norton, *supra* note 148.

154 *See* Timothy E. Powers, *The Model International Insolvency Cooperation Act: A Twenty-First Century Proposal for International Insolvency Co-Operation*, *in* CURRENT DEVELOPMENTS, *supra* note 10, at 689 ("Insolvency is perceived in most societies as substantially a private law matter, not one that requires governmental intervention beyond providing local proceedings to settle the affairs of a local debtor or creditor.").

155 For instance, the policy of granting priority to fishermen. *See* 11 U.S.C. §507(a) (1994).

156 *See* Reform Act, *supra* note 53, §1501(a).

157 Some courts have recognized these two levels of policy, and have spoken of deferral as a realization of the international interest. *See, e.g.*, Victrix S.S. Co. v. Salen Dry Cargo, 825 F.2d 709, 714 (2d Cir. 1987) (referring to "the public policy of ensuring equitable and orderly distribution of local assets of a foreign bankrupt"). *See also* Jay Lawrence Westbrook, *Extraterritoriality, Conflict of Laws, and the Regulation of Transnational Business*, 25 TEX. INT'L L. J. 71, 77 n. 20 (1990) (noting the importance of "viewing international values as an aspect of local self-interest").

158 Interestingly, mechanisms used to resolve purely domestic bankruptcies suggest that the "local" policies that are described in cross-border cases as nearly sacrosanct may in fact be of a lesser order. In the course of a purely domestic reorganization proceeding, for instance, the interests of secured creditors can be impaired. The freedom to contract that the Bankruptcy Code protects by preserving the rights of secured creditors in bankruptcy is not complete: The terms of such contracts may be changed, through the cramdown process, equitable subordination, or otherwise. That is, those interests are susceptible of being weighed against another domestic interest, the facilitation of reorganizations. If that is true, it is difficult to construct an argument under which they

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 51 2000

3. Convergence of Domestic Interest with Parallel International Interest

The overarching policies served by our domestic bankruptcy rules—securing equality of distribution to similarly situated creditors and affording the debtor an opportunity for a fresh start[159]—are exactly the same as the policies that are served by a universalist approach, merely transposed to the international arena.[160] This parallelism undermines the argument that the pursuit of uniformity and predictability necessitates sacrificing even the one state interest ("local" bankruptcy policy) that is not served by deferring to a foreign proceeding. If adhering to multilateral choice-of-law rules that lead to the application of foreign bankruptcy law facilitates equality of distribution to all creditors, then an important domestic policy has been effectuated.[161]

The equation is of course not exactly the same. In a purely domestic proceeding, *all* creditors to be benefited by equal distribution are local creditors, whereas equality of distribution on the international scale may disadvantage certain local creditors in the course of benefiting the total pool. The question, then, is whether the fairness considerations that drive our commitment to equality of treatment are applicable only on the domestic front, or whether they should be extended to all creditors of the debtor. In a world of transnational financing and commercial activity, it would seem difficult to argue in favor of geographical discrimination.[162] The basic concept of a domestic bankruptcy proceeding—that the rights of some individual creditors may be impaired in pursuit of the best resolution for all parties involved—would be adhered to on

---

cannot be weighed against the "international" policy of deferring to foreign proceedings. As the policy of reorganization can be effectuated over the policy of protecting secured creditors, so too can the policy reflected in Section 304.

159 *See* Given & Vilaplana, *supra* note 31, at 332 (characterizing these policies as the "twin foundations" of U.S. bankruptcy law). As discussed above, a universality approach is necessary both to secure equality of treatment of all creditors and to enable the reorganization of a corporate debtor, two of the underlying policies behind the Bankruptcy Code. This should not be confused with a different point, which is whether the law of a foreign jurisdiction that does not permit reorganization is consistent with U.S. public policy. This only means to state that, in general, a universal approach is necessary for reorganization to be a viable possibility.

160 *See Theory and Pragmatism, supra* note 2, at 466 ("[E]quality of distribution is a central principle of default management in every country . . . ."). In Germany, this transposition of a domestic policy to the international arena has been made explicit. One commentator notes that "[t]he principle of crossborder equality of distribution is . . . part of the German public policy." Schollmeyer, *supra* note 1, at 428.

161 *See In re* Davis, 191 B.R. 577, 585 (Bankr. S.D.N.Y. 1996) ("[W]e will facilitate . . . an equitable distribution of assets to all creditors. That . . . is consistent with the underlying policy of equality of distribution of assets to similarly situated creditors, which is promoted in the Bankruptcy Code."). This principle is of course limited by the public policy exception discussed *infra* Part IV.B. If the foreign bankruptcy proceeding did not in fact serve this overarching goal of equality of distribution, it would not be recognized.

162 Professor Westbrook has also made what he calls the "Rough Wash" argument, noting that domestic creditors who are disadvantaged by application of foreign law in a particular case may gain in the next bankruptcy, when U.S. law is applied to all creditors. *Theory and Pragmatism, supra* note 2, at 465. Local creditors would in any event be protected against outright discrimination in the foreign proceeding. *See* discussion *infra* Part V.B.1.a.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 52 2000

an international scale in a multilateralist approach to international insolvencies.[163]

B. The Unpredictability Fostered by Multilateral Rules

The second major argument leveled against multilateralism contends that the theory has proved unable to achieve its own goal of decisional uniformity.[164] Critics point to the escape device—considered by multilateralists to be a necessary tool permitting courts to apply local laws to avoid an unjust result under application of the chosen law—as evidence that the multilateral system fosters uncertainty and unpredictability.[165] These critics maintain that it is impossible to contain the application of such an exception, and that, more often than not, it is invoked simply as a means to further the interests of the forum.[166] In causing that result, the argument continues, the goals of uniformity and predictability that are so central to the multilateralist mission are undermined.[167]

If we accept multilateralism as an appropriate theoretical framework for the resolution of international bankruptcies,[168] we must accept the existence of the public policy exception.[169] The question critics might raise is whether, in

---

[163] In *Drexel Burnham Lambert Group v. Galadari*, No. 84 CIV. 2602, 1987 U.S. Dist. LEXIS 5030, at *1 (S.D.N.Y. 1987), the court approved such a result. After noting that the "central theme of bankruptcy proceedings in the United States is 'equality of distribution,'" it concluded that "[e]ven if provisions of [the foreign bankruptcy law] did modify the rights of some creditors . . . the adoption of provisions having such an effect would be entirely consistent with legislative and constitutional principles in the United States." *Id.* at 50, 53. It is also, of course, consistent with our approach to the outward effects of domestic bankruptcies. Under Sections 502 and 507 of the Bankruptcy Code, the equal distribution contemplated in the Code is extended to all creditors, wherever located. *See* discussion *supra* Part II.A.1.

[164] *See* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 73–74.

[165] Ernest Lorenzen wrote that the presence of the public policy exception to comity "ought to have been a warning that there was something the matter with the reasoning upon which the rules to which it is the exception were supposed to be based." ERNEST G. LORENZEN, SELECTED ARTICLES ON THE CONFLICT OF LAWS 13–14 (1947).

[166] On this view, the exception is not a tool used to avoid a truly unjust outcome, but an excuse that courts can resort to in choosing forum law over the foreign law selected through application of the mechanical choice-of-law rules. *See* Cavers, *supra* note 84, at 183.

[167] This function of public policy as a reason not to abide by a multilateralist rule is one of the primary bases on which unilateralists and other conflicts theorists attack multilateralism. In discussing the escape devices that are part of multilateralist methodologies, Currie noted that "[t]he tensions that are induced by imposing such [devices] on a setting of conflict introduce a very serious element of uncertainty and unpredictability, even if there is fairly general agreement on the rules themselves." CURRIE, *supra* note 116, at 181. Other critics of multilateralism have voiced similar concerns regarding the existence of such fundamentally unregulatable exception clauses. *See* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 79–80.

[168] I argue at the beginning of this Part that it is an appropriate theoretical approach, given the primarily private-right aspect of bankruptcy and the particular goals of international bankruptcy law.

[169] In some sense, criticisms of the exception simply reveal the underlying difference in philosophy between unilateralists and multilateralists. As one commentator has pointed out, the multilateralist method cannot guarantee complete uniformity, but in aiming for uniformity is more likely to achieve it than the forum-preference approach. *See* REIMANN, *supra* note 76, at 108.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 53 2000

the field of international bankruptcy in particular, the operation of the escape clause is particularly difficult to constrain. The greatest difficulties inherent in a multilateral approach to international bankruptcy arise here. First, bankruptcy questions are difficult to classify and therefore create a danger of unpredictable results stemming from the characterization analysis. Second, bankruptcy provisions inevitably involve policy issues and therefore invite overuse of the public policy exception. The following Subparts discuss these potential weaknesses of a multilateral approach to international bankruptcy.

1. Characterization

Many of the obstacles preventing the use of traditional choice-of-law principles to resolve cross-border insolvencies are traceable to the peculiar character of bankruptcy law in general. Because bankruptcy law reorders rights previously created under and subject to nonbankruptcy law, it implicates diverse other legal systems including property law, contract law, and commercial law.[170] In addressing bankruptcy law, early multilateralists grappled with this problem. Savigny, for example, believed that the priority of creditors should generally be determined in accordance with the law of the bankruptcy forum. Acknowledging the "mixed nature" of secured claims, however, he suggested that the law used to determine the priority of secured creditors be that of the location of the collateral.[171] Story maintained that the law of the bankruptcy forum should be applied to the disposition of personal property. With respect to claims secured by real property, however, he argued that the *in rem* nature of the security dictated application of local law to the rights of the creditor.[172]

Conflicts theories trade on a number of fixed oppositions (procedure versus substance, for example, or rights *in personam* versus rights *in rem*), and conflicts rules are most effective when applied to a dispute that can be neatly characterized.[173] The impossibility both of placing bankruptcy proceedings

---

[170] *See* DALHUISEN, *supra* note 12, at § 2.01[4], 3-125 ("[B]ankruptcy is both a procedural and substantive law device, touching in turn on many other parts of the law [such as] personal law, company law, property law, the law of securities, contract law, and sometimes even criminal and public law . . . .") Bankruptcy has also been described as a "meta-law" that modifies other branches of national legal systems. *See* Balz, *supra* note 1, at 486 (describing the "hybrid character of bankruptcy law as both procedural and substantive").

[171] *See* SAVIGNY, *supra* note 82, at 260–261.

[172] *See* STORY, *supra* note 94, at 340. Others have noted that certain aspects of the bankruptcy proceeding are in fact *quasi in rem*. *See* DALHUISEN, *supra* note 12, at § 3-102-3.

[173] This raises the improper use of characterization as a means of avoiding the choice-of-law result under a multilateralist rule. The choice of a foreign law is the choice of substantive law. If a particular issue can be characterized as procedural, however, the forum court might be able to avoid the choice-of-law result in favor of local law. This distinction is reflected in the Model International Insolvency Cooperation Act, which advocates that in ancillary proceedings the court apply its own procedural law, while deferring to the substantive insolvency law of the (foreign) jurisdiction in which the primary proceeding is being conducted. *See* Todd Kraft & Allison Aranson, *Transnational Bankruptcies: Section 304 and Beyond*, 1993 COLUM. BUS. L. REV. 329, 351–56 (1993).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 54 2000

squarely within either the procedural or the substantive category, and of disentangling "pure" bankruptcy issues from those involving other areas of law, arguably renders traditional choice-of-law paradigms unsuitable for bankruptcy analysis.[174] That is, none of the traditional schemes of classification that have worked to fit other legal problems into a conflicts framework can be successfully imposed on international insolvencies.

2. Public Policy Exception

As discussed above, bankruptcy law occupies a space between the realms of public rights and private ones. That is, although our bankruptcy rules establish the rights of individual creditors, they also reflect public policy choices. Therefore, in examining the application of the public policy exception, the question arises whether it is possible to separate impairments of creditors' interests that do not violate the public policy of the United States from impairments that do. How might we identify those rights—though at base merely the private rights of an individual—that represent policies of a more public orientation, and that therefore merit a level of protection exceeding that afforded to other rights?

Multilateralists have long concerned themselves with the delimitation of public policy, attempting to develop systematic classifications of policy interests.[175] These attempts to circumscribe the category of policies that would prevent the application of foreign law have failed, of course, to reduce the concept of public policy to a fixed rule. Indeed, no fixed rule is desirable, since the function of the exception is to save the forum from having to apply law that would work an injustice in the particular case.[176] But these efforts recognize that the more predictable the approach, the greater the odds of achieving uniformity of result and therefore the more acceptable a multilateral methodology.

---

174 *See* Westbrook & Trautman, *supra* note 10, at 669.

175 Savigny posited two classes of "true" policies: positive, mandatory laws and legal institutions of a foreign state not recognized in the forum state. *See* SAVIGNY, *supra* note 82, at 77–78. The first class includes policies pertaining primarily to moral issues such as marital laws excluding polygamy; the second includes policies relating to institutions, such as slavery, that will not be accorded recognition in a foreign jurisdiction that does not observe similar practices. *See id.* Other efforts include the attempt to separate *ordre public* into three categories: *ordre public interne, ordre public international,* and *ordre public universel.* For a discussion of this taxonomy, see David Clifford Burger, *Transnational Public Policy as a Factor in Choice of Law Analysis*, 5 N.Y.L. SCH. J. INT'L & COMP. L. 367, 374–387 (1984). Others have argued that the public policy category should be reserved for fundamental social policies, excluding mere legislative policies reflected in statutes. *See* Holly Sprague, *Choice of Law: A Fond Farewell to Comity and Public Policy,* 74 CAL. L. REV. 1447, 1450–51 (1986).

The *Guide to Enactment* notes the separation between "the notion of public policy as it applies to domestic affairs, and the notion of public policy as it is used in matters of international cooperation." It suggests that the public policy exception is to be used more restrictively in the latter context. *See Guide to Enactment, supra* note 53, at 444.

176 *See* text accompanying *supra* notes 88–89.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 55 2000

Creditor ranking and the distribution of assets are excellent cases with which to examine this distinction between rights that implicate public policies and rights that do not. While one overall goal of domestic distribution rules is to secure equality of distribution to all creditors, the rules governing the order of distribution of assets permit departures from that goal based on domestic policy decisions.[177] Under the Bankruptcy Code, for instance, assets are distributed first to secured creditors,[178] then to priority unsecured claimants (including administrators of the bankruptcy estate, employees, grain producers and fishermen, alimony recipients, and governmental entities),[179] then to nonpriority unsecured creditors,[180] and finally to equity claimants.[181] This broad order in which assets are distributed to different classes of claims, and the decisions regarding what sort of claimants are put into each of the classes, reflect a judgment—informed by U.S. policies regarding the underlying claims—of the relative importance of different groups of claimants.[182] The fact that secured creditors take ahead of priority and unsecured claimants, for instance, reveals a desire both to protect contractual arrangements and to foster an efficient financing system.[183] How, then, should one view these underlying policies when faced with a foreign bankruptcy proceeding that does not share the same values?

A foreign bankruptcy system might compare with the U. S. system of distribution in a number of different ways.

1. It might not share the fundamental goals of the U.S. system.[184]

---

177 *See* Jacob S. Ziegel, *Preferences and Priorities in Insolvency Law: Is There a Solution?*, 39 ST. LOUIS U. L.J. 793, 796 (1995); *see also Theory and Pragmatism, supra* note 2, at 466 (noting that "every country honors equality of distribution primarily in the breach").

178 *See* 11 U.S.C. § 725 (1994). Creditors hold secured claims if they have a valid security interest in particular property of the bankruptcy estate. They are entitled to recover the value of their allowed claims up to the value of the collateral. *See* 11 U.S.C. § 506(a) (1994).

179 *See* 11 U.S.C. §§ 726, 507 (1994).

180 *See* 11 U.S.C. § 726 (1994).

181 *See id.* For a discussion of claim classes and order of priority generally, see Selinda A. Melnik, *Creditor Priorities and Preferences Under United States Bankruptcy Law, in* INTERNATIONAL BANKRUPTCIES: DEVELOPING PRACTICAL STRATEGIES, 225, 271–303 (1992).

182 *See* John K. Londot, *Handling Priority Rules Conflicts in International Bankruptcy: Assessing the International Bar Association's Concordat*, 13 BANKR. DEV. J. 163, 168 (1996) ("[C]ountries tend to make the rules of distribution reflect public policy choices."); *see also* Ziegel, *supra* note 177, at 796. The bases on which these judgments as to relative importance are made may vary from case to case, as the decision to accord priority to a certain type of creditor can involve political support as well as independent value judgments. The provision for fishermen, for instance, has been described as "special interest legislation of the most naked kind." DOUGLAS G. BAIRD & THOMAS H. JACKSON, CASES, PROBLEMS, AND MATERIALS ON BANKRUPTCY 1310 (2d ed. 1990).

183 *See* Ziegel, *supra* note 177, at 796.

184 The goal of securing equality of distribution to all creditors is common to virtually all bankruptcy systems. But the other fundamental goal of U.S. bankruptcy law—permitting the debtor a fresh start (in the case of a corporate debtor, reorganization)—is not shared by all systems. *See* Rasmussen, *supra* note 4, at 15 (noting that other countries do not share the U.S. "bias toward reorganization").

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 56 2000

2. It might share the fundamental goals but classify creditor groups differently. For example, a system might not recognize secured creditors as a separate class.

3. It might have the same classes, and rank them in the same order, but include different claimants within each class. A system might grant priority to dairy farmers but not to fishermen, for instance, or might classify as unsecured the holder of a particular type of lien that in the United States would qualify for secured status.[185]

The question, then, is how the treatment of domestic creditors under these different configurations would impact the public policies reflected in the corresponding U.S. rules.

Each country's bankruptcy code creates a mechanism intended to distribute the assets of the debtor in a manner that is fair and consistent with local policy.[186] In this sense, all systems serve the same fundamental role that the U.S. system does. The overarching U.S. policy behind distribution rules (qualified equality of distribution to all creditors) might therefore be served by bankruptcy systems that do not in an individual case adopt the same distribution rules that are embodied in the Bankruptcy Code.[187] If a foreign system has in place provisions intended to achieve those goals, one might argue, we should be unconcerned with the means it chooses to achieve them.[188] Only if the application of a particular foreign law contravenes a public policy of the United States should a court refuse to effectuate the choice of law resulting from the selection of jurisdiction.[189]

---

[185] Under South African bankruptcy law, for example, as under U.S. bankruptcy law, secured claims are paid first, followed by "preferent" (priority) claims. However, the priority class is made up of different claimants: In South Africa, first priority goes to funeral expenses (a category not recognized in the United States), and certain categories of claimants granted priority in the United States (e.g., grain producers) are not recognized. *See* Richard A. Gitlin & Timothy B. DeSieno, *Bankruptcy Laws of South Africa*, 17 N.Y.L. SCH. J. INT'L & COMP. L. 283, 293 (1997).

[186] I do not address here systems that are procedurally flawed or that are arbitrary in their application even with respect to domestic creditors.

[187] See *supra* Part IV.A.3 for a discussion of this convergence of local and international policy goals.

[188] One might consider, by way of analogy, the issue of preventing fraudulent or preferential transfers. Section 304(c)(3) provides that one of the factors to be considered by a domestic court in deciding whether or not to defer to a foreign proceeding is whether the bankruptcy law of the foreign jurisdiction prevents such transfers. 11 U.S.C. § 304(c)(3) (1994). Generally, however, it is sufficient that the foreign law includes provisions intending to accomplish that goal; it is not necessary that the provisions mirror the approach of the Bankruptcy Code. *See, e.g., In re* Gee, 53 B.R. 891, 90–04 (Bankr. S.D.N.Y. 1985) (noting that the British Companies Act provides protections similar to those in the Bankruptcy Code); Ulrich Huber, *Creditor Equality in Transnational Bankruptcies: The United States Position*, 19 VAND. J. TRANSNAT'L L. 741, 753 (1986) ("[T]he prerequisite of subsection (c)(3) is met if the law governing the main proceeding provides for the prevention of fraud and preference, even if those provisions do not reach as far as do their United States counterparts.").

[189] *See, e.g.*, Overseas Inns v. United States, 911 F.2d 1146 (5th Cir. 1990) (stating that the application of foreign law would have implicated the public policy, unrelated to bankruptcy, favoring payment of income taxes).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 57 2000

The difficulty lies in attempting to create a workable system for distinguishing between public policies of the United States and other, "ordinary" policies reflected in the bankruptcy rules. Consider, for example, a bankruptcy proceeding conducted under a system that fell into the second category above, in which the foreign bankruptcy law did not distinguish at all between secured and unsecured creditors. Application of such a law might be viewed as unacceptable because it violates the fundamental domestic policy choice of protecting freedom of contract. Because applying that law would require a local secured creditor to submit its claim for administration in such a system, a U.S. court might therefore legitimately refuse to defer on the basis of public policy.[190] In contrast, the treatment of a U.S. secured creditor under a system falling under the third category would not rise to the level of requiring public policy protection. In that situation, the foreign law does recognize the need to protect secured creditors, but would simply classify the U.S. creditor differently than U.S. bankruptcy laws would.[191] Thus, although the individual creditor would be disadvantaged, application of foreign law would not offend the public policy of the United States. But this distinction seems artificial. Whether classified as unsecured because foreign bankruptcy law does not recognize secured creditors as a separate class, or because that law does not recognize the particular claim in question as secured, the result for the creditor is the same.[192] At any of these levels, then, public policies are arguably implicated. The impossibility of creating a useful taxonomy of interests presents the greatest challenge to a multilateral system.[193]

V. USING MULTILATERALISM IN THE SERVICE OF UNIVERSALITY

Part IV set forth in the language of traditional conflicts methodology the particular challenges that international insolvency presents for multilateral analysis. In that our current regime for resolving cross-border bankruptcies is in fact a multilateral system, these are of course also the challenges that many argue have caused the failure of universality. But recasting these problems as explicit choice-of-law questions permits us to attack them from a new direction. We can sharpen the choice-of-law approach that is currently hidden in

---

[190] *See In re* Hourani, 180 B.R. 58, 69 (Bankr. S.D.N.Y. 1995) ("Deference to foreign proceedings is warranted under principles of comity when they provide, *inter alia*, a sure scheme for differentiation between secured and unsecured creditors, whether or not the terms are uniform with those of the Code .... However, a system that does not clearly distinguish at all is suspect.")

[191] *See In re* Toga, 28 B.R. 165, 168 (Bankr. E.D. Mich. 1983) (refusing to defer to a foreign proceeding in which a local creditor was recognized as holding a secured claim under U.S. law but would be an "ordinary" (unsecured) creditor under foreign law).

[192] In addition, one might query whether a U.S. court faced with such a creditor would be willing to engage in this rather fine analytical line drawing.

[193] Simplification of the judicial task is of course another choice-of-law goal, and complex policy escape clauses detract significantly from the simplicity of analysis.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 58 2000

Section 304 jurisprudence, using overtly multilateralist methodology to attain the shared goals of multilateralism and universality.

A. Use a Stricter Jurisdiction-Selecting Rule

Multilateral analysis yields benefits only when the jurisdiction-selecting rule used for a particular type of dispute is predictable and uniformly applied. To use Savigny's formulation, it must be knowable in advance to which jurisdiction a particular type of legal relationship will be assigned.[194] The rules governing jurisdiction selection need not be completely inflexible. In the area of torts, for instance, the strict rule that the law of the jurisdiction in which the tort occurred (*lex fori delicti*) must apply has, as the Restatement (Second) reflects, given way to the more flexible principle that the law of the jurisdiction that "has the most significant relationship to the occurrence and the parties" should apply.[195] Furthermore, as discussed above, the application of the law so chosen may in certain circumstances be waived if substantive justice would not be served by that application.[196] But the stricter the initial rule of selection and the more predictable its application, the more likely it is that decisional uniformity will be achieved.

In seeking to develop such a rule for application to cross-border bankruptcies, we must first define precisely the legal relationship whose seat we seek to identify. Is it a single, overarching process of resolving the business of the debtor? In that case, assigning it to a single jurisdiction seems to be a sensible solution. It recognizes the collective nature of a bankruptcy proceeding, with its corollary that every action taken to impact the position of one creditor will necessarily impact the positions of others, and searches for an integrated solution.[197] On the other hand, if the bankruptcy process is viewed as the resolution of a disaggregated series of individual debtor-creditor relationships, then each creditor might argue for the application of local law (assigning each individual relationship to the jurisdiction in which that relationship was created). Returning to the example of priorities, for instance, one might argue that the priority of each creditor is determined only in relation to other creditors,[198] and

---

194 *See generally* SAVIGNY, *supra* note 82.

195 *See* RESTATEMENT (SECOND), *supra* note 127, § 145(1).

196 *See supra* text accompanying notes 88–89.

197 An analogy to this framework can be found in the resolution of mass tort disputes. Mass torts present similar pool problems and similar issues of collective action as contrasted with the rights of individual litigants. As in the international insolvency area, judges and commentators considering mass torts have had difficulty formulating coherent choice-of-law approaches. *See generally* Russell J. Weintraub, *Methods for Resolving Conflict-of-Laws Problems in Mass Tort Litigation*, 1989 U. ILL. L. REV. 129 (1989).

198 That is, assigning heightened priority to one creditor necessarily decreases the priority level of others. The rules under which trustees in bankruptcy may avoid certain prebankruptcy transactions operate similarly: The avoidance of any single transaction will affect not only the relationship between the debtor and the creditor whose interest was avoided, but the position of all other creditors as well.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 59 2000

therefore that all questions of priority should be considered within a unified proceeding. On the other hand, because the legal relationship that creates the basis for a priority designation (for example, entering into a contract for a security interest in a piece of land) is an individual matter governed by local law, one might suggest that each priority question should be considered pursuant to the relevant local law.

In the United States, bankruptcy is structured as a collective proceeding.[199] Therefore, it seems justifiable—and certainly consonant with the goal of equality of treatment—to view the entire bankruptcy as a single legal relationship and assign it to a single jurisdiction.

No jurisdiction-selecting rule has been established to date for application in international bankruptcy proceedings initiated in U.S. courts.[200] Instead, the comity doctrine, which has served as the only conflicts rule in this area,[201] has been supplemented by certain assumptions regarding the appropriate jurisdiction in which to conduct a bankruptcy proceeding. Historically, the jurisdiction of incorporation has been considered the most predictable jurisdiction. In other words, U.S. courts have suggested that creditors should expect that the law of the debtor's jurisdiction of incorporation might apply should the debtor enter bankruptcy. The Supreme Court laid the foundations for this analysis in *Gebhard*, an 1883 case in which it held that domestic creditors, in doing business with a Canadian corporation, subjected their contracts with the debtor to the bankruptcy laws of Canada.[202] This approach is reflected in much of the case law in this area, and seems to support the view that the "legal home" of the debtor is considered by U.S. courts to be a reasonable and predictable jurisdiction whose laws may be applied even to the detriment of creditors.[203]

In distinguishing between "main" and "non-main" proceedings,[204] the Reform Act takes one step further toward establishing a jurisdictional rule. By

---

199 This is consistent with the analysis of many courts addressing international bankruptcy cases, who recognize that any action taken on behalf of local creditors will necessarily affect all other creditors with an interest in the proceedings. *See, e.g., In re* Rukavina, 227 B.R. 234, 243 (Bankr. S.D.N.Y. 1998).

200 By contrast, the newly adopted European Union Convention does seek to implement a set of fixed choice of law rules.

201 *See supra* Part III.B.1.b for a discussion of comity's role as a conflicts principle.

202 *See* Canada S. Ry. v. Gebhard, 109 U.S. 527 (1883). The *Gebhard* Court stated the following:

> [E]very person who deals with a foreign corporation impliedly subjects himself to such laws of the foreign government, affecting the powers and obligations of the corporation with which he voluntarily contracts . . . . To all intents and purposes, he submits his contract with the corporation to such a policy of the foreign government . . . .

Id. at 537–38.

203 *See, e.g.*, Cornfeld v. Investors Overseas Servs., 471 F. Supp. 1255, 1261 (S.D.N.Y. 1979) (noting that the local creditor "voluntarily associated himself" with the Canadian debtor corporation). "Legal home" in the sense used in *Gebhard* of course means the jurisdiction of incorporation. As discussed above, commentators have observed that this is not the only conceivable choice.

204 *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1502(4), (5).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 60 2000

reserving the highest recognition—and the substantive relief that accompanies that recognition—for bankruptcy proceedings initiated in the country in which the debtor has its center of main interests,[205] the Reform Act identifies that jurisdiction as the proper seat for the legal relationship that is to be resolved by the bankruptcy. The question remains how strict that rule might become in the service of uniformity. Other provisions of the Reform Act moderate the jurisdiction-selecting effect of Section 1502 substantially. Section 1528 provides that the opening of even a foreign main proceeding does not prevent a local proceeding from being opened in the United States.[206] Section 1529 then establishes the primacy of any such local proceeding over a foreign proceeding,[207] thereby potentially canceling the automatic effects of recognizing the foreign proceeding.[208] These provisions prevent what might be characterized as a jurisdiction preference in the Reform Act from operating as a true jurisdiction-selecting rule, and vitiate the measure of predictability and uniformity that Section 1502 might otherwise have afforded. To realize the full potential of that provision as a multilateralist rule, the Reform Act would have to adopt a more overtly universality-based approach by restricting the effect of local proceedings once a bankruptcy in the jurisdiction of the debtor's center of main interests had been initiated.[209] In other words, the jurisdiction-selecting mechanism introduced by the Reform Act would have to be one that brought real consequences; not an invitation to make an ad-hoc decision to grant or to withhold comity, but an assignment of the legal relationships composing the bankruptcy proceeding to a particular forum.

Obviously, a jurisdiction-selecting rule only works if it leads to the most appropriate jurisdiction. Ideally, such a rule will be predictable, nonmanipulable and fair. A jurisdiction of incorporation test, for instance, is highly predict-

---

205 *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1520. See text accompanying *supra* notes 120–121 for a discussion of the different forms of relief available in "main" and "non-main" proceedings.

206 Reform Act, *supra* note 53, § 1528. The only requirement is that the debtor must have assets located in the United States. There is no restriction at all on the opening of local proceedings *before* the foreign proceeding is recognized. *See* Berends, *supra* note 53, at 383. In contrast to this approach, the European Union Convention provides that local proceedings can be opened only in jurisdictions in which the debtor maintains an establishment. *See* Schollmeyer, *supra* note 1, at 426.

207 In addressing the situation in which the foreign main proceeding has already been recognized, and a local proceeding is opened, Section 1529(2) provides that "any relief in effect under sections 1519 or 1521 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the case in the United States," such relief including, if the foreign proceeding is a main proceeding, the automatic stay. Reform Act, *supra* note 53, § 1529(2)(A). This provision in effect refers the court back to pre-Reform Act analysis: If the sorts of considerations included in the Section 304(c) guidelines suggest that the court should defer to the foreign proceeding, it may do so; otherwise, it may permit the local proceeding to continue.

208 It is in these provisions that the Reform Act reveals itself as primarily a procedural rather than a substantive mechanism. It simplifies the process by which the representative of a foreign bankruptcy proceeding may obtain recognition in and assistance of courts in the United States, but does not prevent those courts from choosing a territorial approach to the resolution of the debtor-creditor relationships themselves.

209 As discussed *supra* Part IV.B, this analysis would still be subject to the implementation of the public policy exception.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 61 2000

able but somewhat manipulable in that a debtor could reincorporate in a new jurisdiction.[210] In addition, it may not be particularly fair, since in the case of offshore registration the location of incorporation may have little connection with the business or interests of the company. In other proposed treaties and conventions dealing with international insolvencies, alternative rules of selection have been put forward. These have included selection of the location in which the preponderance of the debtor's assets are located,[211] the center of the debtor's main interests,[212] and any location with which the debtor has sufficient contacts.[213]

The Reform Act adopts the "center of main interests" test,[214] rather than using place of incorporation, and then creates a rebuttable presumption that the place of incorporation is the center of main interests. By making the presumption rebuttable, this rule sacrifices a measure of predictability in favor of fairness.[215] Nonetheless, the architects of the Model Law incorporated in the Reform Act, as well as most commentators, believe that in most cases the center of a debtor's main interests will be evident.[216] In establishing a single criterion for identifying the main proceeding, this rule will foreclose competing recognition claims by representatives of multiple proceedings and increase the uniformity and predictability of choice of bankruptcy forum.[217]

---

210 Of course, creditors could include in their financing documents a covenant preventing such an action.

211 *See* Kurt H. Nadelmann, *A Reflection on Bankruptcy Jurisdiction: News from the European Common Market, the United States and Canada,* 27 MCGILL L.J. 541, 551 (1982) (discussing the draft bankruptcy convention between the United States and Canada).

212 *See* European Union Convention, art. 3. Article 3 provides further that the location of the debtor's registered office will be presumed to be the center of its main interests. *See* Schollmeyer, *supra* note 1, at 426.

213 *See* Model International Insolvency Cooperation Act (Int'l Bar Ass'n 1989) *reprinted in* John A. Barret & Timothy E. Powers, *Proposal for Consultative Draft of Model Insolvency Co-Operation Act for Adoption by Domestic Legislation With or Without Modification,* 17 INT' BUS. L. 323 (1989). The Official Comment to the Act suggests that jurisdiction should be determined based on "greater contacts with the debtor and its estate." *See* Powers, *supra* note 154, at 696.

214 Reform Act, *supra* note 53, § 1502(4). This language was adopted from the European Union Convention, in which it was chosen partly because "no better definition could be agreed upon." Berends, *supra* note 53, at 330.

215 While this test attempts to achieve fairness while retaining predictability, critics may suggest that it fails with respect to the latter. If the headquarters of a debtor corporation and its registered office are in Country A, but substantially all of its assets and operations are in Country B, is the presumption in favor of Country A overcome? Would the outcome be different if the corporation's assets and operations were evenly distributed between Countries B and C? See MARTIN N. FLICS & MICHAEL J. IRELAND, BANKRUPTCY AND THE PROBLEMS OF MULTI-JURISDICTIONAL WORKOUTS 280 (1991) for a discussion of similar fact patterns. As the operations of multinational corporations become increasingly international, critics argue, these classification difficulties will multiply.

216 *See, e.g.,* Rasmussen, *supra* note 4, at 12. *But see* LoPucki, *supra* note 3, at 713 (criticizing this assumption).

217 *See* Berends, *supra* note 53, at 330.

B. Adopt a More Restrictive Approach to the Policy Exception

In keeping with its nature as a discretionary tool for courts to use in altering the outcome of a choice-of-law analysis, there is no fixed definition of public policy governing application of the exception. On one point, however, there is general agreement: A restrictive approach is desirable if the full benefits of multilateralism are to be attained.[218] Both the case law and the legislative efforts in the international bankruptcy field reflect this desire to apply the public policy exception narrowly. The formulation of public policy that has achieved the most currency in Section 304 cases limits the application of the exception to "a transaction which is inherently vicious, wicked or immoral, and shocking to the prevailing moral sense."[219] The UNCITRAL working group referred to "exceptional circumstances" in discussing the situations in which such an exception would arise, and drafted a public policy exception that applies only when the foreign law chosen is "manifestly" contrary to the policy of the enacting state.[220] Such qualifying phrases, however, are not self-implementing. Under the Reform Act, for instance, a court retains discretion to identify the appropriate policy of the forum and then to decide whether a particular aspect of a foreign proceeding is sufficiently contrary to that policy to preclude its application. Even given the mandate to apply the exception clause sparingly, courts will still need guidelines to aid them in confining their use of the exception.

The stage of the international bankruptcy proceeding in which the public policy exception is most likely to be considered is at the distribution of assets. Questions of creditor ranking and, more specifically, of the establishment of priorities provide an excellent basis for discussing choice-of-law issues for two reasons. First, distribution issues present a relatively straightforward choice: Either the law of the jurisdiction in which the (main) foreign proceeding takes place is applied, or the local forum applies its own distribution rules for the

---

218 The Restatement (Second) reflects this basic understanding in its use of the phrase "*strong* public policy" in the recognition of judgments section. RESTATEMENT (SECOND), *supra* note 127, § 117 (emphasis added). The Comment to that section notes that "enforcement will usually be accorded the judgment except in situations where the original claim is repugnant to fundamental notions of what is decent and just" in the enforcing state. *Id.*

219 Cornfeld v. Investors Overseas Servs., 471 F. Supp. 1255, 1259 (1979) (citing Intercontinental Hotels Corp. v. Golden, 203 N.E.2d 210, 212 (1964)). One might question whether this formulation is actually useful in international bankruptcy cases, where little rises to the level of inherent viciousness. *But see* Story's description of a past bankruptcy practice: "[T]hat terrible power (if it ever really existed) under the law of the Twelve Tables, which enabled creditors to cut their debtor's body into pieces, and divide it among them[.]" STORY, supra note 94, at 34. The sense that commercial transactions do not generally implicate issues of morality has led some commentators to suggest that the public policy doctrine may not be applicable at all in areas of commercial law (as opposed to family law, for example). *See* ALBERT A. EHRENZWEIG & ERIK JAYME, PRIVATE INTERNATIONAL LAW VOL. II SPECIAL PART 82 (1973).

220 *Guide to Enactment*, note 53, at 444 (discussing Article 6 of the Model Law). For an argument that the public policy exception should be reserved to protect "fundamental principles of law," see Berends, *supra* note 53, at 336. The *Guide to Enactment* itself contemplates only "rare" invocation of the exception. *See id.*

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 63 2000

benefit of local creditors.[221] Second, the establishment of different priority schemes in bankruptcy systems directly forces consideration of a country's public policy.

Priorities are of course an exception to the overall mandate of equality of distribution among creditors, and therefore reflect policy choices favoring certain groups over others.[222] While most countries rank administrative expenses and employees' claims relatively high, for example, the exact rank of those preferred classes may vary from country to country. When asked to subject the claims of local creditors to a foreign proceeding that will apply distribution rules reflecting the policy choices of another nation, it is not surprising that courts seek to ensure that local creditors retain the benefit of their home country's ranking.[223] The concern for multilateralists is whether this protectionism might prompt courts to overuse the public policy exception by considering comparative rankings as a public policy issue. Such an expanded application of the exception would undermine the predictability of outcome. The question, then, is whether despite the malleability of the exception we can nevertheless confine its application in international bankruptcy cases.

1. Basic Rule: Primary Bankruptcy Court Should Apply to All Creditors—Foreign and Domestic—its Own Bankruptcy Law, Including Provisions Regarding Ranking and Distribution

This is partly a restatement of current practice, pursuant to which courts do apply the priority rules of their own jurisdictions, and partly a statement of nondiscrimination. It is intended to reserve the public policy exception for use where application of local law is critical.

a. No Procedural Discrimination against Foreign Creditors

Procedural discrimination is primarily a matter of bankruptcy administration. It is addressed by Section 304(c)(2), which states that in deciding whether to defer, a U.S. court should consider whether domestic creditors would be subjected to procedural unfairness or overt discrimination in the for-

---

221 *See* Westbrook & Trautman, *supra* note 10, at 659. The "hotchpot" rules, under which a creditor who has received payment in one proceeding must count that distribution toward his share in any other proceeding, establish a limited exception to this principle. *See id.*

222 *See* Ziegel, *supra* note 177, at 796. As Ziegel points out, these policy choices may be based on peculiarly local concessions reflecting the political power of certain creditor groups.

223 *See* Westbrook & Trautman, *supra* note 10, at 658–659 ("Nothing is more central to the difficulty of international insolvency co-operation than the greatly differing priorities of various jurisdictions. (The constant is the insistence of each government upon preferring itself to most others.)").

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 64 2000

eign bankruptcy proceeding.[224] Such discrimination would arise, for instance, if the foreign bankruptcy court accepted only the filings of local creditors.[225] Under any choice-of-law approach, a court would be justified in choosing not to defer to a foreign proceeding on such terms.[226] The application of a foreign bankruptcy law that raises procedural bars against the claims of foreign creditors is not the same as application of a foreign law whose substance is different from U.S. bankruptcy law. A system that does not permit foreign creditors to register claims with the bankruptcy court reflects simple prejudice against nonlocal claims.[227] This classification thus reflects not national policy, but rather discrimination exercised only in the context of international bankruptcies. It should therefore be set aside from true policy questions informing the structure of priorities.[228]

b. No Substantive Discrimination against Foreign Creditors

Substantive discrimination, on the other hand, occurs at the distribution stage of the proceeding. A distribution scheme might provide that all claims, foreign and domestic, be lodged with the trustee, but that all foreign creditors, regardless of the substance of their claims, be assigned a priority level below that of local creditors.[229] Under a nondiscriminatory scheme, by contrast, the distribution rules of the jurisdiction in which the debtor has its center of assets would be applied to all creditors in a nationality-blind manner.

The Reform Act prevents substantive discrimination of this sort only to a point. Although it establishes the basic principle that similar claims of all

---

224 11 U.S.C. § 304(c)(2) (1994). In referring to the sufficient protection of the interests of U.S. creditors, the Reform Act too permits a court to deny relief to a foreign representative under these circumstances. *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1521(b).

225 See, for example, *In re* Axona, 88 B.R. 597, 612 (Bankr. S.D.N.Y. 1988), in which the court inquired whether Hong Kong law would permit creditors residing outside Hong Kong to submit their proofs of claim. Procedural unfairness might likewise result if the rules of the foreign court did not provide that adequate notice be given to nonlocal creditors. *See, e.g., In re* Hourani, 180 B.R. 58, 68 (Bankr. S.D.N.Y. 1995).

226 It is best to handle this kind of discrimination as a matter separate from policy concerns. Many courts, however, have imported these procedural concerns into their substantive policy analysis, with the intentional or unintentional result of broadening the application of the public policy exception. In *Hourani*, for instance, the court engaged in a factor-by-factor analysis of the Section 304(c) guidelines. In the section devoted to a consideration of the comity factor, however, it returned to issues of procedural fairness, concluding that comity should not be granted to Jordanian proceedings that did not promise procedural fairness. In effect, it thus considered the same factor twice. *See In re* Hourani, 180 B.R. 58, 67–70 (Bankr. S.D.N.Y. 1995).

227 *See* Londot, *supra* note 182, at 166. See also KURT H. NADELMANN, CONFLICT OF LAWS: INTERNATIONAL AND INTERSTATE 284 (1972) for a description of rules that provide that no foreign claims will be considered until all local creditors have been satisfied in full.

228 *But see* Douglass G. Boshkoff, *Some Observations on Fairness, Public Policy, and Reciprocity in Cross-Border Insolvencies*, *in* CURRENT DEVELOPMENTS, *supra* note 10, at 677, 682 ("Favouritism based upon geography is no more objectionable than other instances of special treatment currently found in our bankruptcy law").

229 In Argentina, for example, local creditors automatically receive priority over foreign creditors in certain circumstances. *See* FLICS & IRELAND, *supra* note 215, at 424.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 65 2000

creditors shall have the same ranking,[230] it recognizes the validity of discriminatory ranking so long as claims of foreign creditors retain at least general unsecured status.[231] A better rule would afford all creditors within any given creditor class, whether foreign or domestic, the same priority.[232]

2. No Prospective Substantive Analysis

Section 304(c)(4) requires that the distribution contemplated by the foreign proceeding must be substantially similar to a distribution conducted in accordance with U.S. distribution rules.[233] Because courts tend to view Section 304(c)(4) as a gating factor rather than as one of several factors to be considered in balance,[234] this analysis invites an abstract comparison of the competing legal systems without considering whether the interests of a local creditor—let alone an important U.S. policy interest—will in fact be harmed by its application. In the 1988 *Interpool* litigation, the liquidator in an Australian bankruptcy proceeding moved to dismiss involuntary Chapter 7 bankruptcy proceedings that had been filed against the debtor in the United States.[235] The court was troubled by the fact that Australian bankruptcy law did not allow for the remedy of equitable subordination.[236] It was not clear, however, that the local creditor would have had recourse to that remedy even in a U.S. bankruptcy proceeding.[237] In other words, the court did not establish that application of Australian law in the case would in fact have raised policy concerns.

---

230 *See* Reform Act, *supra* note 53, § 1513(a); *see also Model Law*, *supra* note 53, at art. 13(1).

231 Reform Act, *supra* note 53, § 1513(b). *See also Model Law, supra* note 53, at art. 13(2). The comments to that section note that the article "leaves intact the provisions on the ranking of claims in insolvency proceedings, including any provisions that might assign a special ranking to claims of foreign creditors." *Guide to Enactment*, *supra* note 53, at 450.

232 The public policy exception would remain available to avoid the rare unjust result. For a suggested model of "cross-priority" in international insolvencies, see *Universal Priorities*, *supra* note 9, at 27. Westbrook points out that such a system would "lessen national discrimination while increasing discrimination among classes of creditors." *Id.* at 31. But discrimination among creditor classes is precisely the point of distribution rules and therefore a legitimate result of application of a particular country's bankruptcy law, whereas "national discrimination" is an exercise in illegitimate distinctions among creditors that further no policy other than territorialism. *See also* Patrick J. Borchers, *Choice of Law Relative to Security Interests and Other Liens in International Bankruptcies*, 46 AM. J. COMP. L. 165, 181 (1998) (arguing that all courts seek in any event is reasonable protection for secured creditors and equality of distribution, at least among distinct classes of creditors).

233 *See* 11 U.S.C. § 304(c)(4) (1994).

234 *See supra* note 48 and accompanying text.

235 *See* Interpool v. M/V Venture Star, 102 B.R. 373, 375 (Bankr. D.N.J. 1988).

236 *Id.* at 378. *Hourani*, too, discussed the unavailability of equitable subordination without considering its potential for application in the specific case. *See In re* Hourani, 180 B.R. 58, 67–68 (Bankr. S.D.N.Y. 1995).

237 Interpool v. M/V Venture Star, 102 B.R. 373, 380 (Bankr. D.N.J. 1988) ("While I do not hold that equitable subordination should be invoked in this case since the substantive issue was not argued before this Court, a trustee in Bankruptcy must consider this issue . . . . The lack of . . . substantive redress . . . *could* significantly affect creditors' rights.") (emphasis added).

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 66 2000

The court thus used an unrealized policy problem as an element of its choice-of-law analysis. Without examining whether application of foreign bankruptcy law in a particular case would actually violate U.S. public policy, the court determined simply that the structure of Australian bankruptcy law as a whole was inconsistent with U.S. policy.

This sort of prospective analysis is wholly inconsistent with traditional multilateralist methods, in which the choice of law is made *before* the substance of that law is inspected for policy problems. The use of Section 304(c)(4) as a mechanism for screening legal systems that seem too different from our own preempts that stage of the analysis. It substitutes a prospective comparison of laws for an analysis of whether an escape device such as the public policy exception should be used in the particular case. Especially because there is no choice-of-law principle calling for the weighting of Section 304(c) factors, reliance on Section 304(c)(4) amounts to an abstract condition of similarity. If the distribution rules implemented in the foreign bankruptcy proceeding are substantially different from the rules implemented by the Bankruptcy Code, the court may deny recognition of the foreign proceeding whether or not the differences would work to the disadvantage of a local creditor.[238] A more principled approach would adhere to multilateralism's focus on neutral territorial factors, independent of the content of the chosen law. It should be assumed that the law of the jurisdiction selected pursuant to the Reform Act will apply unless application of that law in the particular case would violate public policy. Under a true multilateralist approach, there is no need for a substantial similarity condition independent of the public policy exception.

The Reform Act refers to the substantial similarity condition only in connection with the granting of relief beyond that otherwise contemplated by the Act.[239] In deciding whether the interests of local creditors will be sufficiently protected in a foreign proceeding, however, a U.S. court is likely to consider that condition unless explicitly instructed not to do so.[240] Indeed, local creditors will certainly argue that their claims are sufficiently protected only when the distribution rules applied to them in the foreign proceeding are as favorable as those that would have been applied in a domestic one. This argument will

---

238 This approach may have derived in part from the practice that developed under the original Restatement of Conflict of Laws, which suggested that courts were permitted to reject foreign law on the basis of a "great difference" between the foreign law and forum law. *See generally* RESTATEMENT OF CONFLICT OF LAWS (1934). The Restatement (Second), however, expressly adopted a narrower version of the escape clause: In discussing enforcement of foreign judgments, for instance, Comment c to Section 117 notes that "enforcement will usually be accorded the judgment except in situations where the original claim is repugnant to fundamental notions of what is decent and just in the State where enforcement is sought." RESTATEMENT (SECOND), *supra* note 127, § 117 cmt. c.

239 *See* Reform Act, *supra* note 53 § 1507(b)(4).

240 See text accompanying *supra* note 63 for a discussion of the point at which the Reform Act necessitates a Section 304-style analysis.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 67 2000

lead directly to the substantial similarity analysis, and therefore away from a truly multilateralist approach.

3. No Protection of Individual Rights as Opposed to Public Policy

In his formulation of the general principle of comity, Story writes that it is "inadmissible, when it is contrary to [the granting nation's] known policy, or prejudicial to its interests."[241] While acknowledging the importance of state interests, his description of the then-prevailing U.S. approach to international bankruptcies also refers to the interests of individual citizens. He notes that "comity requires us to give effect to such assignments only so far, as may be done without impairing the remedies, or lessening the securities, which our laws have provided for our own citizens."[242] The Supreme Court's classic formulation of comity also recognized the balance between "international duty and convenience, and [the] rights of [the granting nation's] own citizens."[243] Interpreted literally, these formulas suggest that there are two distinct justifications for withholding comity: a violation of the public policy of the state, and *any* impairment, regardless of whether a public policy is implicated, of the rights of a citizen of that state.

Decisions in the international insolvency cases reflect this duality. Some cases frame the decision whether to grant comity in terms of national interests alone,[244] while others refer to the rights of particular domestic claimants.[245] Although courts have demonstrated a tendency to defer to foreign proceedings, often in the face of vigorous protest by local creditors, they tend to frame their

---

241 STORY, *supra* note 94, at 37.

242 *Id.* at 348.

243 Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 163–64 (1895). *See also* Krause et al., *supra* note 34, at 2592.

244 See, for example, Philadelphia Gear Corp. v. Philadelphia Gear de Mexico, 44 F.3d 187 (3d Cir. 1994), in which the court noted the following:

> [W]e have stated that 'comity should be withheld only when its acceptance would be contrary or prejudicial to the interest of the nation called upon to give it effect.' Thus, a court may, within its discretion, deny comity to a foreign judicial act if it finds that the extension of comity 'would be contrary or prejudicial to the interest of the' United States.

44 F.3d 187, 192 (citing Somportex Ltd. V. Philadelphia Chewing Gum Corp., 453 F.2d 435, 440 (3d Cir. 1971)).

245 *See, e.g.*, Triton Container Int'l, Ltd. v. Cinave, S.A., 1997 U.S. Dist. LEXIS 16075 (1997) (citing Cunard S.S. v. Salen Reefer Services, 773 F.2d 452, 457 (2d Cir. 1985)) ("Comity will be granted to the decision or judgment of a foreign court if . . . the laws and public policy of the foreign state and the rights of its residents will not be violated."). *See also* Victrix S.S. Co., S.A. v. Salen Dry Cargo A.B., 65 B.R. 466, 468 (Bankr. S.D.N.Y. 1986) ("Before the court extends such deference to the foreign proceeding, it must first satisfy itself that forum creditors will be protected."); Clarkson v. Shaheen, 544 F.2d 624, 629 (2d Cir. 1976) (explaining that comity will be granted as long as "the foreign proceeding has not resulted in injustice to New York citizens, prejudice to creditors' New York statutory remedies, or violation of the laws or public policy of the state").

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 68 2000

public policy considerations in terms of protecting individual creditors.[246] The courts do not always use these principles consistently. In *Philadelphia Gear*, for instance, the court framed the issue before it as whether according comity to bankruptcy proceedings in Mexico would be prejudicial to the interests of the United States.[247] In listing factors for the district court to consider on remand, however, it included not only whether a stay imposed by the Mexican court would violate U.S. public policy, but "whether [the local creditor] will be prejudiced by the stay."[248]

The orientation chosen is particularly important in the area of priorities. While protecting a national interest would suggest that comity can be granted so long as the overarching goals of our bankruptcy system are not undermined, protecting the interest of an individual creditor would dictate the application of U.S. law whenever necessary to protect that creditor's particular rank in distribution. It is the latter orientation that has caused some courts to adopt a territorial, outcome-oriented approach to international bankruptcies. This analysis conflates U.S. interests, as reflected in the bankruptcy rules, with the interest of a particular creditor in obtaining a particular priority classification, and raises the interest of an individual creditor to higher status as if it alone were a manifestation of national policy.

It would be more consistent with the goals of comity and of multilateralism to apply the public policy exception only when a national public policy is actually violated. A violation can of course involve the impairment of an individual creditor's rights, so long as that impairment also implicates a public policy. But an impairment that causes no actual violation of public policy should not trigger the application of local law in the face of international concerns. For instance, if foreign bankruptcy law would grant heightened priority to employee creditors, thereby effectuating the policy goal of U.S. law, but would nonetheless yield a smaller distribution to U.S. employees than what would be available under the Bankruptcy Code, a U.S. employee creditor should not prevail merely because his specific interest—in the form of a higher bankruptcy dividend—was not protected.

Withholding from courts the discretion to refuse comity in certain situations in which the application of foreign law might harm U.S. citizens does effect a change in the traditional application of comity to cross-border bankruptcy issues.[249] The change is, however, consistent with other adaptations

---

246 *See, e.g.*, Disconto v. Umbreit, 208 U.S. 570, 579 (1908) ("All civilized nations have recognized and enforced the doctrine that international comity does not require the enforcement of judgments in such wise as to prejudice the rights of local creditors and the superior claims of such creditors to assert and enforce demands against property within the local jurisdiction.")

247 Philadelphia Gear, 44 F.3d at 194.

248 *Id.*

249 See Morales & Deutcsh, *supra* note 101, at 1587 for a discussion of the legislative decision not to overturn the "general American rule of conflict of laws" that local creditors had a paramount right to levy on local assets.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 69 2000

that have been made to the use of comity in that context.[250] More importantly, it will allow the full benefit of the jurisdiction-selecting rule that is currently only implicit in U.S. international bankruptcy jurisprudence to be realized, by limiting the situations in which an escape clause could be used.

VI. CONCLUSION: THE FUTURE OF UNIVERSALITY IN INTERNATIONAL BANKRUPTCY LAW

In exploring the multilateralist principles at work in the U.S. system of modified universality, and in applying those principles to suggest refinements to that system, this Article has demonstrated that the universality/territoriality framework is not the only analytical tool suited for exploring international insolvency. Indeed, it has suggested that the focus on universality and territoriality has, to some extent, prevented the choice-of-law processes embedded in Section 304 proceedings from evolving into a fully realized system of modified universality. But by building on an existing multilateralist foundation, the approach as modified retains the quality of territorialism inherent in any system of multilateralist rules. I refer here not to *territoriality,* the international bankruptcy theory, but to *territorialism*—that is, reliance on concepts of sovereignty and territorial jurisdiction.[251] I will conclude by speculating as to the future of a continuing commitment to territorialism.

In a multilateralist system, locating the proper jurisdiction for the administration of an international bankruptcy depends largely on identifying the home jurisdiction of the debtor. But this concept of a "home" jurisdiction is less meaningful as applied to a debtor that is a transnational conglomerate than to a debtor organized and operating in a single country. Similarly, the concept of protecting a "local creditor" is less meaningful as applied to the local branch of a multinational lender than to a truly local bank. Today it remains both possible and sensible to align entities (both debtors and creditors) with particular jurisdictions.[252] As international commerce becomes increasingly denationalized, however, it may become less appropriate to use jurisdictional concepts to order commercial relationships. This is true not only because the identification of the appropriate jurisdiction will be made more difficult, but because juris-

---

250 The notion of reciprocity, for instance, which played a substantial role in Story's conflicts theory, is no longer a major factor in bankruptcy cases. More importantly, courts applying Section 304 have evidenced a growing disinclination toward reflexive protection of U.S. citizens, choosing instead approaches that for the most part favor foreign bankruptcy proceedings. *See In re* Axona, 88 B.R. 597, 611 (Bankr. S.D.N.Y. 1988) (discussing the "modern need for flexibility in the construction of comity").

251 In other words, the choice of law depends not on the substance of competing laws, but on locating the geographic jurisdiction to which the dispute should be assigned. *See* text accompanying *supra* notes 91–92.

252 *But see* LoPucki, *supra* note 3, at 723–28 (arguing that a universalist approach does not clearly resolve the issue of jurisdiction). The practical difficulties that arise even today in assigning transnational corporate actors to particular jurisdictions engender much of the criticism of fixed jurisdictional rules. *See id.*

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 70 2000

diction-based inquiries are not compatible with legal systems that trade on denationalized norms rather than sovereign authority.[253] Should we, then, continue to anchor our analysis of international insolvencies in considerations of place?

An alternative would be to depart from the substance-neutral, territory-oriented approach common to both multilateralism and unilateralism—and to both universality and territoriality—in favor of a substantive approach. In some respects, that is what the extraregulatory approach adopted in *Maxwell* and similar cases[254] seeks to do: It attempts to identify and synthesize competing rules in order to arrive at the best outcome for the parties involved.[255] On a larger scale, perhaps, the development of a harmonized or supranational bankruptcy law might be possible.[256] The idea of extricating international bankruptcy law from the web of sovereignty-based concerns in which it is currently entangled is an attractive one, and is consistent with the larger shift in the area of private international law away from sovereignty and toward denationalized systems of law.[257] As the demands of participants in international business play an ever-greater role in shaping international business law, the territory-based orientation of multilateralism may therefore cause that approach to fall out of favor.

The system discussed in this Article, then, might be simply a way station on the road to harmonization. But that road is a long one. The harmonization of international bankruptcy law, which is dependent on the prior harmonization of underlying business and commercial law, is hardly imminent. In the meantime, I argue against abandoning our long-standing commitment to universality of treatment in cross-border bankruptcies.[258] Using traditional choice-of-law analysis to illuminate what is, after all, a choice-of-law process can instead render our existing system a better version of modified universality.

---

253 *See* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 160–61 (discussing private international law as a discipline increasingly shaped by "the exigencies of international trade, rather than sovereignty").

254 See *supra* Part II.B.2.b for a discussion of these cases.

255 *See* Flaschen & Silverman, *supra* note 70, at 630–31.

256 One commentator has indeed suggested that the ad-hoc cooperation evident in the *Maxwell* line of cases will directly influence the development of a harmonized insolvency regime. Thomas M. Gaa, *Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?*, 27 INT'L LAW. 881, 902 (1993).

257 *See* MULTISTATE JUSTICE, *supra* note 82, at 160.

258 Particularly in favor of territoriality, which, like universality, is a sovereignty-based system.

HeinOnline -- 36 Stan. J. Int'l L. 71 2000