



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

**Общая доктрина конкуренции способов защиты в  
европейском банкротном праве (The General Concept of  
Concurrence Applied to European Insolvency Law)**

Castermans, A.G.; Graaff, R. de

**Citation**

Castermans, A. G., & Graaff, R. de. (2018). Общая доктрина конкуренции способов защиты в европейском банкротном праве (The General Concept of Concurrence Applied to European Insolvency Law). *Civil Law Review*, 18(1), 268-292. doi:10.24031/1992-2043-2018-18-1-268-292

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/62658>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# В Е С Т Н И К ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

№ 1

2018

Том 18

## Редакционный совет

Юрген БАЗЕДОВ

Беа ВЕРШРАЕГЕН

В.В. ВИТРИАНСКИЙ

Г.А. ГАДЖИЕВ

А.Г. ДОЛГОВ

**[В. ЕМ]**

И.С. ЗЫКИН

А.А. ИВАНОВ

А.С. КОМАРОВ

Хельмут КОЦИОЛЬ

П.В. КРАШЕНИННИКОВ

А.А. МАКОВСКИЙ (председатель)

А.А. НОВОСЕЛОВА

Е.А. СУХАНОВ

В.В. ЧУБАРОВ

В.Ф. ЯКОВЛЕВ

## Главный редактор

Е.А. СУХАНОВ

## Зам. главного редактора

А.Е. ШЕРСТОБИТОВ

## Ответственный редактор

М.Л. БАШКАТОВ

## Редакционная коллегия

Райнер ВЕДДЕ, Е.В. ВЕРШИННИНА,

Ян ДВОРЖАК, А.В. ЕГОРОВ,

О.М. КОЗЫРЬ, А.Н. КУЧЕР,

А.А. МАКОВСКАЯ, Е.А. ПАВЛОВА,

С.В. САРБАШ, С.А. СИНИЦЫН,

С.В. ТРЕТЬЯКОВ, А.М. ШИРВИНДТ

Помощник ответственного редактора Д.С. Кочергин

Выпускающий редактор О.В. Виноградова

Дизайн: А.Г. Орлова

Верстка: ИП Резниченко А.С.

Интернет-поддержка: ИП Закиров Р.Ф.

Отдел рекламы: reklama@mvgr.ru

Отдел подписки: podpiska@mvgr.ru

Отдел доставки: dostavka@mvgr.ru

Журнал «Вестник гражданского права»

выходит три раза в полугодие.

«Вестник гражданского права» зарегистрирован

Федеральной службой по надзору

за соблюдением законодательства

в сфере массовых коммуникаций

и охране культурного наследия.

Рег. № ФС77-25484 от 14 августа 2006 г.

Учредители:

**[В. ЕМ]**, А.А. Маковский, Е.А. Суханов

Издатель: ООО «Издательский дом В. Ема»

119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2.

тел.: +7 (495) 649 18 06; www.mvgr.ru

Перепечатка материалов из журнала

«Вестник гражданского права»

допускается только с согласия Издателя.

Ссылка на источник опубликования обязательна.

Издатель или Редакция не дают справок

и консультаций и не вступают в переписку.

Рукописи не возвращаются.

Учредитель, Издатель не несут ответственности

за содержание рекламы и объявлений.

Мнения, высказываемые в публикациях

авторов, не обязательно отражают

официальную точку зрения организаций,

которые они представляют.

ISSN 1992-2043

Журнал «Вестник гражданского права»

включен в Перечень ведущих рецензируемых

научных журналов и изданий, в которых

должны быть опубликованы основные

научные результаты диссертаций

на соискание ученой степени

доктора и кандидата юридических наук

# CIVIL LAW

## REVIEW

**No. 1**

2018

Vol. 18

### **Editorial Council**

Jürgen BASEDOW  
Bea VERSCHRAEGEN

V.V. VITRIANSKY

G.A. GADZHIEV

A.G. DOLGOV

**V. EM**

I.S. ZYKIN

A.A. IVANOV

A.S. KOMAROV

Helmut KOZIOL

P.V. KRASHENINNIKOV

A.L. MAKOVSKY (chairman)

L.A. NOVOSELOVA

E.A. SUKHANOV

V.V. CHUBAROV

V.F. YAKOVLEV

### **Editor-in-Chief**

E.A. SUKHANOV

### **Deputy Editor-in-Chief**

A.E. SHERSTOBITOV

### **Managing and Executive Editor**

M.L. BASHKATOV

### **Editorial Board**

Reiner WEDDE, E.V. VERSHININA,

Jan DVOŘÁK, A.V. EGOROV,

O.M. KOZYR, A.N. KUCHER,

A.A. MAKOVSKAYA, E.A. PAVLOVA,

S.V. SARBASH, S.A. SINITSYN,

S.V. TRETIAKOV, A.M. SHIRVINDT

Assistant to Executive Editor D.S. Kochergin

Production Editor O.V. Vinogradova

Design: A.G. Orlova

Layout: A.S. Reznichenko

Internet Support: R.F. Zakirov

Advertising Dep.: reklama@mvgp.ru

Subscription Dep.: podpiska@mvgp.ru

Delivery Dep.: dostavka@mvgp.ru

The Journal «Civil Law Review»

is being published three times

in a half of the Year.

«Civil Law Review» is registered

by the Federal Service for supervision  
of legislation in mass communications  
and cultural heritage protection (Russia).

Reg. No. FS77-25484 of August 14, 2006.

Founders:

**V. Em**, A.L. Makovsky, E.A. Sukhanov

Publisher: LLC «V. Em Publishing House»

119454, Moscow, Lobachevskogo st., 92,  
building 2.

Phone: +7 (495) 649 18 06; www.mvgp.ru

Reprint and republication of all the materials  
of the Civil Law Review Journal are allowed  
only with the consent of the Publisher.

The appropriate reference to the source  
of publication is obligatory.

The Publisher and the Editor's office do not  
render information and consultations and  
do not enter into correspondence.

Manuscripts are not being returned.

The Founders and the Publisher are not  
responsible for the content of advertisements  
and announcements.

The opinions expressed in the publications  
refer to the authors and do not necessarily  
reflect the official view of the organizations  
they represent.

ISSN 1992-2043

The Civil Law Review Journal

is included into the official governmental  
List of leading peer-reviewed scientific  
periodicals (Russia)

## СОДЕРЖАНИЕ

Владимир Саурсеевич Ем (1952–2018)

3



### ПРОБЛЕМЫ ЧАСТНОГО (ГРАЖДАНСКОГО) ПРАВА

Вещное обеспечение как механизм контроля и управления  
активами должника

*Р.С. Бевзенко*

10

Некоторые вопросы охраны интеллектуальных прав  
при создании объектов путем 3D-печати

*А.Е. Сухарева*

23

Актуальность конструкции консорциумов для российского права

*Э.Ю. Витоль, Г.С. Тюляев*

50



### ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО В КОММЕНТАРИЯХ

Проблемные вопросы применения ст. 174 ГК РФ

*А.Г. Карапетов*

86



### ПОЛИТИКА ПРАВА

Из практики Совета при Президенте Российской Федерации  
по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства

Экспертное заключение по проектам федеральных законов  
«О государственном (муниципальном) социальном заказе на оказание  
государственных (муниципальных) услуг в социальной сфере», «О внесении  
изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи  
с принятием Федерального закона «О государственном (муниципальном)  
социальном заказе на оказание государственных (муниципальных) услуг  
в социальной сфере»»

150

Экспертное заключение по проекту федерального закона «О внесении  
изменений в Федеральный закон «О государственной регистрации  
недвижимости» и иные законодательные акты Российской Федерации»

154

Экспертное заключение по проекту федерального закона  
«О внесении изменений в статью 1 Федерального закона «О закупках  
товаров, работ, услуг отдельными видами юридических лиц»»

186



## ИНОСТРАННАЯ НАУКА ЧАСТНОГО ПРАВА

Гармонизация и фундаментальные вопросы европейского деликтного права  
(окончание)

*Хельмут Коциоль*

189

Общая доктрина конкуренции способов защиты  
в европейском банкротном праве

*Алекс Геерт Кастерманс, Рубен де Граафф*

268



## КРИТИКА И РЕЦЕНЗИИ

Пандектистика: портрет на фоне мифа  
(по поводу выхода сборника статей «Wie pandektistisch war die Pandektistik?»)

*А.М. Ширвиндт*

293

## TABLE OF CONTENTS

Vladimir Saurseevich Em (1952–2018)

3



### PROBLEMS OF CIVIL LAW

Real Security as Creditor's Power to Control and Manage the Collateral

*R.S. Bevzenko*

10

Selected Issues of IP Rights Protection  
in Course of the Creation of Objects by 3D-printing

*A.E. Sukhareva*

23

The Relevance of the Legal Concept of Consortia for Russian Law

*E.Yu. Vitol, G.S. Tiuliaev*

51



### CIVIL LAW IN COMMENTARIES

Problems of Application of Article 174 of the Civil Code  
of the Russian Federation

*A.G. Karapetov*

86



### LEGAL POLICY

Current Papers of the Council for Codification and Improvement  
of Civil Legislation Attached to the President of the Russian Federation

Expert Resolution on the Draft Bills «On the State (Municipal) Social Order  
for the Provision of State (Municipal) Services in the Social Sphere»,  
«On Amendments to Some Legislative Acts of the Russian Federation Following  
the Adoption of the Federal Law «On the State (Municipal) Social Order  
for the Provision of State (Municipal) Services in the Social Sphere»»  
**150**

Expert Resolution on the Draft Bill «On Amendments to the Federal Law  
«On State Registration of Real Estate» and Other Legislative Acts  
of the Russian Federation»  
**154**

Expert Resolution on the Draft Bill «On Amendments to Article 1  
of the Federal Law «On Procurement of Goods, Works, Services  
by Some Types of Legal Entities»»  
**186**



#### **FOREIGN STUDIES IN PRIVATE LAW**

Harmonisation and Fundamental Questions of European Tort Law  
(finale)  
*Helmut Koziol*  
**189**

The General Concept of Concurrence Applied  
to European Insolvency Law  
*Alex Geert Castermans, Ruben de Graaff*  
**269**



#### **CRITICS AND REVIEWS**

*Pandektistik*: Portrait Against the Background of a Myth  
(on the Collection of Articles «Wie pandektistisch war die Pandektistik?»)  
*A.M. Shirvindt*  
**293**

# ОБЩАЯ ДОКТРИНА КОНКУРЕНЦИИ СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ В ЕВРОПЕЙСКОМ БАНКРОТНОМ ПРАВЕ\*



АЛЕКС ГЕЕРТ КАСТЕРМАНС,

академический директор,  
профессор гражданского права Института частного права  
(Школа права Университета Лейдена, Нидерланды)

РУБЕН ДЕ ГРААФФ,

аспирант Института частного права  
(Школа права Университета Лейдена, Нидерланды)

DOI: 10.24031/1992-2043-2018-18-1-268-292

*В статье рассматриваются вопросы конкуренции способов защиты в европейском банкротном праве на национальном, международном и наднациональном уровнях. Авторы обращаются к различным подходам и методам, сформировавшимся в теории и правоприменении, и предлагают возможное решение проблемы конфликта норм разных уровней и юрисдикций.*

*Ключевые слова: Favini Meerssen B.V.; actio Pauliana; равенство кредиторов; гармонизация; недопустимость удвоения ответственности; функциональное разделение компании; решение собрания акционеров; Регламент Брюссель I; Регламент Рим II.*

---

\* Перевод с разрешения авторов выполнил Сергей Ксензовец, магистр юриспруденции (РШЧП). Примечания переводчика даны в квадратных скобках. Мне бы хотелось выразить признательность господину Яну Спаньярду (*Jan Spanjaard*) за его ценные комментарии к первому проекту перевода и авторам за предоставленные пояснения по тексту статьи. Я также выражаю благодарность Анне Калиниченко (LL.M., Университет Лейдена, Нидерланды) и Юрию Гулеватому (LL.M., Университет Лейдена, Нидерланды) за их вклад в коррекцию финального проекта перевода.



# THE GENERAL CONCEPT OF CONCURRENCE APPLIED TO EUROPEAN INSOLVENCY LAW



ALEX GEERT CASTERMANS,

Academic Director, Professor in Private Law at the Institute for Private Law  
(Leiden Law School, Netherlands)

RUBEN DE GRAAFF,

Ph.D Candidate at the Institute for Private Law  
(Leiden Law School, Netherlands)

*The present article deals with the questions of concurrence applied to European insolvency law which are raised and discussed considering national, international and supranational issues. The authors address the various methods and concepts developed in case law and doctrine in order to provide a possible answer to the problem of conflict of different levels and sites.*

*Keywords: Favini Meerssen B.V.; actio Pauliana; paritas creditorum; harmonization; non-cumul des responsabilités; division of a company; shareholder's meeting; Brussels I Regulation; Rome II Regulation.*

## 1. ВВЕДЕНИЕ

Арбитражный управляющий компании *Favini Meerssen B.V.* предъявил *actio Pauliana* к компании *Favini Real Estate B.V.* Семья Фавини предположительно разделила компанию таким образом, чтобы сделать активы недостижимыми для кредиторов. Вследствие отсутствия имущества *Favini Meerssen* была не способна исполнить свои обязательства. Однако *Favini Real Estate* заявила, что *actio Pauliana* неприменим в случае реорганизации в форме разделения, поскольку защита интересов кредиторов предусмотрена ст. 2:334и Гражданского кодекса Нидерландов (далее – ГКН). Согласно этому специальному режиму только суд имеет право признать разделение недействительным в течение шестимесячного срока со дня публичного оповещения о разделении и только в строго определенных ситуациях.

Два конкурирующих режима с разными целями и уровнями защиты. Вправе ли арбитражный управляющий выбирать или же *actio Pauliana* и ст. 2:334а ГКН применяются на взаимоисключающей основе? Голландскому частному праву

известен удобный метод толкования, который позволяет решить проблему конкуренции способов защиты (требований). В этой статье мы бы хотели исследовать, применим ли такой подход в сфере европейского конкурсного права.

Во-первых, мы представим общее понятие конкуренции способов защиты и его применение в голландском банкротном праве (разд. 2). В литературе ставится под сомнение возможность использования этого метода в случаях коллидирующих норм различных правовых порядков (разд. 3). Пример *Favini* показывает, что, несмотря на то, что гармонизация конкурсных процедур все еще находится в определенном упадке, проблема конкуренции все же может возникнуть в результате действия Директивы, затрагивающей вопросы разделения публичных компаний с ограниченной ответственностью (разд. 4). К сожалению, Верховный суд Нидерландов в этом деле пренебрег доктриной конкуренции способов защиты (разд. 5). Вместе с тем применение концепции конкуренции требований в широком европейском контексте все еще требует одобрения. Вопросы коллизии могут также возникнуть и в сфере международного частного права в случаях, когда различные основания требований рассматриваются в разных юрисдикциях или на основании разного применимого права (разд. 6). Мы приходим к выводу о чрезвычайной важности метода толкования при решении вопросов умножения, наложения и конфликта разных уровней и юрисдикций внутри европейского частного и конкурсного права. Голландский подход может послужить отправной точкой и вдохновляющим примером (разд. 7).

## 2. КОНКУРЕНЦИЯ СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ В ЧАСТНОМ ПРАВЕ ГОЛЛАНДИИ

На практике стороны и суды зачастую вынуждены сталкиваться с разными правилами и средствами правовой защиты, которые находятся в состоянии конфликта применительно к конкретному делу. Их цель, природа и предназначение могут различаться. Один правовой режим может предоставлять больше преимуществ для истца и быть менее выгодным для ответчика. Например, исковая давность, основание и объем ответственности могут различаться в зависимости от того, идет речь о деликтном иске или требовании из договора. Это наталкивает на вопрос: какое влияние оказывает применение одного режима на другой режим? Можно ли их применять одновременно или необходимо исключить применение одного режима в угоду другому? И если признать верным последнее, то кто должен делать выбор – истец или суд?

В голландском частном праве для ответа на эти вопросы используется особый метод толкования. Его назначение состоит в том, чтобы не давать ответ в каждом конкретном деле<sup>1</sup>, но направлять применение правил о конкуренции способов

<sup>1</sup> Снейдерс и Брюннер уже применяли доктрину для этих целей. См. W. *Snijders*, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe BW, in: J.F. *Glastra van Loon* (ed.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 454; C.J.H. *Brunner*, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 16.

защиты и обосновывать конечное решение. Такой подход не основан на таких максимах, как «*lex specialis derogat legi generali*», но сфокусирован на содержательном значении конкурирующих правил<sup>1</sup>. Верховный суд Нидерландов берет за основу свободу усмотрения истцом выбора средства защиты своего права: «Когда существует коллизия из нескольких самостоятельно применяемых правовых оснований, на которых истец базирует свое требование, основным принципом является то, что все основания по выбору истца применяются кумулятивно, даже если это приведет к различным юридическим последствиям, которые не могут быть присуждены в одно и то же время. Основной принцип может быть преодолен, если иное предусмотрено законом или непосредственно из него следует»<sup>2</sup>.

В ситуациях, когда различные нормы могут быть применимы к одним и тем же фактам, истец вправе выбрать те нормы, которые он желает применить (*free concurrence*). Тогда же, когда эти положения не могут быть применены кумулятивно – по причине нелогичности данного действия или противоречия букве или духу закона, – основной принцип может быть преодолен. В таких случаях истец *обязан* сделать выбор, если только законом не предусмотрено, что определенная норма должна быть применена *в исключительном порядке*<sup>3</sup>. Такой порядок достаточно строг: исключительное применение нормы допускается только тогда, «когда это предусмотрено законом или несомненно из него следует».

Такой порядок также применяется и в сфере конкурсного права. Если интересы кредитора были нарушены действиями [сделками] должника, то кредитор вправе объявить такие действия [сделки] ничтожными [и применить последствия их недействительности] на основании общеприменимого *actio Pauliana* (ст. 3:45 ГКН). Однако поведение должника – и, возможно, третьей стороны – может образовывать собой деликт. Предъявление иска из деликта может иметь преимущество для кредитора, например, когда предъявление *actio Pauliana* невозможно в связи с истечением срока исковой давности или потому что кредитор желает заявить дополнительные убытки<sup>4</sup>. Уже в 1957 г. Верховный суд Нидер-

<sup>1</sup> C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 14–15.

<sup>2</sup> HR 15 June 2007, NJ 2007/621 (Fernhout/Essent) at 4.2: «Uitgangspunt bij samenloop van meer op zichzelf toepasselijke rechtsgronden voor een door eiser gesteld vorderingsrecht is dat deze cumulatief van toepassing zijn, met dien verstande dat, indien die rechtsgronden tot verschillende rechtsgevolgen leiden welke niet tegelijkertijd kunnen intreden, eiser daaruit naar eigen inzicht een keuze mag maken. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt».

<sup>3</sup> Эта терминология отличается от терминов «накопление» и «альтернативность», широко используемых в литературе по частному праву Нидерландов. Эти понятия предполагают, что многочисленные основания должны применяться одновременно («накопление») и заявители могут только выбрать основание, когда одновременное применение невозможно («альтернативность»). Представляется, что через призму такой терминологии принцип автономии воли сторон представлен неверно. См. A.G. Castermans & H.B. Krans, *Samenloop en de toegang tot de rechter*, in: A.G. Castermans et. al. (eds.), *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009, p. 158.

<sup>4</sup> F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer: Kluwer 1998, p. 20–21.

ландов выразился предельно ясно, указав, что предъявление *actio Pauliana* не препятствует предъявлению иска из деликта<sup>1</sup>. И хотя налицо отношения типа «род-вид» («genus-species») между двумя правилами, применение деликтного состава не исключается по той причине, что *actio Pauliana* имеет особую правовую природу<sup>2</sup>. Кредитор может выбрать, предъявить один из исков или же оба<sup>3</sup>.

Как только должник признается банкротом, начинает действовать Закон Нидерландов о несостоятельности (*Faillissementswet*, далее – ЗНН). В некотором смысле это ограничивает возможности индивидуальных кредиторов. Поскольку ЗНН предоставляет единоличную власть арбитражному управляющему<sup>4</sup> обратиться за возмещением от имени кредиторов, индивидуальные кредиторы более не могут предъявлять *actio Pauliana* на основании ст. 3:45 ГКН<sup>5</sup>. В таком случае принцип свободы выбора способа защиты преодолевается специальным характером норм ЗНН.

В остальном принцип поддерживается<sup>6</sup>. Так, арбитражный управляющий вправе предъявить иск об убытках к третьему лицу, несмотря на то, что несостоятельный должник не имел бы такого иска из деликта<sup>7</sup>. Более того, кредиторы *сами* вправе предъявить такой иск из деликта к третьим лицам. Во всех перечисленных ситуациях принцип свободы выбора способа защиты был поддержан Верховным судом Нидерландов. Довод о том, что такие иски должны быть ограничены специальным характером ЗНН или принципом *paritas creditorum*, был отвергнут<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer: Kluwer 1998, p. 21–22; J.H. Nieuwenhuis, *De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad*, in: L. Timmerman (ed.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 51–64.

<sup>2</sup> F.P. van Koppen, *Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering*, Deventer: Kluwer 1998, p. 21–22; J.H. Nieuwenhuis, *De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad*, in: L. Timmerman (ed.), *Vragen rond de faillissementspauliana* (Insolad Jaarboek 1998), Deventer: Kluwer 1998, p. 51–64.

<sup>3</sup> См. HR 13 March 1959, NJ 1959/579 m.nt. L.E.H. Rutten (Van Vliet/Amsterdamsche Bank); HR 8 November 1985, NJ 1987/170 m.nt. W.L. Haardt; HR 12 May 1989, NJ 1990/130 m.nt. W.H. Heemskerk (AaBe/Ontvanger). См. J.A. Ankum, *De Pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1963, p. 85 et seq.; C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1966, p. 31 et seq.; W. Snijders, *Samenloop van wetsebepalingen in het nieuwe BW*, in: J.F. Glastra van Loon (ed.), *Speculum Langemeijer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973, p. 456.

<sup>4</sup> Статья 49 ЗНН.

<sup>5</sup> Статья 42 ЗНН.

<sup>6</sup> Даже если ясно, что отсутствовал неправомерный вывод активов в смысле ЗНН, то иск из деликта все еще может быть удовлетворен, см. HR 16 June 2000, NJ 2000/578 m.nt. P. van Schilfgaarde (Cuijk/ABN AMRO) at 3.6.

<sup>7</sup> HR 14 January 1983, NJ 1983/597 (Peeters q.q./Gatzen), m.nt. B. Wachter. Подтверждено Верховным судом Нидерландов в HR 8 November 1991, NJ 1992/174 и HR 23 December 1994, NJ 1996/628.

<sup>8</sup> HR 21 December 2001, NJ 2005, 95 (Lunderstädt/de Kok) at 3.4.4 и HR 21 December 2001, NJ 2005, 96 (Sobi/Hurks) m.nt. S.C.J.J. Kortmann at 5.1.3.

### 3. КОНКУРЕНЦИЯ СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ В ЕВРОПЕЙСКОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

До сих пор доктрина конкуренции требований использовалась для решения коллизий внутри частного права Нидерландов<sup>1</sup>. Может ли ее критерий быть использован для решения коллизий норм, относящихся к *разным* конституционным уровням или даже к *разным* юрисдикциям?

Это важный вопрос. На сегодняшний день различные сферы публичного права и европейского права оказывают влияние на частное право<sup>2</sup>. То же будет верным и в отношении конкурсного права. И хотя усилия европейского законодателя все еще сосредоточены на координации международных юрисдикций, признании [судебных решений] и применении права в процедурах трансграничного банкротства<sup>3</sup>, все же стоит упомянуть о трех изменениях. Во-первых, Европейский парламент высказался, что он считает гармонизацию «полезной и достижимой»<sup>4</sup>, и в своем отзыве Европейская комиссия отметила, что изучает влияние различий между национальными законодательствами о несостоятельности с целью понять возможное будущее гармонизации<sup>5</sup>. Во-вторых, гармонизированное европейское корпоративное право может иметь свое воздействие на конкурсное право, что можно наблюдать на примере дела *Favini* (разд. 4, 5). В-третьих, проблемы коллизии могут также возникнуть в контексте международного частного права (разд. 6).

<sup>1</sup> Cp. A.S. Hartkamp, Samenloop in het Europese privaatrecht, in: *Th.M. de Boer et al. (eds.), Strikwerda's Conclusies*, Deventer: Kluwer 2011, p. 157.

<sup>2</sup> Несколько книг были опубликованы по взаимодействию европейского права и частного права: A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht, Deventer: Kluwer 2011; A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (eds.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Deel I. Algemeen Deel (Serie Onderneming en Recht, deel 42-I), Deventer: Kluwer 2007. В Бельгии новая Общая часть посвящена «Частному и публичному праву в многоструктурных системах регулирования, судебного толкования и правоприменения»: W. van Gerven & S. Lierman, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht* (I). Algemeen Deel. Veertig jaar later, Mechelen: Kluwer 2010.

<sup>3</sup> См. Преамбулу 13 Регламента Совета ЕС 1346/2000 от 29 мая 2000 г. о конкурсных процедурах (далее – Регламент о несостоятельности).

<sup>4</sup> Резолюция Европейского парламента от 15 ноября 2011 г. с рекомендациями Комиссии по банкротным процедурам в контексте корпоративного права ЕС (2011/2006 (INI)) (2013/C 153 E/01). В своем ответе Комиссия подчеркнула, что она желает продвинуть модернизацию Регламента о несостоятельности в качестве первого шага, в то же время изучая влияние различий между национальными законами о несостоятельности на функционирование внутреннего рынка. См. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, A new European approach to business failure and insolvency, Strasbourg, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, par. 5. См. [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_en.pdf).

<sup>5</sup> Однако Комиссия указала, что модернизация Регламента о несостоятельности имеет приоритет. См. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, A new European approach to business failure and insolvency, Strasbourg, 12.12.2012, COM(2012) 742 final, par. 5. См. [http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/civil/files/insolvency-comm_en.pdf).

Различные сферы права требуют координации. Можно ли использовать доктрину конкуренции для этой цели? Очевидно, что в этих случаях решение не будет продиктовано только лишь толкованием, но придется задействовать конституционные принципы, такие как иерархия и верховенство<sup>1</sup>. Влияние этих принципов и позволило Бакелзу (*Bakels*) выступить *против* использования этого метода для разрешения «вертикальных» конфликтов<sup>2</sup>, а также послужило основанием для Зибурга (*Sieburgh*) считать, что проблема конкуренции не возникает, как только норма национального права противоречит норме права Европейского Союза. В таком случае норма права ЕС выбивает национальное право со сцены<sup>3</sup>. Согласно указанным авторам концепция конкуренции способов защиты может играть лишь незначительную роль в случае наложения различных сфер права друг на друга в одном деле.

Но позвольте нам не сразу перейти к выводам. Как минимум то же произойдет и в сфере конституционного права: всевозрастающее число авторов доказывают, что результат коллизионного конфликта должен определяться *существом* задействованных норм, а не только обращением к *иерархии*. Для наглядного примера обратимся к Де Бурка (*De Búrca*), который различает «два распространенных и сильно контрастирующих интеллектуальных подхода... к умножению, параллелизму и конфликту правовых правопорядков на мировой арене»<sup>4</sup>. С одной стороны, мы имеем *сильный конституционалистский подход*, который апеллирует к «некоторой системной целостности» и продвигает «согласованную иерархичность... для целей разрешения властного конфликта между уровнями и локализациями (*levels and sites*)»<sup>5</sup>. С другой стороны, ему противостоит *сильный плюралистский подход*, акцентирующий внимание на множественности различающихся национальных и международных правовых систем и продвигающий своеобразие и различия в ущерб «суверенности или подходам всеобщей гармонизации»<sup>6</sup>. В этой дискуссии Де Бурка предлагает *мягкий кон-*

<sup>1</sup> Cp. A.S. Hartkamp, Samenloop in het Europese privaatrecht, in: Th.M. de Boer et al. (eds.), Strikwerda's Conclusies, Deventer: Kluwer 2011, p. 158.

<sup>2</sup> F.B. Bakels, Aspecten van samenloop (I), WPNR 2009-6796, par. 3.1.

<sup>3</sup> C.H. Sieburgh, Ich weiß nicht was soll es bedeuten, in: A.G. Castermans et al. (eds.), Ex libris Hans Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 243 и p. 249–250. Зибург (*Sieburgh*) указывает, что национальное частное право все еще должно решать некоторые проблемы конкуренции даже после того, как национальная норма права была исключена из действия.

<sup>4</sup> G. de Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*, Harvard International Law Journal 2010-1, p. 31. См. в целом R. Barents, De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralisme, SEW 2009-21; A. von Bogdandy, Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law, International Journal of Constitutional Law 2008-6, p. 397–413; N. Walker, Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders, Int. J. Constitutional Law 2008, p. 397.

<sup>5</sup> G. de Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*, Harvard International Law Journal 2010-1, p. 36–37.

<sup>6</sup> Ibid., p. 32–33.



ституционалистский подход, который «настаивает не на чистой иерархичности норм, но скорее на согласованных и общепризнанных принципах разрешения конфликтов»<sup>1</sup>. Такая критика находит отклик у цивилистов: «Возможно, что азбучный ответ будет таким: сослаться на принцип верховенства и тем самым прийти к иерархически обусловленному выводу, что один набор ценностей берет верх над другим внутри системы разрешения коллизий права в ЕС. Такое замечание, по всей видимости, устарело и в этом контексте анахронистично, особенно принимая во внимание, что принцип задумывался для урегулирования скорее межгосударственных отношений, нежели частных»<sup>2</sup>.

И хотя европейские системы частного права сталкиваются с теми же проблемами, например в области взаимодействия договорного и деликтного права<sup>3</sup>, нельзя сказать, что они уже придерживаются общего согласованного метода толкования. Конкретные проблемы конкуренции находят чрезвычайно разные решения в теории<sup>4</sup>, и несколько стран, можно сказать, связали себя с общей концепцией конкуренции, которая получила полное развитие в академическом дискурсе и правоприменительной практике<sup>5</sup>.

Это вовсе не означает, что не существует нужды в методе, созданном специально для частных правоотношений. Более того, сближение в данном вопросе представляется вполне возможным. Некоторые из основных выше обсужденных принципов также признаются в европейском частном праве. В Проекте общей справочной системы (*Draft Common Frame of Reference*), например, свобода выбора кумулятивного способа защиты является базовым принципом – в части соотношения внедоговорной ответственности с другими областями частного права<sup>6</sup> или в части способа судебной защиты из нарушения договора<sup>7</sup>. Принцип не дей-

<sup>1</sup> G. de Búrca, The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi*, Harvard International Law Journal 2010-1, p. 39.

<sup>2</sup> G. Low & E. Muir, The Privatization of European law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin (Editorial), European Review of Private Law 2013-5/6, p. 1161. Cp. W. van Gerven & S. Lierman, Beginselen van Belgisch privaatrecht (I). Algemeen Deel. Veertig jaar later, Mechelen: Kluwer 2010, p. 170.

<sup>3</sup> Cp. C. von Bar & U. Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study, München: Sellier European Law Publishers 2004.

<sup>4</sup> Например, (очевидная) разница между принципом свободной конкуренции исков и принципом *non-cumul des responsabilités* (недопустимости удвоения ответственности). Или деликтное право исключается в силу принципа (*non-cumul*), или менее выгодный режим исключается как следствие выбора истца (*free concurrence*).

<sup>5</sup> Что уже было отмечено с сожалением C.J.H. Brunner, Beginselen van samenloop, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 3.

<sup>6</sup> Например, ст. VI.-1:103 DCFR.

<sup>7</sup> Статья III.-3:102 DCFR. Другой пример – ст. II.-1:107(2) DCFR, которая устанавливает, что смешанные договоры регулируются всеми применимыми правилами, если не противоречат природе и назначению договора. См. исключения из этого правила в ст. II.-1:107(3) DCFR.

ствует только тогда, когда способы судебной защиты несовместимы, а требование о субсидиарном способе защиты удовлетворяется только при условии специального регулирования правовых последствий этим режимом<sup>1</sup>. Похожие положения можно найти в предлагаемом [проекте] Общего европейского закона о купле-продаже (*Common European Sales Law*)<sup>2</sup>, в то время как Европейский суд применяет те же базовые принципы в случае коллизии норм права ЕС<sup>3</sup>.

С точки зрения перспектив конституционного и частного права попытка при-менять этот метод толкования не кажется столь уж плохой. Однако будет ли его применение полезным на практике? Для того чтобы ответить на этот вопрос, мы должны вернуться к делу *Favini*, в котором арбитражный управляющий попы-тался повернуть разделение компании *Favini*, процедура которого урегулирова-на Директивой ЕС, с помощью *actio Pauliana*.

#### 4. Влияние разделения компании на права кредиторов

*Favini S.p.A.* (Италия) – материнская компания *Favini N.V.* (далее – *Favini Nederland*), которая в свою очередь является материнской компанией *Favini Meerssen B.V.* (далее – *Favini Meerssen*) – бумажной фабрики, расположенной в Нидерландах. *Favini S.p.A.* предоставила заем компании *Favini Nederland*, кото-рая в свою очередь предоставила [сумму] полученного кредита *Favini Meerssen*<sup>4</sup>. Первоначальный заем был предоставлен консорциумом итальянских банков, которым в качестве обеспечения был предоставлен залог с первоочередным пра-вом требования на помещения *Favini Meerssen*. После функционального разде-ления внутри группы *Favini* 29–30 декабря 2005 г. помещения, собственником

<sup>1</sup> См., например, C. von Bar & E. Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*. Vol. 4, Munich: Sellier 2009, p. 3117. Однако ст. I.-1:102(5) *DCFR* упоминает прави-ло принципа *lex specialis*: «Там, где общее правило и специальное правило применяются к кон-кретной ситуации в рамках общего правила, специальное правило имеет преимущественную силу в случае любого противоречия».

<sup>2</sup> Например, ст. 106(6) и 131(4) *CESL*: «Средства судебной защиты, которые не исключают друг друга, могут быть использованы одновременно»; ст. 57 *CESL*: «Сторона, уполномоченная на защиту права согласно настоящей Главе [«Порок в согласии», *AGC/RdG*], в обстоятельствах, которые позволяют стороне использовать средство защиты вследствие неисполнения обязательства, может выбрать одно из этих средств». См. A.G. Castermans & R. de Graaff, *Samenloop in een meerlagige rechtsorde*. Verval en verjaring in het Europees contractenrecht, in: C.G. Breedveld-de Voogd et al. (eds.), *Rechts-vinding in een meerlagige rechtsorde* (BWKJ 28), Deventer: Kluwer 2013, p. 43–65.

<sup>3</sup> Cp. A.S. Hartkamp, *Samenloop in het Europese privaatrecht*, in: Th.M. de Boer et al. (eds.), *Strikwerda's Conclusions*, Deventer: Kluwer 2011, p. 157. Hartkamp приводит в пример конкуренцию меж-ду правом на свободное перемещение и антимонопольным правом – ECJ 15 December 1995, C-415/93, ECR 1995, p. I-4921 (UEFA/Bosman) – или между разными применимыми директива-ми – ECJ 22 April 1999, C-423/97, ECR 1999, p. I-2195 (Travel Vac SL/Sanchis).

<sup>4</sup> См. также описание фактических обстоятельств: Мнение Генерального прокурора Тиммерма-на, ECLI:NL:PHR:2013:922, par. 1.



которых была *Favini Meerssen* (балансовая стоимость: 8 530 000 евро), были приобретены [в порядке правопреемства] вновь созданным *Favini Real Estate B.V.*, так же как и долг *Favini Meerssen* перед *Favini Nederland* согласно условиям существующих кредитов (балансовая стоимость: 8 529 999 евро)<sup>1</sup>. Двумя годами позже *Favini Meerssen* была признана банкротом.

Совершенно очевидно, что такое разделение могло неблагоприятно повлиять на интересы кредиторов. Какие защитные механизмы предоставляет право в такой ситуации? Реорганизация в форме разделения публичных и частных компаний с ограниченной ответственностью регулируется ст. 2:334а ГКН и сл.<sup>2</sup> Этот режим расписывает процедуру предельно детально. Во-первых, советы директоров вовлеченных компаний должны сформулировать детализированное предложение<sup>3</sup>, включая информацию о разделении активов<sup>4</sup>. Это предложение должно быть сопровождено пояснительной запиской, включающей причины разделения компании, а также правовые, экономические и социальные последствия<sup>5</sup>. Эти документы, в том числе ежегодные бухгалтерские и иные отчеты, должны быть представлены в торговый реестр<sup>6</sup>. Совет директоров должен известить общее собрание акционеров<sup>7</sup>, и предложение должно быть опубликовано в национальной газете<sup>8</sup>. С этого времени кредиторам предоставляется один месяц на подачу возражений против будущего разделения, при условии, что правоотношение с их участием не передается в полном объеме<sup>9</sup>, или при условии, что им не было

<sup>1</sup> И хотя материнская компания из Италии, разделение *Favini Meerssen* само по себе было внутренним (национальным) делом. Транснациональное разделение не регулируется ГКН. Однако непонятно, получится ли такое разделение, поскольку ст. 2:334b ГКН предписывает вовлеченным юридическим лицам иметь одинаковый юридический статус [организационно-правовую форму]. Это означает потенциальный конфликт с правом создания, гарантированным ст. 49 и сл. Договора о функционировании ЕС. Некоторые решения Европейского суда представляются важными в этом смысле: ECJ 27 September 1988, 81/87, ECR 1988, p. 5483 (Daily Mail); ECJ 5 November 2002, C-208/00, ECR 2002, p. I-9919 (Überseering); ECJ 13 December 2005, C-411/03, ECR 2005, p. I-10805 (Sevic); ECJ 16 December 2008, C-210/06, ECR 2008, p. I-9641 (Cartesio); CJEU 29 November 2011, C-371/10, ECR 2011, p. I-12273 (National Grid Indus); CJEU 12 July 2012, C-378/10, NJ 2012/581 (VALE). См. дискуссию о транснациональных слияниях, разделениях и изменениях юридического статуса: W.J.M. van Veen, Grensoverschrijdende omzetting, – fusie en – splitsing na het VALE-arrest, WPNR 2013-6981, p. 512–525.

<sup>2</sup> См. подробное обсуждение этого режима: B. Wessels, Splitsing van het onsplitsbare? Enige vermogensrechtelijke kanttekeningen bij «splitsing» als rechtshandeling tot overgang van vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel, Stichting & Vereniging 1997, p. 175–185.

<sup>3</sup> Статья 2:334f ГКН.

<sup>4</sup> Статья 2:334f(d) ГКН.

<sup>5</sup> Статья 2:334g ГКН.

<sup>6</sup> Статья 2:334h ГКН.

<sup>7</sup> Статья 2:334i ГКН.

<sup>8</sup> Статья 2:334h(3) ГКН.

<sup>9</sup> Статья 2:334j ГКН.

предоставлено обеспечение в соответствии с их запросом<sup>1</sup>. Окончательное решение о разделении утверждается собранием акционеров<sup>2</sup>, но вступает в силу только посредством акта о нотариальном удостоверении<sup>3</sup>.

После совершения акта о нотариальном удостоверении суд вправе признать разделение недействительным не только потому, что акт о нотариальном удостоверении не аутентичный<sup>4</sup>, или потому, что другие формальные требования не соблюдены<sup>5</sup>, но и по причине того, что решение собрания акционеров, лежащее в основе, является ничтожным (*nietig*), не порождающим юридических последствий (*niet van kracht*) или может быть признано недействительным (*grond tot vernietiging*)<sup>6</sup>. Кредиторам не стоит ожидать слишком многого от этих возможностей<sup>7</sup>. Решение собрания акционеров ничтожно только тогда, когда противоречит закону или уставу<sup>8</sup>. Оно может быть признано недействительным в случае несоблюдения формальных требований<sup>9</sup>, или если противоречит принципу добросовестности<sup>10</sup>. Последний подразумевает отношения между юридическим лицом и лицами, вовлеченными в его реорганизацию, а не стандарты добросовестности между кредиторами и должниками<sup>11</sup>. Кроме того, суд не должен при-

<sup>1</sup> Статья 2:334к ГKN.

<sup>2</sup> Статья 2:334m(1) ГKN.

<sup>3</sup> Статья 2:334п(1) ГKN. Этот нотариальный акт должен быть совершен в течение шести месяцев после публичного заявления о предложении.

<sup>4</sup> Статья 2:334u(1)(a) ГKN.

<sup>5</sup> См. ст. 2:334u(1)(b) ГKN. Кроме ситуации, содержащейся в ст. 2:334b(7) ГKN, ликвидированное или признанное банкротом юридическое лицо не может быть разделено (ст. 2:334b(5) и (6) ГKN); акт о нотариальном удостоверении не может быть совершен, если кредиторы предъявили свои возражения (ст. 2:334l(3) ГKN); нотариус должен удостоверить, что все требования соблюдены (ст. 2:334п(2) ГKN, первое предложение). Для учреждений («*stichtingen*») предусмотрено другое требование (ст. 2:334u(1)(d) ГKN): суд должен подтвердить решение совета директоров корпорации (ст. 2:334m(5) ГKN).

<sup>6</sup> Статья 2:334u(1)(c) ГKN. Эта часть, таким образом, регулируется общими положениями о недействительности ГKN. Ср. B. Wessels, *Splitsing van het onsplitsbare? Enige vermogensrechtelijke kanttekeningen bij «splitsing» als rechtshandeling tot overgang van vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel*, Stichting & Vereniging 1997, p. 179. Согласно Весселсу специальный режим ст. 2:334u отменяет общие положения о недействительности согласно Книге 3 Титула 2 ГKN.

<sup>7</sup> В этом параграфе недействительные решения не обсуждаются отдельно, поскольку эта тема выходит за рамки настоящего исследования. Для дальнейшего объяснения этих подтем см. A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 85–86.

<sup>8</sup> Статья 2:14(1) ГKN.

<sup>9</sup> Статья 2:15(1)(a) ГKN касается правовых или статутных требований («*strijd met wettelijke of statutaire bepalingen die het tot stand komen van besluiten regelen*»), ст. 2:15(1)(c) ГKN касается внутренних правил и регламентов («*strijd met een reglement*»).

<sup>10</sup> Статья 2:15(1)(b) ГKN, которая отсылает к ст. 2:8 ГKN.

<sup>11</sup> Статья 2:8(1) ГKN. Также остается вопросом, можно ли квалифицировать кредиторов как «акционеров» с обоснованным интересом, необходимым для того, чтобы предъявить подобное требование в первую очередь. См. ст. 2:15(3)(a) ГKN и A.J.M. Klein Wassink, *Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 70–74.

знавать разделение недействительным, если недостатки были устранены<sup>1</sup> или если приведение юридических последствий разделения в первоначальное состояние будет проблематичным<sup>2</sup>. Когда формальные требования соблюдены, кредиторы и арбитражный управляющий «упираются в кирпичную стену»<sup>3</sup>.

Нельзя сказать, что кредиторы остаются безоружными. Как только компании разделены, кредиторы все еще могут потребовать изменения или расторжения заключенных договоров<sup>4</sup> и истребовать последовавшие убытки<sup>5</sup>. По предъявлении акта о нотариальном удостоверении в публичный реестр кредиторам предоставляется шесть месяцев для предъявления соответствующих исков – либо в отношении разделения<sup>6</sup>, либо в отношении существующих договорных обязательств<sup>7</sup>. По истечении этого периода кредиторы могут получить возмещение только посредством предъявления соответствующих требований к юридическим лицам в отношении определенных существующих долгов<sup>8</sup> или обязательств<sup>9</sup>.

В литературе обсуждается вопрос, предоставляет ли такой режим достаточную защиту кредиторам<sup>10</sup>. Особенно это касается иностранных кредиторов, которые не всегда могут быть вовремя и надлежащим образом информированы и извещены о предъявлении своих исков<sup>11</sup>. В рассматриваемом деле арбитражный управ-

<sup>1</sup> Статья 2:334u(4)(a) ГКН.

<sup>2</sup> Статья 2:334u(4)(b) ГКН.

<sup>3</sup> Ср. *J.W. van de Horst*, *Positie van schuldeisers bij een juridische splitsing: artikel 2:334u BW onder de loep*, V&O 2011-2, p. 24.

<sup>4</sup> Статья 2:334r(1) ГКН.

<sup>5</sup> Статья 2:334r(3) ГКН.

<sup>6</sup> Статья 2:334u(3) ГКН. Подобное основание иска может быть заявлено только «участником, акционером, членом совета директоров или другим заинтересованным лицом» (ст. 2:334u(2) ГКН). Некоторые авторы считают, что кредиторы не могут предъявлять такой иск, поскольку они не вовлечены прямо в разделение или их интересы защищаются иными правовыми средствами. См., например, *M. van Offen, F.K. de Bruijn & P.H.M. Simonis*, *Splitsing van ondernemingen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 102; *M.J.G.C. Raaijmakers*, «Belanghebbende» bij vernietiging van door de rechtbank goedgekeurde fusie van stichtingen, *Ars Aequi* 1992, p. 421–426. Другие авторы отмечают, что отсутствуют основания считать, что законодатель намеревался исключить кредиторов из числа лиц, имеющих право предъявлять подобные иски, – позиция, поддерживаемая и нами. См., например, *J.W. van de Horst*, *Positie van schuldeisers bij een juridische splitsing: artikel 2:334u BW onder de loep*, V&O 2011-2, p. 21–25. Схожие взгляды и дальнейшее обсуждение см.: Мнение Генерального прокурора Тиммермана в деле *Favini*, ECLI:NL:PHR:2013:922, par. 3.9 и сн. 16.

<sup>7</sup> Статья 2:334r(2) ГКН.

<sup>8</sup> Статья 2:334s(4) ГКН.

<sup>9</sup> Статья 2:334t ГКН.

<sup>10</sup> *J.N. Schutte-Veenstra*, *Enkele kanttekeningen bij het vennootschappelijk verzetrecht van crediteuren*, TVVS 1996-11, p. 293–298.

<sup>11</sup> Генеральный прокурор Тиммерман также выражал свои сомнения в такой защите, см. ECLI:NL:PHR:2013:922, par. 3.10.

ляющий компании заявил, что семья *Favini* избирательно использовала институт разделения, чтобы вывести имущество из досягаемости кредиторов. Без имущества на балансе *Favini Meerssen* будет не способна исполнить свои обязательства перед кредиторами. Сверх того, действительная стоимость помещений на момент разделения составляла бы 25 340 000 евро, а не 8 530 000 евро. В защиту интересов кредиторов арбитражный управляющий предъявил *actio Pauliana*, заявив, что разделение было недействительным на основании ст. 42 ЗНН. В соответствии с этим режимом суд сможет оценить действия вовлеченных компаний. К тому же кредиторы и арбитражный управляющий не обязаны обращаться в суд в течение шести месяцев после представления акта о нотариальном удостоверении решения собрания акционеров о разделении в публичный реестр, и, более того, возможная недействительность акта не будет регулироваться формальными требованиями ст. 2:334и ГКН.

Два конкурирующих режима с разными целями и уровнями защиты. Вправе ли арбитражный управляющий выбирать или же *actio Pauliana* и ст. 2:334и ГКН применяются на взаимоисключающей основе?

#### 5. ДОКТРИНА КОНКУРЕНЦИИ СПОСОБОВ ЗАЩИТЫ, НЕ ПРИНЯТАЯ ВО ВНИМАНИЕ ВЕРХОВНЫМ СУДОМ НИДЕРЛАНДОВ

Директива ЕС, на которой зиждется эта доктрина, регулирует только ситуации, в которых разделяемая компания перестает существовать<sup>1</sup>. Однако нидерландский законодатель расширил ее применение на ситуации вроде дела *Favini*, в которых разделяемая компания продолжает существовать [речь идет о *выделении*]<sup>2</sup>. В дополнение к этому нидерландский законодатель распространил этот режим на все юридические лица Книги второй ГКН<sup>3</sup>. И хотя это напрямую не означает применения права ЕС, кажется правильным принимать во внимание и Директиву<sup>4</sup>.

Имплементируя этот режим в ГКН, законодатель не рассматривал возможность предъявления *actio Pauliana* конкурсным управляющим или кредитора-

<sup>1</sup> Статья 17(с) Шестой Директивы Совета ЕС 82/891/ЕЕС от 17 декабря 1982 г., основанной на статье 54(3)(g) Договора, касательно разделения публичных компаний с ограниченной ответственностью, ОJ L 378, 31.12.1982, р. 47–54.

<sup>2</sup> Статья 2:334а(1) и (3) ГКН. Согласно законодателью Нидерландов в подобных ситуациях затрагиваются такие же интересы. См. MvT, TK 1995–1996, 24 702, пг. 3, р. 3, пг. 7.

<sup>3</sup> Статья 2:334b(3) и (4) ГКН.

<sup>4</sup> Эта техника гармонизированного толкования была также взята на вооружение Верховным судом Нидерландов, когда предмет рассмотрения был связан, но напрямую не регулировался правом ЕС. См., например, HR 2 November 2012, RvdW 2012, 1371 (T-Mobile/Klomp) at par. 4.1, в котором Верховный суд толкует ст. 7:442 ГКН в соответствии с Директивой 86/653/ЕЕС о координации законодательств стран-участниц в части самозанятых коммерческих агентов, несмотря на то, что Директива регулирует только торговлю товарами между странами-участницами.

ми. На самом деле состояние банкротства было упомянуто лишь в контексте самого режима: может ли компания-банкрот быть разделена?<sup>1</sup> И хотя законодатель ЕС подчеркнул, что интересы кредиторов должны быть защищены, он также придал важное значение правовой определенности для компаний и третьих лиц, вовлеченных в разделение. Согласно законодателью ЕС «дела, в которых может встать вопрос недействительности, должны быть ограничены посредством предоставления защиты в результате дефектов всегда, когда это возможно, и посредством ограничения периода, в течение которого процедуры о недействительности могут быть инициированы»<sup>2</sup>. Для этого правила о недействительности разделений должны отвечать ограничительным условиям, как было продемонстрировано выше. Однако *материально-правовое* решение вопроса о признании решения собрания акционеров недействительным отдано на откуп национальному законодательству<sup>3</sup>. К тому же Директива «не должна влиять на законодательство стран-участниц в отношении признания недействительным принятого решения после проверки его законности»<sup>4</sup>. Таким образом, с точки зрения общей концепции конкуренции способов защиты *actio Pauliana* не должен быть исключен.

Апелляционный суд подтвердил, что нидерландский законодатель не уделил внимания конкретно этой проблеме. Тем не менее он постановил, что – в свете намерения законодателя ограничить число дел, в которых вопрос недействительности может возникнуть, – предъявление *actio Pauliana* не допускается. Режим ст. 2:334и ГКН должен применяться строго и на эксклюзивной основе<sup>5</sup>. Это решение было поддержано Верховным судом Нидерландов. Согласно Верховному суду Нидерландов если позволить предъявление *actio Pauliana*, то это снизит правовую определенность, предоставленную ст. 2:334 ГКН. «Специальная норма» ст. 2:334и ГКН, таким образом, подразумевает «исключительное»<sup>6</sup>

<sup>1</sup> МВТ, ТК 1995–1996, 24 702, п. 3, п. 6–7 и п. 20–21.

<sup>2</sup> Преамбула Шестой Директивы Совета ЕС 82/891/ЕЕС от 17 декабря 1982 г., основанной на статье 54(3)(g) Договора, касательно разделения публичных компаний с ограниченной ответственностью, О J L 378, 31.12.1982, п. 47–54.

<sup>3</sup> Статья 19(1) Директивы: «Законодательство стран-участниц может устанавливать положения о недействительности разделения в соответствии со следующими условиями... (b) разделения, которые имели эффект в силу статьи 15, могут быть признаны недействительными, только если отсутствовал судебный или административный превентивный контроль законности, или если они не были проведены в соответствии с предписанной формой, или если установлено, что решение общего собрания ничтожно или может быть признано недействительным согласно национальному законодательству».

<sup>4</sup> Статья 19(3) Директивы.

<sup>5</sup> Court of Appeal's Hertogenbosch 27 March 2012, JOR 2012/301, at 4.16.

<sup>6</sup> HR 20 December 2013, RvdW 2014/86 (Schreurs/Favini Real Estate) at 4.1.3. Аналогично: HR 20 December 2013, RvdW 2014/134 (Schreurs/Favini Real Estate).

применение, не оставляя пространства для возможного признания разделения недействительным в соответствии со ст. 42 ЗНН<sup>1</sup>.

Очевидно и понятно, что Верховный суд посчитал важным поступить справедливо в отношении специальных условий ст. 2:334и ГКН. Для того чтобы достичь этого результата, Верховный суд пошел по прямому и узкому пути исключения применения нормы. Примечательно, что в юриспруденции существует и иной путь. Ранее Верховный суд позволял истцу предъявлять деликтный иск, в то же время позволяя ответчику ссылаться на особые правила об ответственности или срок исковой давности в договорном праве<sup>2</sup>. Например, работодатель мог предъявить деликтный иск к бывшим директорам или работникам, но основания и объем ответственности регулировались специальными правилами, содержащимися в корпоративном и трудовом праве<sup>3</sup>. Также покупатель может предъявить деликтный иск, но к этому требованию будет применяться (сокращенный) срок исковой давности в соответствии со ст. 7:23 ГКН в части, касающейся несоответствия [договору] поставленных товаров<sup>4</sup>. Таким образом, устраняется корень проблемы: истец сохраняет право выбора наиболее удобного для него иска, тогда как за ответчиком сохраняется право на заявление возражений даже в том случае, когда они подчинены другому правовому режиму.

По общему признанию, этот подход становится сложнее, когда два применимых режима предписывают обращение в *разные* суды. Такие вопросы поднимались в контексте разрешения трудовых споров, в которых работодатель мог выбирать – предъявлять иск по договору в «кантональный суд» или деликтный иск в районный суд. В районном суде требуется профессиональное представительство, тогда как в «кантональном суде» оно не требуется. И хотя не существует предписания, что обращение в районный суд должно быть исключено, суд, в который поступило дело, может проверить, будет ли целесообразным передавать дело в другой суд<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> HR 20 December 2013, RvdW 2014/86 (Schreurs/Favini Real Estate) at 4.1.4.

<sup>2</sup> См. HR 15 June 2007, NJ 2007, 621, с аннотацией *K.F. Naak* (в случаях, если возникают противоречия между внутригосударственными навигационными судами, истец вправе выбрать между предъявлением иска об убытках в соответствии с деликтным правом или в соответствии с правом, регулирующим коллизии, но к обоим искам применяется сокращенный срок исковой давности согласно ст. 8:1793 ГКН); HR 2 December 2011, NJ 2012, 197, с аннотацией *T.F.E. Tjong Tjin Tai* (удлиненный срок исковой давности в соответствии со ст. 3:310(2) ГКН применяется к иску в силу ст. 6:175 ГКН, но также и тогда, когда иск основан на ст. 6:162 ГКН); HR 2 October 1998, NJ 1999, 682, с аннотацией *J.B.M. Vranken* (удлиненный срок исковой давности в соответствии со ст. 3:310(2) ГКН также применяется, если иск основан на деликтном праве).

<sup>3</sup> HR 2 March 2007, NJ 2007, 240 (Holding Nuts-bedrijf Westland/S c.s.), par. 3.4.4. Здесь это касалось ст. 2:9 BW (директор, не работник) и 7:661 BW (работники).

<sup>4</sup> HR 21 April 2006, NJ 2006, 272 (Inno/Sluis); HR 29 June 2007, NJ 2008, 606 (Pouw/Visser).

<sup>5</sup> A.G. Castermans & H.B. Krans, Samenloop en de toegang tot de rechter, in: A.G. Castermans et al. (eds.), Ex libris Hans Nieuwenhuis, Deventer: Kluwer 2009, p. 166–169.

Касательно дела *Favini* представляется весьма удивительным, что Верховный суд продемонстрировал крепкое намерение исключить возможность прибегнуть к *actio Pauliana*<sup>1</sup>. По нашему мнению, Верховный суд мог совершенно свободно разрешить арбитражным управляющим предъявлять иски в порядке ст. 42 ЗНН. В конце концов ст. 2:334и ГКН не может регулировать *все* правовые последствия в исключительном порядке. Если бы такой *actio Pauliana* был направлен на само разделение<sup>2</sup>, тогда он подпадал бы под формальные требования ст. 2:334и ГКН, согласно которым обращение за защитой в суд должно было быть предъявлено в шестимесячный срок<sup>3</sup>. Вместе с тем это не должно препятствовать возможности оценки действий компаний, вовлеченных в разделение<sup>4</sup>. Потому как если *actio Pauliana* нацелен не на само разделение, а на решение акционеров, то тогда отсутствует основание распространять на него специальные правила. В случае удовлетворения такого иска недействительным будет признано решение, но (еще) не разделение, для которого обращение в суд будет оставаться необходимым<sup>5</sup>.

Мы признаем, что приведение юридических последствий разделения в первоначальное состояние может быть проблематичным в некоторых случаях, что очевидно и послужило причиной, по которой законодатель хотел предоставить суду определенную степень свободы действий в отношении ст. 2:334и(4)(b) ГКН. Но сам факт того, что приведение юридических последствий разделения в первоначальное состояние может иногда быть слишком сложным, не должен по общему правилу служить основанием для исключения возможности предъявления *actio Pauliana*. Некоторые случаи, такие как дело *Favini*, могут оказаться вполне пригодными в конечном счете<sup>6</sup>. Такой казуальный подход представляется

<sup>1</sup> Верховный суд поступил так без ссылки на доктрину конкуренции в отличие от позиции Генерального прокурора. См. Мнение Генерального прокурора Тиммермана, ECLI:NL:PHR:2013:922, par. 3.5 et seq.

<sup>2</sup> И хотя авторы соглашались, что разделение – это юридический акт (что означает распространение на него условий ст. 42 ЗНН), однако дискуссия о точной квалификации продолжается. См. B. Wessels, *Splittings van het onsplitsbare? Enige vermogensrechtelijke kanttekeningen bij «splitting» als rechtshandeling tot overgang van vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel*, Stichting & Vereniging 1997, p. 178–179.

<sup>3</sup> Когда один режим предоставляет возможность обратиться в суд (ст. 2:334и ГКН), а второй режим не предоставляет ее (ст. 42 ЗНН), представляется правильным предоставить возможность обратиться в суд.

<sup>4</sup> Ср. ст. 19(3) Шестой Директивы Совета ЕС 82/891/ЕЕС от 17 декабря 1982 г., основанной на статье 54(3)(g) Договора, касательно разделения публичных компаний с ограниченной ответственностью, O J L 378, 31.12.1982, p. 47–54.

<sup>5</sup> Этот вывод отличается от Мнения Генерального прокурора Тиммермана, который считал полное исключение слишком неестественным, но все же ограничивал применение ст. 42 ЗНН только к решению акционеров. См. EC LI:NL:PHR:2013:922, par. 3.13.

<sup>6</sup> Что также было отмечено Генеральным прокурором Тиммерманом, который назвал это «вполне простым делом с одним переносом права собственности и долга», см. ECLI LI:NL:PHR:2013:922, par. 3.13.



более тонким, чем прямой и узкий путь исключительного применения. В соответствии с общей концепцией конкуренции он стремится достичь справедливости для всех заинтересованных сторон, включая интересы кредиторов и арбитражного управляющего.

## 6. МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Вплоть до настоящего времени конкуренция между *actio Pauliana* и правилами о деликтах и правовом режиме разделения анализировалась в контексте нидерландского и европейского права. Однако применение доктрины конкуренции в широком европейском контексте также требует пояснения. Не факт, что один и тот же суд будет компетентен рассматривать различные иски. Также не исключено, что *actio Pauliana* будет регулироваться тем же национальным правом, что и деликт или разделение, также неизвестно, какое национальное правило о конкуренции подлежит применению. В международном частном праве общая доктрина конкуренции не была предметом особого академического интереса<sup>1</sup>. Существующие исследования по большому счету затрагивают специфические проблемы коллизий между инструментами самого международно-го частного права<sup>2</sup>.

Базовым принципом в соответствии с Регламентом Брюссель I является то, что лица, постоянно проживающие в стране – участнице ЕС, могут быть привлечены к суду этой страны независимо от их гражданства<sup>3</sup>. Для того чтобы решить, можно ли предъявить иск к такому лицу в другой стране-участнице, за отправную точку необходимо взять классификацию исковых требований кредитора или арбитражного управляющего. И это совсем не такая простая задача, когда иск одновременно подпадает под сферу различных правил о юрисдикции. Иск может относиться к договорному правоотношению – тогда будет действовать юрисдикция суда места исполнения спорного обязательства<sup>4</sup>, или он может отно-

<sup>1</sup> Что было отмечено *Th.M. de Boer*, *Samenloop van verdragen en verordeningen op het terrein van het internationaal familierecht*, FJR 2010/117, nr. 12, p. 308–315.

<sup>2</sup> *De Boer* обращается к ограниченному объему (голандской) литературы, посвященной специальным вопросам конкуренции в международном частном праве: *J.B. Mus*, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. RUU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996; *H. Stein*, *Samenloop van executieverdragen*, in: *D.H. Beukenhorst et al.*, *Offerhauskring 25 jaar*, Deventer: Kluwer 1987, p. 185 *et seq.*; *L. Strikwerda*, *Samenlooperikelen in het internationaal procesrecht*: art. 57 EEX, in: *T. Hartlief et al.* (eds.), *CJHB* (Brunnerbundel), Deventer: Kluwer 1994, p. 389 *et seq.*; *P. de Meij*, *Samenloop van CMR-verdrag en EEX-verordening* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2003. Заметное исключение – *M.V. Polak*, *Contract, delict en IPR*, in: *I.S.J. Houben et al.* (eds.), *Samenloop*, Deventer: Kluwer 2007, p. 129–147.

<sup>3</sup> Статья 2 Регламента (ЕС) № 44/2001 от 22 Декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и коммерческим спорам (далее – Регламент Брюссель I).

<sup>4</sup> Статья 5(1)(а) Регламента Брюссель I.



ситься к деликтному праву – тогда будет действовать юрисдикция суда по месту возникновения или возможного возникновения деликта<sup>1</sup>.

Регламент Брюссель I не применяется к отношениям несостоятельности, процедурам ликвидации несостоятельных компаний или иных юридических лиц, соглашениям о правовой взаимопомощи, мировым соглашениям при банкротстве и аналогичным процедурам<sup>2</sup>. Как следствие юрисдикция по иску из деликта, предъявленному арбитражным управляющим, будет определяться не в соответствии с Регламентом Брюссель I, а в соответствии с Регламентом о несостоятельности. Иначе говоря, ответственность директоров за ненадлежащее управление будет подпадать под действие Регламента о несостоятельности<sup>3</sup>. Тот же подход применим и к *actio Pauliana*, инициированному арбитражным управляющим<sup>4</sup>, даже если он был предъявлен лицу, чье постоянное место нахождения располагается вне территории страны-участницы<sup>5</sup>.

Все же иски, инициированные индивидуальными кредиторами, не должны подпадать под действие Регламента о несостоятельности. Европейский суд решил, что *actio Pauliana*, инициированный индивидуальным кредитором, регулируется Регламентом Брюссель I<sup>6</sup>. Этот Регламент не содержит специального правила о юрисдикции для *actio Pauliana*, предъявленного кредитором, а также этот случай не входит в сферу действия деликтного права<sup>7</sup>. Таким образом, руководствуясь базовым принципом, такой иск должен быть предъявлен в суд того государства, где ответчик имеет постоянное место пребывания<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Статья 5(3) Регламента Брюссель I. Недавно Суд ЕС постановил, что ответственность за плохое управление подпадает под действие ст. 5(3) Регламента Брюссель I, указав, что в таких ситуациях «поведение, наносящее ущерб» локализуется в месте осуществления компанией своей деятельности и связанных с ней финансовых результатов. См. CJEU 18 July 2013, C-147/12, еще не опубликовано (ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB).

<sup>2</sup> Статья 1(2)(b) Регламента Брюссель I.

<sup>3</sup> P. Vlas, *Rechtspersonen*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2009, p. 198–199. Цит. по A.A.H. van Hoek, *Doorbraak van aansprakelijkheid in het IPR*, *Ars Aequi* 2013, p. 951, footnote 6.

<sup>4</sup> ECJ 12 February 2009, C-339/07, ECR 2009, p. I-767 (Seagon/Deko Marty Belgium).

<sup>5</sup> CJEU 16 January 2014, C-328/12, еще не опубликовано (Schmid/Hertel).

<sup>6</sup> CJEU 12 April 2012, C-213/10, еще не опубликовано (F-tex).

<sup>7</sup> Так было решено в контексте ст. 5(3) Конвенции от 27 сентября 1968 г. о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим спорам (EEX Treaty); ECJ Justice 26 March 1992, C-261/90, ECR 1992, p. I-2149 (Reichert/Dresdner Bank II), в отношении режима *actio Pauliana* во французском праве, согласно которому кредитор приобретает право отмены передачи права *in rem* недвижимого имущества должника на основании мошеннических действий в отношении кредитора. Это решение считается применимым согласно Регламенту Брюссель I, см. Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering (Vlas), Verordening (EG) nr. 44/2001 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, Art. 5, comment 19.

<sup>8</sup> Кассационный суд Италии использовал ст. 5(1) Конвенции Брюссель I (*forum contractus*); цит. по I. Pretelli, *Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets. Actio Pauliana in the Conflict of Law*, *Yearbook of Private International Law* 2011-13, p. 603.

Как следствие различные основания для иска могут быть рассмотрены разными судами. Здесь требуется пояснение в части компетенции одного суда оценивать различные основания в одном процессе<sup>1</sup>. Например, Европейский суд постановил, что суд, правомочный рассматривать иск из деликта в порядке ст. 5(3) Регламента Брюссель I, не имеет юрисдикции, если иск *не основан* на деликтном праве, потому что ««специальные юрисдикции», указанные в ст. 5 и 6 Конвенции (предшественник Регламента, AGC/RdG), устанавливают отступления от принципа, согласно которому суд страны-участницы, в которой ответчик имеет постоянное место пребывания, наделяется юрисдикцией, и в этом смысле должны толковаться ограничительно»<sup>2</sup>.

В нескольких других решениях Европейский суд вновь указал, что правила о специальной юрисдикции «не могут давать повод для расширительного толкования, которое бы выходило за рамки случаев, установленных Регламентом»<sup>3</sup>.

Значит ли это, что компетентный суд не вправе рассматривать различные иски? Европейский суд, будучи хорошо информированным о недостатках рассмотрения разными судами разных составляющих одного и того же спора, отметил, что истец всегда наделяется правом предъявить свой иск в полном объеме в суд страны-участницы ответчика<sup>4</sup>. Более того, суд, первым возбудивший производство, вправе – при определенных условиях – рассмотреть дело в полном объеме в том случае, если существует связь между исками, предъявленными в разные суды<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Недавно Верховный суд Нидерландов передал такое дело в Суд ЕС с запросом о том, на каком основании следует признавать виновным члена совета директоров: из договорного права, деликтного права или трудового права. См. HR 24 January 2014, ECLI:NL:HR:2014:164.

<sup>2</sup> ECJ 27 September 1988, 189/87, ECR 1988, p. 5565 (Kalfelis/Schröder), par. 19; ECJ 27 October 1998, C-51/97, ECR 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), par. 49.

<sup>3</sup> CJEU 18 July 2013, C-147/12, еще не опубликовано (ÖFAB, Östergötlands Fastigheter AB), par. 31. См., например, ECJ 19 January 1993, C-89/91, ECR 1993, p. I-00139 (Shearson Lehmann Hutton), par. 16; ECJ 15 January 2004, C-433/01 (Blijdenstein), par. 25; ECJ 10 June 2004, ECR 2004, p. I-6009 (Kronhofer), par. 14; ECJ 16 July 2009, C-189/08, ECR 2009, p. I-06917 (Zuid-Chemie/Philippo's Mineralenfabriek), par. 22.

<sup>4</sup> ECJ 27 September 1988, 189/87, ECR 1988, p. 5565 (Kalfelis/Schröder), par. 20; ECJ 27 October 1998, C-51/97, ECR 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), par. 51.

<sup>5</sup> ECJ 27 September 1988, 189/87, ECR 1988, p. 5565 (Kalfelis/Schröder), par. 20; ECJ 27 October 1998, C-51/97, ECR 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), par. 51. Полак оспаривает эту возможность, поскольку согласно правоприменительной практике Верховного суда ст. 28 Регламента Брюссель I сама по себе не предоставляет юрисдикцию суду. См. ECJ 24 June 1981, 150/80, ECR 1981, p. 1671 (Elefanten Schuh/Jacqmain), par. 19; ECJ 27 October 1998, C-51/97, ECR 1998, p. I-6511 (Réunion européenne/Spliethoff's Bevrachtungskantoor), par. 39; ECJ 5 October 1999, C-420/97, ECR 1999, p. I-6747 (Leathertex/Bodetex), par. 38. Согласно Полаку также остается под сомнением базовый принцип, согласно которому суд наделяется юрисдикцией только в том объеме, который напрямую следует из специальных правил Регламента Брюссель I. См. M.V. Polak, Contract, delict en IPR, in: I.S.J. Houben et al. (eds.), Samenloop, Deventer: Kluwer 2007, p. 136.

Однако суд, который располагает компетенцией рассмотреть *actio Pauliana*, может быть вынужден иметь дело с защитой, основанной на правовом режиме, регламентирующем разделение, что и демонстрируется в деле *Favini*. Однако это является вопросом не юрисдикции, а *применимого права*. Согласно Полаку (*Polak*), в принципе, применимое право должно быть определено относительно каждого отдельного заявленного требования<sup>1</sup>. Конкуренция способов защиты не расценивается как соединительный фактор. Она не влияет на применение (по крайней мере нидерландского) международного частного права. Каждое требование должно быть рассмотрено по своим основаниям<sup>2</sup>. Суд обязан рассмотреть требование независимо от рассмотрения других требований, подчиненных закону другого государства<sup>3</sup>.

На первый взгляд это следствие международного частного права полностью соответствует первому принципу нидерландской доктрины конкуренции, как рассмотрено в разд. 2: свободная конкуренция требований, которая полностью соответствует автономии воли истца. Опять же со стороны ответчика это не будет верным, если линия защиты коснется другого основания, которое нужно будет оценивать с точки зрения правовой системы другого государства. Для примера возьмем дело *Favini*, в котором требование было основано на *actio Pauliana*, тогда как защита строилась на правовом режиме разделения. Сравнительный анализ показывает, что основания для инициирования *actio Pauliana* различаются в разных государствах<sup>4</sup>, в то время как Директива о разделении оставляла неко-

<sup>1</sup> M.V. Polak, Contract, delict en IPR, in: I.S.J. Houben et al. (eds.), Samenloop, Deventer: Kluwer 2007, p. 138. Он обращается к специальной голландской коллизионной норме, которой предписывается быть исключением из указанного принципа: если истец основывает свое требование на деликте, в то время как между истцом и ответчиком существует договорное правоотношение, то суд свободен выбрать право, применяющееся к договору, даже к требованию, основанному на деликте (ст. 5 Wet Conflictenrecht Onrechtmatige Daad). По состоянию на 1 июля 2011 г. голландское международное частное право содержится в ГКН (Книга 10), с этого момента исключение более не имеет силы.

<sup>2</sup> C. von Bar & U. Drobnig, The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study, München: Sellier European Law Publishers 2004, p. 310–314, освещают некоторые исключения из принципа *lex loci delicti* в отношении деликтных требований в случае наличия договорных правоотношений. Они ссылаются на ответы, согласно которым «единообразно указывается, что многообразие коллизионных законов приводит к значительным издержкам по добыче информации и влечет дополнительные расходы» (p. 312).

<sup>3</sup> M.V. Polak, Contract, delict en IPR, in: I.S.J. Houben et al. (eds.), Samenloop, Deventer: Kluwer 2007, p. 141.

<sup>4</sup> P.M. Veder, Party Autonomy and Insolvency Law, in: R. Westrik and J.A. van der Weide (eds.), Party Autonomy in International Property Law, Munich: Sellier 2011, p. 264 и 265, упоминает требование доказательства сговора или извещения о вреде другим кредиторам, или мошеннического намерения должника, или ограничения на совершение сделок, имевших место в определенный период до открытия процедуры банкротства. Со ссылкой на J.J. Forner Delaguya (ed.), La protection del crédito en Europea: La acción pauliana, Barcelona: Bosch 2000; P.R. Wood, Principles of International Insolvency, London: Sweet & Maxwell 2007, p. 458 et seq.; UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, part II, par. 1481-203.

торую свободу действий в отношении выбора применимых оснований. Следует решить, покрывает *actio Pauliana* все дело целиком или же существуют особые гарантии из Директивы о разделении, которые нужно иметь в виду.

Обычные правила определения применимого права не отвечают на этот вопрос. Специальные правила в отношении применимого права при *actio Pauliana* также не дают должного ответа, по крайней мере для предбанкротного периода. Таким образом, суды руководствуются восприятием материальных интересов вовлеченных лиц<sup>1</sup>. По открытии производства о несостоятельности правом, применимым к банкротным процедурам и его результатам, должно быть право того государства, где оно открыто, что именуется термином «государство открытия производства»<sup>2</sup>. И это же право должно определять правила о недействительности в отношении юридических действий, причиняющих ущерб кредиторам<sup>3</sup>, за исключением случаев, когда лицо, получившее выгоду от действий, причинивших ущерб всем кредиторам, смогло доказать, что такие действия подчиняются праву другой страны-участницы и это право не допускает никаких оснований для оспаривания этих действий в соответствующем деле<sup>4</sup>.

В теории суд может столкнуться с требованием, которое нужно будет рассмотреть в соответствии с национальным правом, позволяющим *свободную конкуренцию иском*, в то время как возражение ответчика должно быть рассмотрено в соответствии с национальным правом, которое не допускает подобную конкуренцию, но применяет принцип *non-cumul des responsabilités* [недопустимости удвоения ответственности]. Некоторую помощь оказывает Регламент Рим II в той степени, в которой он регулирует исковые требования, основанные на деликте или договоре. Несмотря на то что право одного государства применяется к деликту, потому что на его территории был причинен ущерб<sup>5</sup>, право другого государства может быть применимо, если будет доказано, что деликт очевидно имеет более тесную связь с этой страной. Такая связь может быть основана, в частности, на предшествующих отношениях между сторонами, таких как договор, который тесно связан с рассматриваемым деликтом<sup>6</sup>. Такой вариант нужно понимать в свете Преамбулы 14 Регламента Рим II: «Требование правовой определенности и необходимость отправлять правосудие в зависимости от индиви-

<sup>1</sup> I. Pretelli, Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets. *Actio Pauliana* in the Conflict of Law, Yearbook of Private International Law 2011-13, p. 629-640.

<sup>2</sup> Статья 4(1) Регламента о несостоятельности.

<sup>3</sup> Статья (2)(m) Регламента о несостоятельности. Согласно Фонкену эти правила имеют накопительную природу. См. Asser/Vonken 10-I, *Algemeen deel* IPR, nr. 213, со ссылкой на HR 24 October 1997, NJ 1999/316 (Gustafsen/Mosk) и HR 7 March 2003, NJ 2003/128 (Cikam/Siemon).

<sup>4</sup> Статья 13 Регламента о несостоятельности.

<sup>5</sup> Статья 4(1) Регламента Рим II.

<sup>6</sup> Статья 4(3) Регламента Рим II.

дуальных случаев являются существенными элементами правосудия. Настоящий Регламент предусматривает типы коллизионных привязок, наиболее уместные для достижения этих целей. Поэтому настоящий Регламент предусматривает как общее правило, так и специальные правила, а также – применительно к отдельным положениям – «гибкую коллизионную клаузулу», которая позволяет отказываться от использования этих правил, если из всех обстоятельств дела вытекает, что деликт имеет явно более тесные связи с другой страной. Данная совокупность норм, таким образом, создает гибкие рамки норм коллизионного права. В такой же мере она обеспечивает возможность суду, рассматривающему дело, надлежащим образом разрешать индивидуальные споры».

Когда мы обращаемся к делам о несостоятельности, таким как дело *Favini*, становится ясно, что требования правовой определенности и правосудия в каждом конкретном деле указывают на необходимость скоординированного подхода. Когда речь идет о различных интересах, перед и во время процедуры банкротства, такие интересы требуют взвешенного и сбалансированного подхода, как по крайней мере показано в контексте нидерландской системы, с различными последствиями: специальный *actio Pauliana*, предъявленный арбитражным управляющим в интересах всех кредиторов, имеет преимущество перед общим *actio Pauliana*, в то же время интересы текущих кредиторов должны быть оценены с правами кредиторов вновь созданной компании с учетом рациональности (разумности) ее существования.

Совершенно ясно, что суду должна быть предоставлена определенная гибкость в выявлении применимого права. Чему стоило бы поучиться у цивилистов, так это тому, что возможность конкуренции требований и возражений не должна оставаться без внимания в каждом случае гармонизации права в Европе, включая аспекты международного частного права. Вместо того чтобы формулировать специальные «гибкие коллизионные клаузулы» для каждой возможной проблемы, частное право предусматривает иное возможное решение: принятие и развитие общей концепции конкуренции способов защиты для целей координации между разными заявленными требованиями и возражениями.

## 7. ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Допускать конкуренцию способов требований или нет – остается открытым вопросом. Представляется, что в контексте европейского конкурсного права проблема умножения, наложения и конфликта разных правовых уровней и юрисдикций наглядно продемонстрирована. Разделение компании *Favini* сопровождалось различными требованиями и возражениями, имеющими свои основания в европейском праве, конкурсном праве и частном праве. Те, кто стремится к гармонизированной системе европейского частного права или европейского конкурсного права и международного частного права, должны всерьез задуматься

о взаимодействии между этими режимами. И хотя европейские системы частного права разделяют те же проблемы конкуренции способов защиты, они пока еще не выработали общего согласованного подхода к их толкованию и разрешению. Вместе с тем это вовсе не означает, что в развитии такого подхода с прицелом на частные правоотношения отсутствует нужда. Голландский подход может послужить отправной точкой и вдохновляющим примером.

## REFERENCES

*Ankum J.A.* De Pauliana buiten faillissement in het Nederlandse recht sedert de codificatie. W.E.J. Tjeenk Willink, 1963.

*Bakels F.B.* Aspecten van samenloop (I) // WPNR. 2009. Vol. 6796.

*Barents R.* De voorrang van unierecht in het perspectief van constitutioneel pluralism // SEW. 2009.

*Boukema C.A.* Civielrechtelijke samenloop (diss. Leiden). W.E.J. Tjeenk Willink, 1966.

*Brunner C.J.H.* Beginselen van samenloop. Gouda Quint, 1984.

*Castermans A.G., Krans H.B.* Samenloop en de toegang tot de rechter // Ex libris Hans Nieuwenhuis / Ed. by A.G. Castermans et. al. Kluwer, 2009.

*de Boer Th.M.* Samenloop van verdragen en verordeningen op het terrein van het internationaal familierecht // FJR. 2010. Vol. 117.

*de Búrca G.* The European Court of Justice and the International Legal Order after *Kadi* // Harvard International Law Journal. 2010. Vol. 51(1).

*de Meij P.* Samenloop van CMR-verdrag en EEX-verordening (diss. RUG). Kluwer, 2003.

*Hartkamp A.S.* Samenloop in het Europese privaatrecht // Strikwerda's Conclusies / Ed. by Th.M. de Boer et al. Kluwer, 2011.

*Klein Wassink A.J.M.* Toetsing van besluiten in het rechtspersonenrecht. Kluwer, 2012.

*La protection del crédito en Europea: La acción pauliana* / Ed. by J.J. Forner Delaygua. Bosch, 2000.

*Low G., Muir E.* The Privatization of European law and Constitutionalization of Private Law: Two Sides of the Same Coin (Editorial) // European Review of Private Law. 2013. Vol. 21(5).

*Mus J.B.* Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter (diss. RUU). W.E.J. Tjeenk Willink, 1996.

*Nieuwenhuis J.H.* De actio Pauliana begrepen als vordering uit onrechtmatige daad // Vragen rond de faillissementspauliana (Insolad Jaarboek 1998) / Ed. by L. Timmerman. Kluwer, 1998.

*Polak M.V.* Contract, delict en IPR // Samenloop / Ed. by I.S.J. Houben et al. Kluwer, 2007.



*Pretelli I.* Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets: *Actio Pauliana* in the Conflict of Laws // Yearbook of Private International Law. 2011. Vol. 13.

*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law* / Ed. by C. von Bar, E. Clive. Vol. 4. Sellier, 2009.

*Raaijmakers M.J.G.C.* «Belanghebbende» bij vernietiging van door de rechtbank goedgekeurde fusie van stichtingen // *Ars Aequi*. 1992.

*Schutte-Veenstra J.N.* Enkele kanttekeningen bij het vennootschappelijk verzetrecht van crediteuren // *TVVS*. 1996. Vol. 11.

*Sieburgh C.H.* Ich weiß nicht was soll es bedeuten // *Ex libris Hans Nieuwenhuis* / Ed. by A.G. Castermans et al. Kluwer, 2009.

*Snijders W.* Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe BW // *Speculum Langemeijer* / Ed. by J.F. Glastra van Loon. W.E.J. Tjeenk Willink, 1973.

*Stein H.* Samenloop van executieverdragen // *Offerhauskring 25 jaar* / D.H. Beukenhorst et al. Kluwer, 1987.

*Strikwerda L.* Samenloopprikelen in het internationaal procesrecht: art. 57 EEX // *CJHB (Brunnerbundel)* / Ed. by T. Hartlief et al. Kluwer, 1994.

*van de Horst J.W.* Positie van schuldeisers bij een juridische splitsing: artikel 2:334u BW onder de loop // *V&O*. 2011. Vol. 2.

*van Gerven W., Lierman S.* Beginselen van Belgisch privaatrecht (I). Algemeen Deel. Veertig jaar later. Kluwer, 2010.

*van Hoek A.A.H.* Doorbraak van aansprakelijkheid in het IPR // *Ars Aequi*. 2013.

*van Koppen F.P.* Actio pauliana en onrechtmatige daadvordering. Kluwer, 1998.

*van Olffen M., de Bruijn F.K., Simonis P.H.M.* Splitsing van ondernemingen. Boom Juridische Uitgevers, 2004.

*Veder P.M.* Party Autonomy and Insolvency Law // *Party Autonomy in International Property Law* / Ed. by R. Westrik, J.A. van der Weide. Sellier, 2011.

*Vlas P.* Rechtspersonen. Maklu, 2009.

*von Bar C., Drobnig U.* The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study. Sellier European Law Publishers, 2004.

*von Bogdandy A.* Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law // *International Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol. 6.

*Walker N.* Beyond Boundary Disputes and Basic Grids: Mapping the Global Disorder of Normative Orders // *International Journal of Constitutional Law*. 2008. Vol. 9.

*Wessels B.* Splitsing van het onsplitsbare? Enige vermogensrechtelijke kanttekeningen bij «splitsing» als rechtshandeling tot overgang van vermogen van een rechtspersoon onder algemene titel. Stichting & Vereniging, 1997.

*Wood P.R.* Principles of International Insolvency. Sweet & Maxwell, 2007.

INFORMATION ABOUT THE AUTHORS

**Castermans Alex Geert (Leiden, Netherlands)** – Academic Director, Professor in Private Law at the Institute for Private Law (Leiden Law School) (Kamerlingh Onnes Building, Steenschuur 25, 2311 ES Leiden, P.O. Box 9520, 2300 RA Leiden; e-mail: a.g.castermans@law.leidenuniv.nl).

**De Graaff Ruben (Leiden, Netherlands)** – Ph.D Candidate at the Institute for Private Law (Leiden Law School) (Kamerlingh Onnes Building, Steenschuur 25, 2311 ES Leiden, P.O. Box 9520, 2300 RA Leiden; e-mail: r.de.graaff@law.leidenuniv.nl).