



перспективи : матер. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 24–26 травня 2011 р.). – О. : Астропринт, 2011. – С. 193–199.

6. Рекомендация № R(84)5 Комитета Министров Совета Европы государствам-членам о принципах гражданского судопроизводства, направленных на усовершенствование судебной системы : принята Комитетом Министров Совета Европы 28 февраля 1984 г. на 367 заседании представителей министров [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://www.echr-base.ru/rec84\\_5.jsp](http://www.echr-base.ru/rec84_5.jsp).

7. Зуева Л.С. Принципы господарського процесу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 / Л.С. Зуева. – О., 2012. – 19 с.

8. Господарське процесуальне право : [підручник] / за заг. ред. О.І. Харитонової. – К. : Істина, 2009. – 306 с.

9. Верховець А.А. Проблемні питання господарського судочинства та шляхи їх вирішення / А.А. Верховець // Становлення господарської юрисдикції в Україні – 20 років досвіду: проблеми і перспективи : матер. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 24–26 травня 2011 р.). – О. : Астропринт, 2011. – С. 178–180.

10. Науково-практичний коментар Господарського процесуального кодексу України / за ред. О.І. Харитонової. – К. : Істина, 2008. – 272 с.

11. Гребенцов А.М. Развитие хозяйственной юрисдикции в России / А.М. Гребенцов. – М. : Норма, 2002. – 304 с.

12. Смола С.В. Понятие и сущность принципа процессуальной экономии хозяйственного судопроизводства Украины / С.В. Смола // Закон и жизнь. – 2013. – № 8/3. – С. 207–210.

## ОСНОВНЫЕ ПРОБЛЕМЫ ПРАКТИЧЕСКОГО ПРИМЕНЕНИЯ КОЛЛИЗИОННОЙ ПРИВЯЗКИ LEX CONCURSUS

Ирина ВЛАСЮК

юрист

ООО «Мрия-Лан»

### Summary

The article examines practical aspects of application of conflict of laws principle *lex concursus* in transborder insolvency cases. It is noted that despite the number of practical difficulties the case law and practice have successfully developed optimal solutions to present problems. There have been examined key critical arguments widely discussed in the contemporary scientific doctrine regarding the relevant topic, it was proved justifiability and utility of practical application of conflict of laws principle *lex concursus*. There have been selected the ways of further development of conflict of laws regulation of bankruptcy cases complicated with foreign element with the use of conflict of laws principle *lex concursus*.

**Key words:** transborder insolvency, conflict of laws rules regulation, conflict of laws principle *lex concursus*.

### Аннотация

В статье исследуются практические аспекты применения коллизионной привязки *lex concursus* в делах о трансграничном банкротстве. Отмечается, что, несмотря на ряд существующих трудностей практического характера, судебной и правоприменительной практикой были выработаны оптимальные решения существующих проблем. Рассмотрены основные аргументы критики, которые широко обсуждаются в современной научной доктрине по данному вопросу, доказаны оправданность и целесообразность практического применения коллизионной привязки *lex concursus*. Выделены пути дальнейшего развития коллизионного регулирования дел о банкротстве, осложненных иностранным элементом, с использованием коллизионной привязки *lex concursus*.

**Ключевые слова:** трансграничная несостоятельность, коллизионное регулирование, коллизионная привязка *lex concursus*.

**Постановка проблемы.** Регламент Европейского Союза от 29.05.2000 г. № 1346/2000 (далее – Регламент) [1, ст. 4] в основе регулирования отношений трансграничной несостоятельности содержит коллизионную привязку *lex concursus*. Несмотря на то, что перед принятием Регламента и в первые годы его практического использования этот коллизионный принцип стал объектом острой критики, сейчас он успешно используется в деятельности судебных учреждений стран-членов Европейского Союза (далее – ЕС). Однако в правоприменительной практике возник ряд новых проблем, главным образом вызванных динамическим развитием международных торгово-финансовых отношений.

**Актуальность темы исследования.** Дела о трансграничных банкротствах продолжают играть важнейшую роль в поддержке экономического благосостояния экономик стран и регионов. Глобализация экономической деятельности в широком ее понимании, региональные военные конфликты и экономические

кризисы заставляют по-новому посмотреть на цели и принципы ведения дел о несостоятельности.

**Цель статьи** – проанализировать проблемные вопросы в применении коллизионной привязки *lex concursus*, которые стали предметом острой критики в работах отдельных ученых. Следует исследовать такие аргументы:

1) применение коллизионной привязки *lex concursus* не эффективно при банкротстве корпоративных групп и трансграничных корпораций (далее – ТНК), что содействует развитию явления международного *forum shopping*;

2) коллизионная привязка *lex concursus* не способна обеспечить должную защиту прав и интересов всех кредиторов.

**Изложение основного материала исследования.** Способ, в который корпоративные группы покупаются, управляются и структурируются, значительно усовершенствовался с момента вступления в силу Регламента. Регламент не регулирует вопросы несостоятельности



групп компаний, которые находятся под контролем одной компании или в рамках одной структуры собственников. Это слабое место, которым легко воспользоваться, что приводит к последствиям материального характера, влияет на сохранную стоимость имущества (*preserved value*) и осуществление производства в пределах государств-членов ЕС (всех действительных членов ЕС кроме Дании<sup>1</sup>) [3].

Существует точка зрения, согласно которой практическая проблема в применении *lex concursus* заключается в отсутствии действенной методики, которая давала бы однозначный ответ на вопрос, в какой стране будет открыто основное производство. Так, при банкротстве ТНК и корпоративных групп усматриваются четыре основных недостатка:

1) ТНК вообще не имеют страны национальной принадлежности (*lex societatis*). Когда такие компании подают иск о признании их банкротами, каждая компания с их структуры имеет возможность выбора между судебными учреждениями двух и более стран;

2) даже ТНК с четко определенным *lex societatis* могут и уже изменили страну своей регистрации;

3) как показывает опыт США, если на кону бизнес стоимостью в миллиарды долларов, от юристов и конкурирующих судебных учреждений нельзя ожидать честного и объективного рассмотрения дел, если они находятся в стране, где открыто основное производство по делу. Каждый из них будет заинтересован действовать в рамках собственной юрисдикции;

4) явление международного *forum shopping* является бесконтрольным и будет таким далее, поскольку механизмов для решения этой ситуации не существует [4].

Однако с таким мнением согласиться трудно. В подавляющем большинстве случаев структура ТНК и корпоративных групп строится с учетом оптимизации уплаты налогов и линий осуществления финансовых потоков [5]. В современной Европе распространены ситуации, ког-

да частный акционерный капитал приобретается путем выкупа контрольного пакета акций с привлечением кредитных средств (*private equity owned buy-out structure*). В связи с этим холдинговые компании часто регистрируются в Дании или Люксембурге не потому, что их операции или офис расположены в этих юрисдикциях, а учитывая оптимизацию уплаты налогов и с целью наращивания капитала [6].

Так, судебная практика применения Регламента в этом отношении продемонстрировала высокую гибкость. В ряде случаев это позволило провести процедуру реструктуризации и продолжить работу предприятия путем согласованного членами корпоративной группы иска о банкротстве в пределах одной юрисдикции [7] или, например, по другому делу, когда центры основных интересов должника также были перемещены в Англию с целью осуществления предварительно согласованной продажи (*pre-packaged sales*) активов (акций) каждой компании-члена группы заемщиков, которые находились в состоянии финансового краха. В частности, ситуация осложнялась рядом исков от заемщиков. К предварительно согласованной продаже прибегли с целью укрепления доверия клиентов к компании должника, повышения уровня доверия враждебно настроенных кредиторов и устранения риска возникновения потенциально вредных в данных обстоятельствах вторичных производств до момента завершения операции по купле-продаже [8].

Учитывая сказанное, можно с уверенностью утверждать, что с практической точки зрения *lex concursus* является намного более гибкой коллизионной привязкой, чем *lex fori*, поскольку концепция центра основных интересов компании не «жестко привязана» к отдельной юрисдикции, а позволяет определить государство, где реально должник ведет свои дела. Учитывая современные реалии жизни и прежде всего интересы бизнеса, применение *lex concursus* представляется экономически оправданным.

Что касается проблемы явления международного *forum shopping*, то стоит отметить, что она характерна не только для производства по делу о трансграничном банкротстве, но и для любого производства вообще, в частности, в рамках национальной судебной системы [3]. Среди прочего отмечается, что национальный истец, выбирая суд другого города в пределах США, приобретает только иную интерпретацию в применении одного и того же Кодекса о банкротствах США (*US Bankruptcy Code*) и Процессуального кодекса (*Rules of Procedure*). Однако выбирая суд другой страны, международный истец получает доступ к совершенно другому набору средств судебной защиты и приоритета в удовлетворении своих кредиторских требований. Попутно утверждается, что явление международного *forum shopping* способно нанести больший вред экономике, чем явление *forum shopping* в пределах юрисдикции одного государства [10].

Такое утверждение вполне оправдано, поскольку применение *lex concursus* судами США означает фактическое сужение компетенции судов США по рассмотрению дел о банкротстве [8]. В абсолютном большинстве случаев суды США в решении дел о банкротстве руководствуются коллизионной привязкой *lex fori* и отказываются передавать имущество в компетенцию иностранных судов, отмечая, что передача имущества возможна не в случае схождения законодательства о банкротстве (как это определено в ст. 304 Кодекса о банкротствах США [9]), а в случае, если имущество будет распределено, как и в США.

Эта проблема менее остро стоит в рамках ЕС, который является «единым экономическим пространством» [10] и имеет общий внутренний рынок государств-членов с собственным бюджетом [11, ч. 2 ст. 14]. В частности, в Регламент инкорпорируется ст. 65 Договора о Европейском Союзе, которая устанавливает обязанность взаимодействия по вопросам судебного сотрудничества и сотрудничества относительно гражданского и торгового права между государствами-членами ЕС с целью повышения эффективности внутреннего европейского рынка [12]. В соответствии со ст. 65 Договора о Европейском Союзе национальные законы государств-членов ЕС в сфере коллизионного права и правил определения юрисдикции должны быть взаимно

<sup>1</sup> В п. 33 Регламента отмечается, что Дания согласно ст. ст. 1 и 2 Протокола о позиции Дании, прилагаемого к Договору о Европейском Союзе и Договору об учреждении Европейского сообщества, не участвует в принятии Регламента, поэтому не связана его нормами и не является субъектом его применения. В соответствии с решением Высокого суда справедливости по делу «The Aena Congregation Limited» от 12.12.2003 г. компании, центр основных интересов, которых находится в Дании, не могут рассматриваться как компании, которые находятся на территории государств-членов ЕС. Поэтому Регламент не применяется к таким делам, несмотря на то, что термин «государство-член» в Регламенте не определен таким образом, чтобы исключить Данию, как это в таких же условиях было сделано в других регламентах, поскольку по другим обстоятельствам Дания пользовалась бы преимуществами, которые предоставляет Регламент, при этом не предоставляя таких преимуществ в ответ.



совместимыми [13, с. 975–1024]. Финансовый план строится на семилетний период и включает среди прочего развитие экономического потенциала стран-членов [14]. Коллизионная привязка *lex concursus* применяется исключительно к отношениям несостоятельности должников, центр основных интересов которых находится в пределах стран, ратифицировавших Регламент [15, с. 23]. Конфликт юрисдикции в рамках ЕС определяют как «позитивный» [16, с. 206], подходы к решению которого со временем были выработаны судебной практикой [3]. В общем, какой бы суд государства-члена ЕС не получил компетенцию по рассмотрению дела о банкротстве, ликвидационная масса все равно будет распределяться в пределах одного экономического пространства.

Еще одним поводом для критики *lex concursus* является необходимость применения права страны открытия основного производства ко всем правоотношениям и активам должника, которые находятся как в стране открытия основного производства, так и в других юрисдикциях. И хотя еще остается возможность для открытия вторичных производств, отмечается, что они могут иметь только характер ликвидационных процедур, может сложиться ситуация, когда кредиторы ожидают вынесения решения по делу годами, поскольку ликвидатор в основном производстве имеет право приостановить вторичное производство [19, с. 457–481].

Другим аргументом критиков, который касается вторичных производств, является утверждение о том, что суд одной страны не компетентен рассматривать дело в соответствии с законами и процессуальными нормами другой страны [3], поскольку это приведет к подчинению суда одной юрисдикции распоряжению суда иностранного государства. Такая ситуация может принести неожиданные выгоды для одних кредиторов и лишить других их приоритета в удовлетворении требований, которого они законно ожидали [1].

При этом комментаторы в своей критике не анализируют исключения из *lex concursus* [17, с. 8], как и тот факт, что Регламент не содержит императивную норму о превращении вторичного независимого производства, в рамках которого осуществляется реструктуризация, в ликвидационную процедуру. Это осуществляется по требованию ликвидатора,

который может комплексно оценить всю ситуацию по делу о банкротстве, а не слепо потакать требованиям отдельных местных кредиторов [17, с. 10].

Острая односторонняя критика не позволяет увидеть очевидные преимущества в применении единого правового режима ко всей ликвидационной массе. В частности, к таким преимуществам можно отнести следующие: 1) ликвидатор основного производства может приостановить процедуру реорганизации, которая проходит в рамках вторичного производства, для сохранения целостности имущества должника и недопущения его невыгодной продажи; 2) ликвидатор основного производства может помешать кредиторам из вторичных производств получить неправомерные выгоды в основном производстве (двойное удовлетворение требований) [2]; 3) ликвидатор основного производства может выдерживать паузу для принятия плана реструктуризации или завершения процедуры реструктуризации должника в основном производстве [19, с. 457–481], которое может увеличить перспективы получения удовлетворения требований кредиторов в рамках как основного, так и вторичных производств, а также, очевидно, сохранить рабочие места текущего налогоплательщика.

Некоторые ученые проблему практического применения *lex concursus* видят еще и в том, что вторичные параллельные производства должны открываться в принудительном порядке, как только открыто основное производство по делу о банкротстве [3]. Так, в континентальной системе права это не вызывает серьезных процессуальных проблем. Как правило, дело в рамках вторичного производства быстро открывают в других юрисдикциях. Однако в США неодобрительно относятся к процедуре принудительного открытия производства по делу о банкротстве, в том числе такие дела очень трудно открывать. Истец должен соответствовать техническим требованиям и нести риск ответственности за нанесенный ущерб, если ему не удастся доказать свои искивые требования, включая возможность наложения штрафных убытков (*punitive damages*) [20, п. «i» § 303].

Таким образом, пока США не демонстрируют гибкости в вопросах международного сотрудничества по делам о трансграничных банкротствах. С другой стороны, правовая система этого государ-

ства может рассматриваться как место, где можно «скрыть» активы от процедуры банкротства, которая осуществляется в стране основного производства.

**Выводы.** Учитывая вышесказанное, следует признать, что в практическом применении коллизионной привязки *lex concursus* наблюдаются некоторые трудности процессуального характера, однако они успешно решаются, что подтверждено судебной практикой. Сейчас можно с уверенностью утверждать о наличии достаточного количества судебной практики, которая в ближайшем будущем станет основой для внесения соответствующих изменений в Регламент Европейского Союза № 1346/2000 для приведения его в соответствие с новыми вызовами деловой жизни.

#### Список использованной литературы:

1. Council Regulation (EC) № 1346/2000 of 29.05.2000 On Insolvency Proceedings // Official Journal of European Communities. – 2000.
2. Asimacopoulos K.M. The Insolvency and Restructuring of Corporate Groups / K.M. Asimacopoulos [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.eir-reform.eu/presentations>.
3. LoPucki L.M. Global and Out of Control? / L.M. LoPucki // International Insolvency Institute. – 2005. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://test.iiiglobal.org/downloads/country%20resources/USA/Articles/20~\\_Global\\_and\\_Out\\_of\\_Control.pdf](http://test.iiiglobal.org/downloads/country%20resources/USA/Articles/20~_Global_and_Out_of_Control.pdf).
4. Re Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA. – 2009. – EWHC. – Ch. 3199.
5. Asimacopoulos K.M. The Insolvency and Restructuring of Corporate Groups / K.M. Asimacopoulos [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.eir-reform.eu/uploads/papers/Paper%203.2.pdf>.
6. Re Collins & Aikman Eur. S.A. – 2006. – EWHC. – Ch. 1343 ; Re Nortel Networks SA. – 2009. – EWHC 206. – BCC 343.
7. European Directories v DH6 (BV). – 2010. – EWHC. – Ch. 3472.
8. Ануфриева Л.П. Коллизионные формулы прикрепления / Л.П. Ануфриева // Ануфриева Л.П. Международное частное право: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М. : БЕК, 2002–. – Т. 1. – 2002. – С. 279–301 ; Дмитриева Г.К. Международная подсудность / Г.К. Дмитриева // Дмитриева Г.К. Международное частное право :





[учебник] / Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2004. – С. 600.

9. U.S. Bankruptcy Code [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/11>.

10. Re Treco, 159 F. 3d. 148 (2nd Cir. 2001).

11. Договор о создании Европейского сообщества от 21.03.1957 г. // Конституційні акти Європейського Союзу / Г.В. Друзенко, Т.О. Качка. – К.: Юстініан, 2005. – С. 512.

12. Treaty of Amsterdam // Office for Official Publications of the European Communities. – 1997. – [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-en.pdf>.

13. Roland L. Waking From The Jurisdictional Nightmare Of Multinational Default: The European Council Regulation On Insolvency Proceedings / L. Roland // Arizona Journal of International and Comparative Law. – 2002. – № 19. – P. 975–1024.

14. Budget 2014 in figures // European Commission [Электронный ресурс]. – Режим доступа : [http://ec.europa.eu/budget/figures/2014/2014\\_en.cfm](http://ec.europa.eu/budget/figures/2014/2014_en.cfm).

15. Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Miguel Virgos, Etienne Schmit. – P. 11–82.

16. Fletcher I.F. Conflict of Laws and European Community Law 206 / I.F. Fletcher // Fletcher I.F. Conflict of Laws and European Community Law: With Special Reference to the Community Conventions on Private International Law (Problems in private international law) / I.F. Fletcher. – Amsterdam: North-Holland Publishing Company, 1982. – P. 206.

17. Ami Semiconductor Belgium Byba case № 294/02; Eurofood case № 341/04; Italian Supreme Court decision in the case № 9743.

18. Rasmussen R.K. A New Approach to Transnational Insolvencies/R.K. Rasmussen // Michigan Journal of International Law. – 1997. – № 1. – С. 33; Westbrook J.L. Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum / J.L. Westbrook // American Bankruptcy Law Journal. – 1991. – № 65. – P. 457–481.

19. Westbrook J.L. Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum / J.L. Westbrook // American Bankruptcy Law Journal. – 1991. – № 65. – P. 457–481.

20. The Code of Laws of the United States of America [Электронный ресурс]. – Режим доступа : <http://www.loc.gov/law/help/guide/federal/uscode.php>.

## ЛЕЧЕБНЫЕ СУДЕБНЫЕ ПРОГРАММЫ КАК АЛЬТЕРНАТИВА НАКАЗАНИЮ ДЛЯ НАРКОЗАВИСИМЫХ: МЕЖДУНАРОДНЫЙ ОПЫТ

Людмила ВЫГОВСКАЯ,

доцент кафедры надзора за соблюдением законов  
при проведении досудебного расследования  
Национальной академии прокуратуры Украины,  
советник юстиции

### Summary

The article is devoted to alternative forms of criminal punishment for the drug addicts, who kept drugs without intent to sell. We explored the application in Ukrainian practice exemption from criminal liability on the basis of p. 4 art. 309 of the Criminal Code of Ukraine. Analyzed the positive experience of some foreign countries (for example, United States of America, Canada, Australia, United Kingdom and New Zealand) for the implementation of drug courts. The article described the author's vision of ways of using international experience in order to increase the efficiency of working with drug addicts in criminal cases.

**Key words:** drugs, Drug court, drug addiction, criminal punishment, socialization of drug addicts.

### Аннотация

Статья посвящена альтернативным формам уголовного наказания для лиц, совершивших преступления, связанные с хранением наркотиков без цели их сбыта. Исследуется применение в украинской практике освобождения от уголовной ответственности на основании ч. 4 ст. 309 Уголовного кодекса Украины. Анализируется позитивный опыт ряда зарубежных стран (например, Соединенных Штатов Америки, Канады, Австралии, Великобритании и Новой Зеландии) по внедрению лечебных судов. В статье изложено авторское видение путей использования международного опыта с целью повышения эффективности работы с наркозависимыми преступниками.

**Ключевые слова:** наркотические средства, лечебный суд, наркомания, уголовное наказание, социализация наркозависимых.

**Постановка проблемы.** Все годы независимости в Украине остается стабильно высоким уровнем наркотизации общества. В медицинское употребление психоактивных и психостимулирующих веществ молодежь вовлекается еще в средней школе, пронося вредную привычку через всю свою жизнь, часто очень короткую.

С целью преодоления этого опасного явления Украиной внедряются международные стандарты законодательства. Три действующие международные конвенции, составляющие правовую систему мирового контроля над наркотическими средствами, психотропными веществами и прекурсорами (Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года, Конвенция о психотропных веществах 1971 года, Конвенция о борьбе против незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ 1988 года), были

ратифицированы нашим государством еще в прошлом веке. Отечественное законодательство, касающееся оборота наркотиков, соответствует европейскому уровню. Постоянно нарабатываются различные программы реализации государственной политики в данной сфере. Создаются правительственные и общественные организации, которые проводят информационные и реабилитационные мероприятия. Вводятся серьезные уголовно-правовые санкции за совершение преступлений, в которых предметом являются наркотические средства, психотропные вещества или прекурсоры. В то же время проблема остается, уровень наркотизации не снижается. При этом, анализируя статистические данные об уголовных правонарушениях в сфере оборота наркотических средств, можно сделать вывод, что основной акцент в деятельности правоохранительных органов сделан на выявлении и привлечении