

## АНАЛІЗ ТРАНСКОРДОННОЇ НЕПЛАТОСПРОМОЖНОСТІ КРЕДИТНОЇ УСТАНОВИ

Новосельцев І. І.,

*науковий співробітник відділу міжнародного приватного права і порівняльного правознавства НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

У цій статті наданий короткий аналіз судової справи: транскордонна неплатоспроможність кредитної установи. Стаття присвячена детальному висвітленню ходу судової справи і процесуальним документам сторін. Ця стаття присвячена аналізу цієї справи, оскільки саме вона і стала відправною точкою для всіх інших, і саме на базі рішення суду в цій справі були прийняті рішення інших судів, що стали прецедентами в майбутньому. Метою статті є аналіз рішення, прийнятого в рамках даної справи, і його вплив на подальший розвиток законодавства про транскордонну неплатоспроможність у США.

У третій чверті 20-го сторіччя судові справи з транскордонної неплатоспроможності траплялись дуже рідко. Можна сказати, що перші провісники того, що кількість подібних справ зростає, з'явилися у 30-ті роки минулого сторіччя. Не вистоявши під час великої депресії 30-х років, збанкрутувала велика транснаціональна компанія Kreuger & Toll [1] (більш відома під іншим своїм найменуванням «Міжнародна сірникова корпорація»).

Компанія Kreuger & Toll була заснована Айваром Кройгером та була холдинговою компанією міжнародного сірникового трасту із штаб-квартирою у Швеції, чії акції були доволі популярні у 1920-х роках. Компанія була за своєю суттю визнана фінансовою пірамідою та була оголошена банкрутом у 1932 р. Бухгалтерські та юридичні документи компанії Kreuger & Toll переконливо доводять, що мали місце фінансові махінації та підтасовки, як і у справі Enron, яка розвивалась за схожим сценарієм, але вже у 1990-х роках. У 1930 р. з 630 мільйонів доларів активів Компанії близько 200 мільйонів доларів були доходами від сірникового бізнесу, 30 мільйонів доларів на банківських рахунках, а 400 мільйонів доларів проходили по документах як «інші інвестиції». Коли наприкінці 1932 р. компанія збанкрутувала, виявилось, що фактично не вистачило приблизно 250 мільйонів доларів США.

Після Другої Світової війни справи щодо транскордонної неплатоспроможності стали розглядатися частіше внаслідок глобалізації світової економіки. Однією із вагомих справ стала справа з транскордонної неплатоспроможності міжнародного банку Bankhaus ID. Herstatt K.G.a.A (далі «Herstatt») із штаб-квартирою в м. Кельні (ФРН). Справа з транскордонної неплатоспроможності банку Herstatt у 1974 р. стала першою справою з транскордонної неплатоспроможності кредитної установи і трапилась внаслідок енергетичної кризи, яка мала місце в середині 70-х років ХХ сторіччя практично у всьому світі.

В іншій справі з транскордонної неплатоспроможності іншого великого банку – Finabank, [2] вже у 1976 р. суддя не зміг знайти нічого сучаснішого, ніж 68-літньої давності судовий прецедент Верховного Суду США у справі Disconto Gesellschaft [3] для того, щоб вирішити,

чи можуть бути активи в Нью-Йорку, підприємства, оголошеного банкрутом у Швейцарії, передані в управління ліквідатору в Швейцарії, або ж вказані активи потрібно розподілити між кредиторами боржника в США? Згідно з вказаним прецедентом Верховного Суду США суддя виніс рішення на користь кредитора – резидента штату Вісконсин (США), суть якого полягала в тому, що американські кредитори можуть самостійно стягнути заборгованість за рахунок активів, що знаходяться у США і мають право повністю ігнорувати рішення суду Швейцарії, компетентного в цьому випадку вести справу про неплатоспроможність. Потрібно зазначити, що згодом рішення було повністю скасоване.

Справи з транскордонної неплатоспроможності досить складні навіть для фахівців. Судова справа Herstatt може послужити новим прикладом справи з транскордонної неплатоспроможності.

26 червня 1974 р. у 15.30 за Кельнським часом Німецький Федеральний орган з контролю за кредитними установами (Das Bundesavf-sichtsamt für das Kreditwesen) виніс рішення про початок процедури ліквідації Bankhaus ID. Herstatt K.G.a.A. Новина досягла Нью-Йорка о 10.30 ранку того ж дня. У той час, як у Німеччині це був кінець робочого дня, в США банківський день тільки почався.

Herstatt не вів ділових операцій у Нью-Йорку, зокрема банк не мав представництва, відділення або філіалу на території Сполучених Штатів. Але банк Chase Manhattan був основним банком для клірингових розрахунків для Herstatt у Нью-Йорку. Chase Manhattan акумулював кошти, які надходили на кореспондентський рахунок Herstatt для майбутнього виконання грошових зобов'язань Herstatt в іноземній валюті і саме тих зобов'язань, які вимагали здійснення розрахунків в Нью-Йорку.

Chase Manhattan вирішив заморозити платежі, здійснювані з кореспондентського рахунку Herstatt. Кошти продовжували надходити на рахунок, але не відправлялися до ФРН і не перераховувалися контрагентам. Мета, що визначалась Chase Manhattan, була простою – акумулювати як можна більше коштів на кореспондентському рахунку в банку Chase Manhattan для задоволення вимог кредиторів-резидентів США. Кошти, які перераховувались з банків усього світу на користь Herstatt через його кореспондентський рахунок в Chase Manhattan, «заморожувалися» у нью-йоркському банку, а платіжні документи, які виставлялися іншими банками до погашення, не оплачувалися банком Chase Manhattan.

Наступного дня, 27 червня 1974 р., Окружним судом м. Кельна був призначений офіційний ліквідатор згідно з німецьким законом стосовно врегулювання заборгованості від 1935 р. [4], а також були зроблені інші невідкладні заходи з ініціювання провадження у справі про транскордонну неплатоспроможність.

Призначений судом ліквідатор не залишив без уваги кореспондентський рахунок Herstatt в Chase Manha-

ttan. Усього на той момент на вказаному кореспондентському рахунку накопичилось близько 150 мільйонів доларів США. Негайно було потрібно накласти заборону суду на задоволення вимог місцевих кредиторів за рахунок коштів на кореспондентському рахунку. Однак, будь-які судові заходи забезпечення суперечили б положенням Акта про банкрутство США в старій редакції [5] (далі – Акт про банкрутство). Згідно з Актом про банкрутство установі, уповноваженій вести справи з банкрутства, було дозволено порушувати провадження у справі про банкрутство проти нерезидентів на підставі їх встановленої неплатоспроможності, але за умов наявності активів на території Сполучених Штатів. Всі забезпечувальні заходи, призначені судом в рамках такого провадження протягом 4-х місяців з моменту подачі заяви про порушення справи про неплатоспроможність, можуть бути відмінені вищестоящим судом. Акт про банкрутство містив також виключення для банківських корпорацій, але були підстави вважати, що виключення застосовується тільки до банків-резидентів.

Внаслідок ситуації, що склалася, почалася справжня гонка із застосуванням забезпечувальних заходів судом. Хоча до банку Chase Manhattan висувалися претензії в притриманні тільки 156 мільйонів доларів США, насправді, на середину серпня 1974 р. на кореспондентському рахунку Herstatt накопичилось близько 200 мільйонів доларів США. У відповідь Chase Manhattan подав федеральний позов про порушення провадження з вимогами щодо визначення прав ліквідаційної комісії на грошові суми, які знаходились на кореспондентському рахунку. Даний процес, ініційований Chase Manhattan, залучив на його сторону більш, ніж тридцять банків з претензіями на кошти Herstatt, які знаходились на кореспондентському рахунку Chase Manhattan. Все було б добре, але при цьому був відсутній один важливий учасник процесу – ліквідатор Herstatt, призначений німецьким уповноваженим органом. Однак цьому є пояснення: якби він з'явився в судовому засіданні, то цілком можливо, що і справа (і можливо Кельнські активи банку Herstatt) могли б бути віднесені до компетенції судів Сполучених Штатів.

Дана загроза стала зовсім реальною, коли 6 серпня 1974 р. Citibank та інші кредитори без клопотання про застосування забезпечувальних заходів подали заяву про ініціювання провадження у справі про банкрутство до Федерального суду Манхеттена про звернення стягнення на кошти Herstatt. Забезпечувальні заходи, вжиті судом на підставі німецької сторони, мали б бути скасовані в рамках провадження, що було ініційоване, як такі, що надають безпідставні переваги окремій групі кредиторів.

Німецькі кредитори, які відстоювали позицію застосування забезпечувальних заходів до винесення рішення по суті у справі, оспороювали заяву про порушення провадження у справах про банкрутство банку Herstatt на підставі положень Акта про банкрутство, згідно з якими з дії Акта виключаються «всі банківські корпорації», таким чином, будучи такою корпорацією – банк Herstatt, як і його грошові активи в Нью-Йорку не можуть бути предметом судового розгляду.

Зрештою, питання про компетентність юрисдикції США звелось до питання, чи був Bankhaus Herstatt

корпорацією? Herstatt був K.G.a.A., Kommandit-gesellschaft auf Aktien viz., тобто командитним товариством з обмеженою відповідальністю. Отже головне питання, навколо якого точилися дискусії, чи мають бути виключені зі сфери застосування Акта про банкрутство іноземні банківські корпорації? Суддя, який вів справу про банкрутство, виніс 4-го листопада 1974 р. неоднозначне за своєю суттю і неординарне в судовій практиці рішення.

Для всіх учасників судового процесу було ясно, що можуть пройти роки, перш ніж кредитори отримають кошти на свій рахунок. Правові питання, які потрібно було вирішити, були по своїй суті новими і важкими, ставки в даній справі були високими, і сторони були рішучими в своїх намірах і володіли достатніми коштами для тривалого спору. Незалежно від рішення суду, можна було чекати апеляцій. Почалися переговори з укладення мирової угоди сторін.

Мирові угоди в Акті про банкрутство це terra incognita, тобто в суду в процесі укладення мирової угоди повна свобода дій відносно прийняття доводів позову, поданого в Нью-Йорку, або ж прийняття доводів німецької сторони. Американські кредитори були абсолютно не впевнені в результатах розгляду доводів сторін і їх оцінках.

Також були побоювання відносно значення положення Акта про банкрутство, згідно з яким американський арбітражний керуючий наділявся повноваженнями управління і розпорядження відносно майна неплатоспроможного боржника, де б воно не знаходилося. Подібне правове положення міститься і в німецькому нормативно-правовому акті щодо врегулювання аспектів неплатоспроможності; передбачувана «війна» між арбітражними управляючими, призначеними в рамках справи про транскордонну неплатоспроможність у Кельні і в Нью-Йорку, не задовільняла жодну з сторін.

Бажання частини кредиторів (німецької сторони), які відстоювали позицію застосування забезпечувальних заходів, зокрема, накладення арешту на майно боржника в Нью-Йорку, укласти мирову угоду посилювало після того, як в іншій схожій справі рішенням суду з банкрутств в Нью-Йорку було накладено арешт на грошову масу Israel-British Bank of London [6].

19 грудня 1974 р. суддя, який вів вказану справу, при наявності тих же суперечливих норм, як і в справі Herstatt, виніс рішення про правомочність юрисдикції Американського суду над нью-йоркськими активами вказаного іноземного банку, який ніколи не вів ділових операцій у Сполучених Штатах. Дана справа пройшла численні інстанції, доки в ній не було поставлено точку [7].

Подальші події в Кельні прискорили укладення мирової угоди. Наприкінці грудня Кельнським окружним судом був відхилений план ліквідації боржника, згідно з яким всі кредитори були класифіковані в залежності від своєї національної приналежності і типу вимог. Вказаний план був запропонований декількома американськими банками. Згідно з планом німецькі кредитори повинні були б відділені від ненімецьких кредиторів; потім вказані групи були б ще розділені на підгрупи в залежності від правового характеру операцій, які проводились між банком-боржником та кредитором (разові операції/операції, здійснювані на постійній основі), і як третій критерій – це наявність відпові-

дальності в угоді про співпрацю між боржником та певним кредитором. Американці запропонували, щоб найбільший процент вимог у розмірі 86 % повинен бути розподілений на користь німецьких кредиторів, що здійснювали разові операції і що передбачали відповідальність за невиконання зобов'язань. У другій черзі повинні бути німецькі кредитори, які здійснювали разові операції і які не передбачали відповідальності, 80,5% вимог яких повинні бути погашені. Третя черга кредиторів для погашення 70% своїх вимог повинна включати в себе німецьких кредиторів, які передбачали відповідальність і що здійснювали разові операції. І так далі до дев'ятої черги кредиторів, яка б складалась з німецьких кредиторів, що здійснювали операції на постійній основі і що не передбачали ніякої відповідальності і які мали б погасити 1 % своїх вимог відносно активів, що знаходяться в Нью-Йорку.

Однією із основних вимог мирової угоди була умова, згідно з якою кредитори перших шести черг можуть вимагати погашення своїх вимог тільки за рахунок ліквідаційної маси активів, що знаходяться в Нью-Йорку, тобто з коштів, що накопичились на кореспондентському рахунку банку Chase Manhattan. Американськими банками правильно був зроблений підрахунок, що вказані кошти будуть швидко розподілені. Кредитори, ті, що знаходилися в більш низьких чергах могли звернутися за стягненням заборгованості в Кельн, звичайно за умов дотримання ними місцевого законодавства і місцевої черговості кредиторів, встановленої місцевим судом.

Американський план був запропонований німецьким банкам на початку січня 1975 р. і відкинутий останніми як дискримінаційний. Низка німецьких банків вважали запропонований план як небезпечний прецедент на майбутнє і відмовилися від закладеного в йому принципу розділення кредиторів за національною приналежністю.

Німецькі банки підготували свій власний план. Їхній план передбачав, що кредитори повинні бути згруповані відповідно до звичайних стандартів, і, відповідно, найвищі квоти отримали ті, хто здійснював разові операції і передбачав відповідальність, але критерій національної приналежності було повністю проігноровано. Таким чином, німецькі кредитори, які здійснювали разові операції, і які передбачали відповідальність у своїй співпраці із банком-боржником отримали ті ж квоти, що і німецькі кредитори, які здійснювали разові операції і які також передбачали відповідальність у своїх угодах. Американці ж наполягали на тому, щоб план не передбачав обов'язковості звернення американських банків до Кельнського окружного суду для задоволення своїх вимог. Зрештою вимоги американських банків були враховані, але при цьому представники німецьких кредиторів погодилися знизити свої квоти в Нью-Йорку і збільшити їх відповідно в Кельні.

Наприкінці лютого 1975 р. план був прийнятий всіма сторонами. Квоти тепер зросли від 58,78 до 86 %. Мирова угода була підписана в Нью-Йорку 24 лютого 1975 р. 34-а банківськими кредиторами. Ліквідатор, призначений Кельнським окружним судом, також підписав вказану мирову угоду в очікуванні, що він тим самим позбудеться майже 200 мільйонів доларів США вимог в Кельнському суді.

Угода була надана в розпорядження комітету кредиторів для здійснення виплат. Комітет, по суті невелика група нью-йоркських юристів підготувала накази для окружного судді і судді, який вів справу за позовом Chase Manhattan, про дозвіл на розподіл коштів з кореспондентського рахунку боржника в банку Chase Manhattan відповідно до мирової угоди. Оскільки згідно з Актом про банкрутство необхідно було дати повідомлення невизначеному колу осіб через пресу про майбутній розподіл коштів, комітет кредиторів сповістив всіх відомих кредиторів адресним поштовим повідомленням і опублікував відповідні оголошення в німецьких і американських газетах. Вказані послання і публікації містили інформацію про майбутні слухання справи 7 травня 1975 р., куди запрошувались всі зацікавлені особи для участі. Могли з'явитися ще нові кредитори і оспорити мирову угоду, але ніхто не прийшов. 9 червня 1975 р. після закінчення терміну на подання апеляції все майно боржника-банку Herstatt в Нью-Йорку, приблизно 176,5 мільйонів доларів, було розподілено між 34 банківськими кредиторами.

Головним чинником, що вплинуло на досягнення такого результату, була мирова угода, положення якої задовольнили більшість сторін, було розуміння того, що в рамках правового порядку, що існував, проблема розподілу коштів не могла бути вирішена досить швидко і без великих фінансових витрат для всіх сторін.

Відтоді з 1975 р. значною мірою здатність компетентних установ до ефективного вирішення справ, подібних Herstatt, допомогла звернути увагу законодавчих органів на вказану проблему, результатом чого стало значне розширення правових інструментів для розв'язання подібних проблем, принаймні, в Сполучених Штатах. Судові прецеденти, новий Кодекс про банкрутство [8] і діючий договір з Канадою [9] значно удосконалили можливості для співпраці компетентних органів у разі виникнення справ про транскордонну неплатоспроможність.

Що стосується судової практики, то дана справа не пройшла безслідно і для них. Варто пригадати неодноразові рішення суду в справі Finabank [10], яке було оспорене в апеляції. Також, як і в справі Herstatt, суддя виніс рішення у справі Cornfeld v. Investors Overseas Services, Ltd [11].

Кодекс про банкрутство від 1978 р. [12] відображає, насамперед, досвід Herstatt і потім вже інших справ. Питання компетенції юрисдикції над іноземним банком було врегульоване повністю: до іноземного банку, який здійснює ділові операції на території Сполучених Штатів, не може застосовуватися процедура добровільного або примусового банкрутства, згідно з Кодексом США про банкрутство повноважними для цього роду справ є федеральні органи нагляду за банківською діяльністю у відповідній державі; іноземний банк, який не здійснює ділових операцій на території Сполучених Штатів, але який має майно в США (подібно Herstatt), може подати заяву згідно з Кодексом і відповідно до нього може бути застосована ліквідаційна або реорганізаційна процедури; однак примусова процедура банкрутства проти такого банку може бути ініційована тільки у випадку, якщо мова йде про ліквідацію банку як кредитної установи.

Іноземним представникам в справах про неплатоспроможність були надані значні права за Кодексом США про банкрутство. Вони, іноземні представники, можуть подавати клопотання про підпорядкування провадження у справі про транскордонну неплатоспроможність, порушену у США, іноземному провадженню і навпаки. Таким чином, завдяки одній маленькій судовій справі судова система США і весь світ зробив великий крок вперед у врегулюванні проваджень у справах про транскордонну неплатоспроможність.

**Список використаної літератури:**

1. *In re Aktiebolaget Kreuger & Toll*, 20 F. Supp. 964 (S.D.N.Y. 1937), аJT'd, 96 F.2d 768 (2d Cir. 1938).
2. *In re Banque de Financement, S.A.*, 2 Bankr. Ct Dec. 83 (S.D.N.Y. 1976), aff'd. No 75 B764 (S.D.N.Y. 28 July 1976), sub rev'd. *not. Banque de Financement v First National Bank of Boston*, 568 F.2d 911 (2d Cir. 1977).
3. *Disconto Gesellschaft v. Urabreit*, 208 U.S. 570, 52 L.Ed. 625 (1908).
4. *Philipp Jostarndt, Bernd Rudolph*. Financial distress, corporate restructuring and firm survival: an empirical analysis of German panel data. DUV, 2007 ISBN 3835005901, 9783835005907 -198 p. (p. 74).
5. *US Code of Bankruptcy, Title 11, Chapter 5 (old version)* // [http://www.law.comell.edu/uscode/uscode11/uscode11\\_usc\\_sec\\_11\\_00000523---000-.html](http://www.law.comell.edu/uscode/uscode11/uscode11_usc_sec_11_00000523---000-.html)

6. *In re Israel-British Bank (London) Ltd.*, 1 Bankr. Ct. Dec. 528 (S.D.N.Y. 1974), rev'd 401 P. Supp. 1158 (S.D.N.Y. 1975), mv'dsub. *not. Israel-British Bank (London) Ltd. v. F.D.L.C.*, §36 F.2d 509 (2d Cir. 1970).
7. *In the Matter of Israel-British Bank (London) Limited, S. Corp. Israel-British Bank (London) Limited, Appellant, v. Federal Deposit Insurance Corporation, as Successor in Interest To Franklinnational Bank, and Bank of the Commonwealth, Appellees.*, 536 F.2d 509 (2nd Cir. 1976) // <http://vlex.com/vid/36822596>
8. <http://www.uscourts.gov/bankruptcycourts/bankruptcybasics.html>
9. *David C. Cook*, *Prospects for a North American Bankruptcy Agreement; Les Prospects pour une Convention de la Faillite en Americque due Nord; Los Prospectos para un Convenio de Quiebra de Norte America*, 2 SW. J. OF L. & TRADE AM. 81, 81 (1995).
10. *In the Matter of Banque de Financement, S. A., Debtor. Banque de Financement, S. A., Appellant, and Firestone Tire and Rubber Company, Intervenor in Support of Appellant, v. the First National Bank of Boston, and the Chase Manhattan Bank, N. A., Appellees.*, 568 F.2d 911 (2nd Cir. 1977) // <http://vlex.com/vid/36874220>
11. *Cornfeld v. Investors Overseas Services, Ltd.*, 614 F.2d 1286 (2nd Cir. 1979)
12. [http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy\\_in\\_the\\_United\\_States](http://en.wikipedia.org/wiki/Bankruptcy_in_the_United_States)

**БАНКІВСЬКІ ПОСЛУГИ:  
ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ТА ІМПЛЕМЕНТАЦІЇ СТАНДАРТІВ ЄС**

**Молодик К. Ю.,**

*кандидат юридичних наук,  
старший науковий співробітник відділу міжнародного  
приватного права і порівняльного правознавства  
НДІ приватного права і підприємництва АПРН України*

Втілення євроінтеграційних прагнень України є неможливим без імплементації нормативних стандартів, що напрацьовані в праві ЄС. Повною мірою це стосується сфери фінансових послуг, у тому числі такої її складової, як послуги комерційних банків. У межах роботи над цією загальною темою автор має на меті, за результатами відповідного порівняльно-правового аналізу, з'ясувати, чи визначено коло відповідних послуг у вітчизняному праві та праві ЄС аналогічним чином, якщо ні – встановити відповідні розбіжності та пояснити причини їх виникнення.

Перед тим, як провести безпосередньо порівняльний аналіз «банківських послуг» у праві України та ЄС, слід приділити певну увагу з'ясуванню обсягу самого цього терміна. Дійсно, терміни «послуги», «банківські послуги», «банківські операції», «банківські продукти» достатньо активно вживаються у ЗМІ, однак, розрізнити їх є не такою простою справою, як це здається на перший погляд. Серед фахівців точиться суперечка з приводу того, чим розрізняються між собою зазначені поняття, точиться вже протягом достатньо тривалого часу.

Це питання було предметом дослідження науковців Ю. А. Мещерякова [1, с. 70–89], О. Папаїки спільно з С. Арбузовим [2, с. 13–15] та О. Дзюблюка [3, с. 23–27]. Узагальнено суть їхніх позицій полягає в тому, що банківський продукт – це спосіб надання послуг клієнтові банку, регламент взаємодії службовців банку з клієнтом за умови надання послуги, тобто комплекс взаємопов'язаних організаційних, інформаційних, фінансових і юридичних заходів, поєднаних єдиною технологією

обслуговування клієнта. Банківська операція – система узгодження за цілями, місцем і часом дій, спрямованих на вирішення завдань, пов'язаних з обслуговуванням клієнта. У той же час під банківською послугою зазначені фахівці розуміють форму задоволення потреби клієнта банку (у кредиті, розрахунково-касовому обслуговуванні, гарантіях, купівлі-продажу та зберіганні цінних паперів, іноземної валюти тощо).

При цьому О. Папаїка та С. Арбузов також звернули увагу на колізію між нормами Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12.07.01 р. № 2664-III [4] та Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 р. № 2121-III [5]. Зазначена колізія, на їх думку, полягає в тому, що перший із зазначених законів оперує як базовим терміном «фінансові послуги», включаючи до них і банківські послуги. У Законі ж «Про банки і банківську діяльність» щодо визначення тієї же самої по суті діяльності банків вживається, як правило, термін «банківські операції» (наприклад, у статтях 47, 49, 51), але при цьому стаття 53 цього ж закону забороняє встановлювати процентні ставки і комісійні винагороди на рівні нижче собівартості «банківських послуг». Одночасно О. Папаїка та С. Арбузов визначають, зокрема, іпотечну послугу банку як інтегрований товар іпотечного ринку та говорять про його «купівлю-продаж».

З такими позиціями повністю погодитися не можна. Так зазначені автори не враховують, що банківські операції бувають «зовнішніми» та «внутрішніми», до