



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
20 December 2010
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**

Сорок четвертая сессия

Вена, 27 июня – 15 июля 2011 года

**Доклад Рабочей группы V (Законодательство
о несостоятельности) о работе ее тридцать девятой
сессии**

(Вена, 6-10 декабря 2010 года)

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
I. Введение	1-2	2
II. Организация работы сессии	3-8	2
III. Ход обсуждения и принятые решения	9	4
IV. Толкование и применение отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, касающихся центра основных интересов (ЦОИ)	10-48	4
A. Обсуждение общих вопросов	11-16	4
B. Производство, которое может быть признано согласно Типовому закону – статья 2	17-22	6
C. Единообразное толкование и международное происхождение – статья 8 Типового закона	23-25	7
D. Признание	26-48	8
V. Обязанности и ответственность директоров в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности	49-109	13
A. Введение	51-109	13
VI. Судебные материалы, касающиеся Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности	110-117	26

V.10-58673 (R)



Просьба отправить на вторичную переработку



I. Введение

1. На своей сорок третьей сессии в 2010 году Комиссии был представлен ряд предложений в отношении будущей работы в области законодательства о несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.93 и Add.1-6 и A/CN.9/582/Add.6). Эти предложения были рассмотрены на тридцать восьмой сессии Рабочей группы V (см. A/CN.9/691, пункты 99-107), которая рекомендовала Комиссии возможные темы работы (A/CN.9/691, пункт 104). После завершения этой сессии Рабочей группы V был представлен еще один документ (A/CN.9/709), который дополняет предложение Швейцарии, изложенное в документе A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. После обсуждения Комиссия одобрила рекомендацию Рабочей группы V о начале работы по двум в равной степени актуальным темам в области несостоятельности: а) толкование и применение отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, касающихся центра основных интересов; и б) обязанности и ответственность директоров в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности; а также по теме с) судебные материалы, касающиеся Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.

II. Организация работы сессии

3. Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности), в состав которой входят все государства – члены Комиссии, провела свою тридцать девятую сессию в Вене 6-10 декабря 2010 года. В работе сессии приняли участие представители следующих государств – членов Рабочей группы: Австралия, Австрия, Аргентина, Беларусь, Венесуэла (Боливарианская Республика), Германия, Греция, Египет, Израиль, Иран (Исламская Республика), Испания, Италия, Канада, Китай, Колумбия, Малайзия, Мексика, Намибия, Республика Корея, Российская Федерация, Сальвадор, Соединенное Королевство Великобритании и Северной Ирландии, Соединенные Штаты Америки, Таиланд, Турция, Уганда, Филиппины, Франция, Чешская Республика и Япония.

4. На сессии присутствовали также наблюдатели от следующих государств: Бельгия, Дания, Демократическая Республика Конго, Индонезия, Литва, Нидерланды, Новая Зеландия, Румыния, Словакия, Словения, Тунис, Хорватия и Швейцария.

5. На сессии также присутствовали наблюдатели от следующих международных организаций:

а) *организации системы Организации Объединенных Наций*: Всемирный банк и Международный валютный фонд (МВФ);

б) *приглашенные межправительственные организации*: Европейский союз (ЕС), Карибское сообщество (КАРИКОМ) и Межпарламентская ассамблея государств – участников Содружества независимых государств (СНГ);

с) *приглашенные международные неправительственные организации*: Азиатский клиринговый союз (АКС), Американская ассоциация адвокатов (ААА), Аналитическая группа по вопросам несостоятельности и ее предотвращения (ГРИП 21), Ассоциация бывших участников Учебного международного торгового арбитражного разбирательства памяти Вильяма К. Виса (АУМТА), Международная ассоциация адвокатов (МАА), Международная ассоциация ИНСОЛ (ИНСОЛ), Международная ассоциация по свопам и производным финансовым инструментам (МАСПФИ), Международная ассоциация страхования кредитов и поручительства (МАСКП), Международная конфедерация женщин по вопросам несостоятельности и реструктуризации (МКЖНР), Международный институт по вопросам несостоятельности (МИН), Международный союз адвокатов (МСА), Международный юридический институт (МЮИ) и Центр международных исследований в области права (ЦМИП).

6. Рабочая группа избрала следующих должностных лиц:

Председатель: г-н Визит Визитсора-Ат (Таиланд)

Докладчик: г-н Антони Оджок Оюко (Уганда)

7. Рабочей группе были представлены следующие документы:

а) аннотированная предварительная повестка дня (A/CN.9/WG.V/WP.94);

б) записка Секретариата о толковании и применении отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, касающихся центра основных интересов (A/CN.9/WG.V/WP.95 и Add.1);

с) записка Секретариата об обязанностях и ответственности директоров в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.96); и

д) записка Секретариата о судебных материалах, касающихся Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (A/CN.9/WG.V/WP.97 и Add.1-2).

8. Рабочая группа утвердила следующую повестку дня:

1. Открытие сессии
2. Выборы должностных лиц
3. Утверждение повестки дня
4. Рассмотрение тем: а) толкование и применение отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, касающихся центра основных интересов; б) обязанности и ответственность директоров в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности; и с) судебные материалы, касающиеся применения и толкования Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности.
5. Прочие вопросы
6. Утверждение доклада.

III. Ход обсуждения и принятые решения

9. Рабочая группа провела обсуждения по следующим темам: а) представление рекомендаций по толкованию и применению отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, касающихся центра основных интересов; б) обязанности и ответственность директоров в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности; и с) подготовка судебных материалов, касающихся применения и толкования Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, на основе документов A/CN.9/WG.V/WP.95, A/CN.9/WG.V/WP.96 и A/CN.9/WG.V/WP.97, добавлений к ним и других указанных в них документах. Ход обсуждений в Рабочей группе и принятые ею решения по этим вопросам отражены ниже.

IV. Толкование и применение отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, касающихся центра основных интересов (ЦОИ)

10. Рабочая группа обсудила отдельные понятия Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности ("Типовой закон"), касающиеся центра основных интересов (ЦОИ), на основе документов A/CN.9/WG.V/WP.95 и Add.1.

A. Обсуждение общих вопросов

11. Рабочая группа напомнила о том, что в основе мандата Комиссии в отношении темы о толковании и применении отдельных понятий Типового закона, касающихся ЦОИ, лежит "предложение Соединенных Штатов, изложенное в пункте 8 документа A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 и предусматривающее подготовку рекомендаций в отношении толкования и применения отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, касающихся центра основных интересов, а также возможную разработку типового закона или типовых положений законодательства о несостоятельности, в которых были бы урегулированы отдельные международные вопросы, включая вопросы юрисдикции, доступа и признания, таким образом, чтобы это не исключало возможность разработки конвенции"¹. В этой связи было разъяснено, что такая будущая работа направлена не на изменение уже существующих стандартов ЮНСИТРАЛ в отношении несостоятельности и входящих в них понятий, а на уточнение их смысла.

12. Было отмечено, что некоторые понятия Типового закона, касающиеся ЦОИ, и сама концепция ЦОИ вызвали вопросы толкования, что привело к

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17), пункт 259 (а).*

принятию судами расходящихся решений (см. документы A/CN.9/WG.V/WP.95 и Add.1).

13. Был задан вопрос о том, должна ли Рабочая группа приступить к обсуждению различных видов единообразных правовых текстов, которые можно было бы разработать для разъяснения разных понятий. Различными видами единообразных правовых текстов могли бы быть i) правила, ii) рекомендации или iii) комментарий/руководящие принципы по отдельным темам Типового закона. В ответ было отмечено, что в прошлом Рабочая группа придерживалась практики, при которой решения по вопросам о форме принимались после обсуждения вопросов существа. Было высказано общее мнение, что этим же подходом следует руководствоваться и в отношении будущей работы по разъяснению понятий Типового закона.

14. В отношении разъяснения понятия ЦОИ, содержащегося в Типовом законе, было отмечено, что, хотя эта концепция упоминается в различных статьях Типового закона, например в статьях 2 (b), 16 (3) и 17 (2) (a), Типовой закон не содержит ее определения. В качестве примера текста, разработанного по этой же теме региональной организацией экономической интеграции, было указано, что в Правилах Европейского совета (ЕС) о производстве по делам о несостоятельности № 1346/2000 от 29 мая 2000 года ("Правила ЕС") понятие ЦОИ также упоминается без определения. Было отмечено, что ввиду важности этой концепции желательно не допускать расхождений в толковании при ее применении. Вместе с тем было указано, что понятие ЦОИ можно использовать в разных контекстах, например, согласно Правилам ЕС в связи с определением юрисдикции, в рамках которой должно открываться основное производство, и согласно Типовому закону в связи с уместностью признания уже открытого производства. Была также отмечена желательность проведения в будущем работы в целях дальнейшего уточнения порядка определения ЦОИ предпринимательской группы.

15. Признав наличие в прецедентном праве расхождений и коллизий в вопросе о ЦОИ, участники обсуждения в целом отметили, что разъяснение концепции ЦОИ может быть полезным для специалистов-практиков и судебных органов. Было также отмечено, что сформулировать конкретное определение понятия ЦОИ довольно сложно, хотя существует ряд способов дать его разъяснение, включая составление перечня факторов, которые следует учитывать при определении ЦОИ, в целях обеспечения большего единообразия и предсказуемости.

16. Далее было отмечено, что с термином ЦОИ связаны и другие условия, включенные в Типовой закон, например, элементы определения иностранного производства и вопрос о моменте определения ЦОИ должника, и было достигнуто согласие о том, что было бы полезно сначала рассмотреть эти другие факторы, а уже затем приступить к обсуждению концепции ЦОИ.

В. Производство, которое может быть признано согласно Типовому закону – статья 2

Вопросы, касающиеся определения "иностранного производства" согласно статье 2 (а) Типового закона

17. Было отмечено, что определение "иностранного производства", содержащееся в статье 2 (а) Типового закона, получило разное толкование в прецедентном праве (см. A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 8-37). Был задан вопрос о том, должна ли Рабочая группа разъяснить определение некоторых элементов иностранного производства согласно статье 2 (а) Типового закона, которая гласит, что "'иностранное производство" означает коллективное судебное или административное производство – включая временное производство, – которое проводится в иностранном государстве в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности, и в рамках которого активы и деловые операции должника подлежат контролю или надзору со стороны иностранного суда в целях реорганизации или ликвидации".

18. В этой связи был задан вопрос о необходимости определения требования о несостоятельности должника. В ответ было отмечено, что в таком определении нет необходимости, поскольку требование о несостоятельности должника вытекает из формулировки "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности".

19. В отношении необходимости определения формулировки "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности" было высказано мнение о том, что трудности судебного толкования этой формулировки связаны с попыткой уравнивать терминологию законодательства разных правовых систем. Было отмечено, что цель Рабочей группы заключается не в унификации законодательного урегулирования вопросов о несостоятельности, а в разъяснении понятий Типового закона. В этой связи было указано на невозможность дальнейшей детализации определения "иностранного производства", в котором были бы отражены все внутренние процедуры. Было также отмечено, что понятие "законодательного акта, касающегося несостоятельности" уже обеспечивает желаемую степень гибкости. Было также указано, что в пункте 12 (u) Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности ("Руководство для законодательных органов") и сопроводительном комментарии содержится определение производства по делу о несостоятельности, которое согласуется с определением, включенным в Типовой закон.

20. Рабочая группа отметила, что в Руководстве по принятию Типового закона указано, что требование о "коллективном производстве" относится к коллективному участию кредиторов в иностранном производстве, а не к производству, предназначенному для оказания помощи конкретному кредитору в получении платежа. В отношении требования о "коллективном производстве" было указано, что это требование является важным элементом определения. Было отмечено, что возможны случаи, когда в рамках определенных внутренних процедур с технической точки зрения могут быть выдвинуты возражения в связи с тем, что данное требование удовлетворено не в полной мере, при том, что соответствующее производство было признано согласно

Типовому закону. В этой связи была вновь подчеркнута необходимость гибкости определения иностранного производства в Типовом законе. Была также высказана обеспокоенность в отношении того, что установление дополнительных критериев может создать излишние ограничения.

21. Было высказано мнение о том, что Секретариат может выявить определенные дела, производство по которым прямо не подпадает под определение в статье 2 (а) Типового закона или включение которых в сферу действия Типового закона может вызвать или уже вызвало обеспокоенность (в ходе обсуждения использовался термин "серая зона"), для облегчения рассмотрения Рабочей группой вопроса о необходимости разъяснения определения "иностранного производства". Полезность такого исследования была поставлена под сомнение на том основании, что оно будет исследованием текущей ситуации, не учитывающим новые обстоятельства и весьма широкий охват понятия "законодательного акта, касающегося несостоятельности".

22. После обсуждения Рабочая группа решила, что на данном этапе обсуждений преждевременно говорить о необходимости разъяснения определения "иностранного производства" согласно статье 2 (а) Типового закона. Рабочая группа просила Секретариат подготовить информационную записку для оказания ей помощи в рассмотрении этого вопроса на одной из будущих сессий.

С. Единообразное толкование и международное происхождение – статья 8 Типового закона

23. Рабочая группа отметила, что в статье 8 Типового закона предусмотрено, что при толковании текста следует учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению принципа добросовестности. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности дополнительных рекомендаций относительно источников информации для содействия толкованию Типового закона в соответствии со статьей 8 (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 40-42).

24. Было отмечено, что для единообразного толкования Типового закона в соответствии со статьей 8 большое значение имеет судебная практика по Типовому закону и что в Руководстве по принятию Типового закона говорится о том, что такому унифицированному толкованию будет способствовать информационная система "Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ" (ППТЮ), в рамках которой Секретариат ЮНСИТРАЛ публикует резюме судебных решений, содержащих толкование конвенций и типовых законов, являющихся результатом работы ЮНСИТРАЛ (см. Руководство по принятию Типового закона, пункт 92). В этой связи было отмечено, что помощь в таком толковании могут также оказать и другие тексты ЮНСИТРАЛ, помимо Типового закона (включая Руководство для законодательных органов). Далее было указано, что в описании судебной практики, касающейся толкования Типового закона, встречаются также ссылки на дела, не связанные с текстами ЮНСИТРАЛ, например на дела, рассмотренные в соответствии с Правилами

ЕС о несостоятельности, которые также включают понятие ЦОИ (см. пункт 14 выше).

25. После обсуждения было высказано общее мнение о нецелесообразности дополнительного разъяснения статьи 8 Типового закона.

D. Признание

1. Исключение на основании публичного порядка – статья 6 Типового закона

26. Рабочая группа отметила, что в статье 6 Типового закона предусмотрено исключение для признания иностранного производства, если такое решение будет "явно противоречить публичному порядку" государства, признающего производство. Рабочая группа отметила также, что в Руководстве по принятию указывается, что обычно это исключение следует толковать ограничительно и что оно предназначено для применения только при исключительных обстоятельствах и только в отношении вопросов, имеющих основополагающее значение для принимающего Типовой закон государства.

27. Рабочая группа рассмотрела вопрос о необходимости разъяснения исключения на основании публичного порядка. Был задан вопрос о том, следует ли включать в сферу действия этого исключения выбор удобного суда. В ответ было высказано мнение о целесообразности решения вопроса о выборе удобного суда в связи с определением ЦОИ, поскольку исключение на основании публичного порядка должно иметь узкое толкование.

28. Одна из делегаций сообщила Рабочей группе о принятии в ее стране на основе Типового закона законодательства, согласно которому требуется информировать соответствующий правительственный орган и предоставить ему возможность принять необходимые меры в случае применения исключения на основании публичного порядка, с тем чтобы не допустить произвольных ссылок на этот принцип. Было высказано несколько мнений о возможной полезности разъяснения этого исключения с целью противодействия потенциальным злоупотреблениям, в частности в связи с тем, что не все принятые национальные законы содержат подобное положение. Было отмечено, что сформулировать определение исключения на основании публичного порядка может быть нелегко, поскольку этот вопрос, как представляется, регулируется внутренним законодательством, которое в разных правовых системах неодинаково.

29. В ответ были высказаны разные мнения о возможных путях противодействия ненадлежащему применению исключения на основании публичного порядка. Было предложено включить ссылку на "исключительный характер" исключения на основании публичного порядка. Было также высказано мнение о достаточности ссылки на статью 8 о толковании Типового закона и на дела, включенные в ППТЮ (см. пункт 24 выше). Было также указано на то, что в Руководстве по принятию уже содержится достаточное разъяснение по поводу осторожного применения исключения на основании публичного порядка. В то же время было отмечено, что в статье 22 Типового закона предусмотрена достаточная защита кредиторов и других заинтересованных лиц. Согласно иному мнению, к Секретариату можно

обратиться с просьбой о составлении перечня примеров применения исключения на основании публичного порядка. В ответ было указано, что представление таких примеров может быть сопряжено с трудностями, поскольку эти примеры основаны на делах с конкретными фактами, требующими дополнительного разъяснения. Кроме того, было отмечено, что представление таких примеров потребует проведения Рабочей группой оценки содержания таких дел.

30. После обсуждения Рабочая группа согласилась с тем, что применение исключения на основании публичного порядка является вопросом внутреннего законодательства, решение по которому должно приниматься национальными судами. Рабочая группа также пришла к мнению, что это исключение подлежит узкому применению, однако на данном этапе обсуждения она не приняла решения о том, как может быть обеспечено такое ограниченное применение, и согласилась продолжить рассмотрение этого вопроса при обсуждении судебных материалов по Типовому закону, содержащихся в документе A/CN.9/WG.V/WP.97 и добавлениях к нему.

2. Решение о признании иностранного производства согласно статье 17 в качестве основного или неосновного производства согласно статье 2 (b) и (c) Типового закона

31. Было отмечено, что трудности вызывает не сам текст Типового закона, а его применение к вопросам признания. Было также указано, что, поскольку многие страны приняли Типовой закон совсем недавно, его применение вызывало иногда неопределенность с учетом только формирующегося прецедентного права. Было также отмечено, что в статье 17 Типового закона предусмотрен порядок признания, тогда как вопросы о том, будет ли и какая судебная помощь будет предоставлена, отдельно рассматриваются в статьях 19 и 21.

а) Предварительное условие признания: основное или неосновное производство

32. Рабочая группа отметила, что в статье 17 (2) (a) Типового закона предусмотрено, что иностранное производство по смыслу статьи 2 (a) должно признаваться либо основным (при наличии ЦОИ должника) либо неосновным иностранным производством (статья 2 (b) или (c)). Рабочая группа рассмотрела также вопрос о том, должен ли суд при вынесении решения о признании предварительно удостовериться в том, что производство, осуществляемое в соответствии с Типовым законом, является либо основным, либо неосновным иностранным производством.

33. Было высказано мнение о том, что этот вопрос достаточно хорошо урегулирован в решении по делу *Bear Stearns*², согласно которому такое

² Bear Stearns Hi-Grade Structured Credit Strategies Master Fund Ltd. 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. Sep 2007); [Дело № 760 ППТЮ]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, пункты 45-48; Bear Stearns (on appeal) 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. May 2008); [Дело № 794 ППТЮ]; A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, пункты 45-48; см. также документ A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, приложение.

удостоверение требуется в качестве необходимого предварительного условия признания.

34. Был задан вопрос о том, следует ли также предусмотреть третью категорию производства или с этой же целью расширить понятие "предприятие", содержащееся в статье 2 (f) Типового закона, с тем чтобы охватить производство на основании местонахождения активов в том или ином государстве, а также сделать ссылку на статью 28 Типового закона. В ответ было отмечено, что такое расширение приведет к изменению Типового закона, которое выходит за рамки текущего мандата Рабочей группы и противоречит духу Типового закона. Было указано на то, что в Типовом законе предусмотрена достаточная свобода усмотрения для внутреннего законодательства, которое может позволять открывать внутреннее производство на иных основаниях.

35. После обсуждения Рабочая группа решила, что в Типовом законе четко определен порядок признания только двух видов производства, а именно иностранного основного и иностранного неосновного производства.

b) Процедура определения основного или неосновного производства

36. Было высказано мнение о необходимости включения либо в предварительный судебный приказ об открытии производства, либо в дополнительные доказательства, представляемые согласно статье 15 (2) (с), фактической информации относительно того, является ли производство основным или неосновным по смыслу Типового закона, с тем чтобы облегчить определение иностранного основного или неосновного производства судом, который может принять решение по ходатайству о признании на более позднем этапе. В этой связи было отмечено, что в статье 15 Типового закона уже указаны документы, которые должны сопровождать ходатайство о признании. В отношении обеспокоенности в отношении того, что это предложение будет иметь неблагоприятные последствия для производства, находящееся под надзором органа, иного, чем суд, было отмечено, что используемое в Типовом законе понятие "суд" включает также судебный или иной орган, компетентный осуществлять контроль или надзор за иностранным производством согласно статье 2 (е) Типового закона. Другая обеспокоенность была высказана в связи с тем, что при принятии решения об открытии производства суду может быть неизвестно о необходимости включения такой информации.

37. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию о том, что будет полезным, если суд, открывающий производство, включит в свой приказ предложенную выше информацию, а также решила отразить этот момент в конечных результатах своей работы.

3. Местонахождение ЦОИ – статья 16 о презумпции

38. Рабочая группа отметила, что в статье 16 (3) Типового закона установлена презумпция, из которой суд может исходить при определении ЦОИ и которая предусматривает, что в отсутствие доказательств противного зарегистрированная контора должника (или обычное место жительства в случае физического лица) считается центром основных интересов должника. Кроме того, Рабочая группа отметила, что в пункте 122 Руководства по

принятию Типового закона указано, что цель такой презумпции заключается в ускорении доказательственного процесса. Рабочая группа указала также на то, что вопросы, касающиеся местонахождения ЦОИ и толкования презумпции в статье 16 (3), были затронуты в ряде дел (см. документ A/CN.9/WG.V/ WP.95/Add.1, пункты 5-20). Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности составления перечня указывающих факторов, которые следует учитывать при определении ЦОИ, применительно к ситуациям оспаривания этой презумпции.

а) Разработка перечня указывающих факторов

39. Были высказаны разные мнения в отношении весомости различных факторов, перечисленных в пункте 20 документа A/CN.9/WG.V/ WP.95/Add.1, которую они будут иметь при таком анализе вопроса об определении ЦОИ. В частности, одни факторы, включенные в подпункты (a)-(g) и (m), были сочтены весьма важными для анализа ЦОИ, а другие – второстепенными, например "правовая система, чье право является регулирующим или применимым к основным договорам компании" (подпункт (d)), или ненадлежащими, например "место, из которого организуется или санкционируется финансирование, или местонахождение основного банка компании-должника" (подпункт (f)), если только этот банк не контролирует компанию-должника. Согласно одним мнениям, "местонахождение сотрудников" (подпункт (k)) имеет решающее значение на том основании, что эти сотрудники могут стать будущими кредиторами, а согласно другим мнениям этот вопрос является вопросом защиты прав заинтересованных сторон, который не имеет отношения к анализу вопроса об определении ЦОИ и в достаточной степени регулируется в статье 22 Типового закона. Были также высказаны различные мнения в отношении таких факторов, как "место, в котором осуществляется реорганизация компании-должника" (подпункт (l)) и "место, в котором осуществляется и чьим правом регулируются подготовка и ревизия счетов" (подпункт (o)), причем в отношении последнего фактора было отмечено, что ревизия компании может проводиться в разных государствах.

40. Было также высказано мнение о необходимости определения в перечне приоритетности факторов и максимального уменьшения их числа. В ответ было отмечено, что определить приоритетность факторов достаточно сложно, поскольку в разных правовых системах могут использоваться разные оценки и что уменьшение числа факторов может привести к недопониманиям. Была высказана обеспокоенность в отношении использования термина "перечень", поскольку это может подразумевать его обязательный характер. В ответ Рабочей группе было вновь указано на то, что цель этого перечня заключается в оказании помощи судьям при проведении ими анализа объективных критериев для определения ЦОИ и нахождения надлежащего судебного органа. Было также отмечено, что в основе всех критериев лежит концепция "достаточной связи" должника с государством для того, чтобы на него распространялось действие законодательства этого государства о несостоятельности, причем эта концепция также упоминается как основание для осуществления юрисдикции в пункте 12 главы первой части второй Руководства для законодательных органов.

41. После обсуждения Рабочая группа решила, что перечень указывающих факторов поможет судьям в их анализе вопроса об определении ЦОИ.

b) Последствия мошенничества для факторов, учитываемых при определении ЦОИ

42. Рабочая группа рассмотрела последствия случаев мошенничества для факторов, которые должны учитываться при определении ЦОИ. Были заданы вопросы в отношении определения мошенничества. Было отмечено, что это определение может относиться к компании, которая занимается мошеннической деятельностью или само создание которой является мошенничеством. Был также задан вопрос о том, должно ли это определение включать мошенничество по гражданскому или уголовному праву. Кроме того, был задан вопрос о том, подпадает ли под это определение так называемый "неправомерный" выбор удобного суда, когда должник пытается найти более благоприятную правовую систему для ограничения требований кредиторов. Была высказана обеспокоенность в отношении того, что в каждой правовой системе используется свое собственное понятие мошенничества, в связи с чем этот вопрос будет рассматриваться в рамках исключения на основании публичного порядка, предусмотренного в статье 6 Типового закона.

43. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию о том, что этот вопрос нуждается в дальнейшем рассмотрении.

c) Сроки определения ЦОИ

44. Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должно ли определение ЦОИ производиться с момента подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности или с момента подачи ходатайства о признании этого производства, поскольку в соответствии как с Типовым законом, так и Правилами ЕС рассматривался ряд дел, связанных с переездом должника из одной правовой системы в другую непосредственно до или после открытия производства по делу о несостоятельности. Рабочая группа отметила, что в Типовом законе не содержится никаких упоминаний о моменте, на который должен определяться ЦОИ (см. A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 26-36). Было указано, что ссылка на момент признания может повлечь за собой неверные результаты и вступить в противоречие с духом Типового закона, в частности в силу того, что между моментом открытия производства и моментом подачи ходатайства о признании может пройти несколько лет. В этой связи было высказано мнение о том, что сроки определения ЦОИ должны обеспечивать стабильность.

45. После обсуждения Рабочая группа решила, что срок определения ЦОИ должен начинаться с момента подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности и что этот вывод следует отразить в конечных результатах работы, возможно, в форме поправки к судебным материалам по Типовому закону, содержащимся в документе A/CN.9/WG.V/WP.97 и добавлениях к нему.

4. Предприятие

46. Рабочая группа рассмотрела вопрос о целесообразности разъяснения понятия "предприятие", определение которого содержится в статье 2 (f) Типового закона и которое имеет отношение к определению неосновного производства. После обсуждения Рабочая группа пришла к согласию о том, что понятие "предприятие" не нуждается в разъяснении как применительно к компании-должнику, так и к должнику-физическому лицу.

5. ЦОИ предпринимательской группы

47. Было отмечено, что многие дела, рассматривавшиеся в соответствии с Типовым законом, касались предпринимательских групп и что было бы полезно сформулировать также рекомендации в отношении толкования в Типовом законе концепции ЦОИ применительно к предпринимательской группе.

48. После обсуждения Рабочая группа решила просить Секретариат подготовить, в рамках имеющихся ресурсов, исследование по вопросу о ЦОИ предпринимательских групп для рассмотрения на одной из будущих сессий, в котором будут отражены, в частности, i) результаты обсуждений в ходе предшествующей работы по части третьей Руководства для законодательных органов; ii) виды существующей практики применительно к предпринимательским группам и, по мере возможности, iii) предложения о возможном охвате будущей работы.

V. Обязанности и ответственность директоров в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности

49. Рабочая группа обсудила тему об обязанностях и ответственности директоров и должностных лиц предприятий в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности, на основе документа A/CN.9/WG.V/WP.96 и других указанных в нем документов.

50. Рабочая группа напомнила о том, что согласно мандату Комиссии основным содержанием работы по этой теме должны быть только те обязанности и ответственность, которые возникают в контексте несостоятельности, и что эта работа не направлена на решение вопросов, относящихся к сфере действия уголовной ответственности, или корпоративных вопросов, выходящих за рамки несостоятельности (A/65/17, пункт 259 (b)).

A. Введение

1. Общие замечания

51. Было указано, что предметом обсуждения являются первоначальные предложения Соединенного Королевства, Международной ассоциации ИНСОЛ и Международного института по вопросам несостоятельности, изложенные в

документах A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.3, A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.4 и A/CN.9/582/Add.6; авторы этих предложений осветили затронутые вопросы.

52. Было отмечено, что в преддверии возможной несостоятельности предприятий наблюдались случаи, когда директора допускали злоупотребления, например совершали сделки в ущерб компании и/или ее кредиторам, возможно в своих интересах, в том числе выводили активы из сферы досягаемости кредиторов и будущих должностных лиц.

53. Был затронут ряд аспектов этой темы: возможность введения минимальных стандартов, регулирующих поведение директоров, и принятия руководящих указаний, направленных на поощрение наилучших видов практики; характер изменения обязанностей директоров в преддверии несостоятельности; воздействие на такие обязанности трансграничного контекста; и возможные соответствующие последствия неисполнения обязанностей.

54. Было отмечено, что цель работы по этой теме заключается в обеспечении того, чтобы в преддверии фактической несостоятельности директора принимали такие меры, которые сохраняли бы стоимость компании, возможно за счет реорганизации, а не просто ожидали открытия производства по делу о несостоятельности. Хотя многие системы поощряют реорганизацию в качестве важного и конструктивного средства, она недостаточно используется на практике, нередко в силу отсутствия стимулов. В то же время директора, как правило, не привлекаются к ответственности за изъятие ценных активов из терпящей банкротство компании для их будущего использования. Таким образом, работа по этой теме будет направлена на обеспечение стимулов, побуждающих к принятию соответствующих мер при сбалансированном определении надлежащих последствий, включая личную ответственность в тех случаях, когда такие меры не принимаются.

55. Было подчеркнуто, что задача состоит в том, чтобы побудить директоров предпринимать после того, как им становится известно о неспособности компании выйти из трудного положения, соответствующие своевременные шаги, которые могут включать открытие на раннем этапе удовлетворяющего создавшимся условиям производства по делу о несостоятельности. Было отмечено, что такое поощрение должно быть сбалансированным и не допускать риска принятия директорами решения о преждевременной ликвидации предприятия (во избежание риска возникновения личной ответственности) в тех случаях, когда наилучшие результаты могла бы обеспечить процедура реорганизации, если на нее будет отпущено надлежащее время. Была подчеркнута необходимость гибкого подхода, который позволит директорам действовать добросовестно и принимать самые эффективные меры.

56. Было отмечено, что этот вопрос по-прежнему не регулируется международными стандартами, хотя и была сделана ссылка на содержащиеся в рекомендации 87 Руководства для законодательных органов положения об обязанностях после наступления несостоятельности и процедурах расторжения сделок, и было напомнено о том, что Европейская комиссия и Всемирный банк указали на необходимость таких стандартов. Было также подчеркнуто, что

решение этого вопроса повысит значимость задач Типового закона и Руководства для законодательных органов.

57. Была также подчеркнута важность рассмотрения этого вопроса в контексте предпринимательских групп. Так, была высказана обеспокоенность в связи с тем, что неурегулированность этого вопроса может привести к тому, что одна компания в составе группы, действующей в той или иной стране с ограничительным режимом, будет принуждена к преждевременной ликвидации, что отрицательно скажется на всей группе в целом.

58. Рабочая группа напомнила о вопроснике по этой теме, выпущенном Международным институтом по вопросам несостоятельности, и о подробной публикации ИНСОЛ с анализом по странам, при этом было отмечено, что новые исследования текущей ситуации в мире помогут при проведении обсуждений в будущем.

2. Особенности возможной работы

59. Был подробно рассмотрен охват возможной работы. Было отмечено, что, хотя сфера уголовной ответственности или вопросы чисто корпоративного управления затрагиваться не будут, взаимосвязь между этими двумя темами реально существует и ее необходимо учитывать.

60. В отношении взаимосвязи между вопросами уголовного и гражданского права было подчеркнуто, что уголовные санкции или наказания не входят в мандат Рабочей группы. Было отмечено, что на практике полностью разделить эти сферы довольно сложно. Например, в некоторых правовых системах решение о компенсации по гражданским искам может не приниматься до завершения рассмотрения любых уголовных дел, связанных с соответствующим делом о несостоятельности. Кроме того, было отмечено, что Рабочей группе потребуется обеспечить, чтобы охват ее работы в ходе всех обсуждений отражал практические аспекты этой взаимосвязи.

61. В отношении взаимосвязи между законодательством о несостоятельности и законодательством о компаниях было отмечено, что ответственность директоров является в целом вопросом корпоративного управления и выходит, таким образом, за рамки мандата Рабочей группы и что законодательство о несостоятельности не должно затрагивать эти сферы. Было подчеркнуто, что в отсутствие несостоятельности директора должны исполнять обязанности перед компанией (что в некоторых системах означает также перед ее акционерами); в преддверии несостоятельности или при открытии производства по делу о несостоятельности эти обязанности могут или будут распространяться на кредиторов и другие заинтересованные стороны; интересы этих групп могут конфликтовать (например, для кредиторов самым приемлемым вариантом может быть ликвидация и распределение активов, а акционеры могут настаивать на продолжении деятельности компании до тех пор, пока существует любая надежда избежать несостоятельности). В этой связи соответствующим важнейшим периодом, когда возможно возникновение дополнительных обязанностей, будет период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности.

62. В отношении возможного текста или возможных руководящих указаний, которые следует подготовить, было отмечено, что эта область сильно зависит

от конкретных фактов и не может с легкостью регулироваться, поэтому сформулированные руководящие указания должны носить описательный, а не нормативный или предписывающий характер, при этом при изложении принципов следует также избегать вмешательства в сферу корпоративного права. Была подчеркнута необходимость избегать подготовки таких положений, которые не будут способствовать ответственному принятию рисков и предпринимательских решений. Было указано на различия в степени ответственности директоров и обращено внимание на то, что не во всех системах традиционно предусмотрен судебный пересмотр подобных оценочных определений.

63. Кроме того, было указано на то, что кредитор может иметь средства правовой защиты в отношении директоров, в рамках которых исполнительные действия будут производиться вне производства по делу о несостоятельности. Строго говоря, этот аспект темы, возможно, выходит за рамки мандата Рабочей группы, однако риск таких действий (которые могут затронуть имущественную массу) следует, тем не менее, учитывать.

64. Были затронуты другие практические аспекты темы: во-первых, было отмечено, что серьезным препятствием в деле практического обеспечения принудительного исполнения является вопрос о финансировании любых действий, даже при наличии разумных ожиданий на их успешную реализацию. Во-вторых, следует принимать в расчет бенефициаров любых взысканных сумм: если взысканные средства достанутся обеспеченным кредиторам по обеспечению под все активы или все предприятие, а не общему составу кредиторов, то это не будет или почти не будет стимулировать к действиям управляющего в деле о несостоятельности.

65. Была отмечена важность вопросов частного международного права в отношении как юрисдикции, так и применимого права, и было достигнуто согласие с тем, что решению этих вопросов может способствовать согласование применимых к ним стандартов. С учетом этих соображений было решено включить для рассмотрения Рабочей группой трансграничный контекст в число аспектов этой темы, изложенных в пункте 74 документа A/CN.9/WG.V/WP.96.

66. Было вновь отмечено, что при рассмотрении стоящих в повестке дня вопросов и возможных решений нельзя автоматически запретить любые обсуждения аспектов, входящих в сферу корпоративного права. Необходимо обеспечить, чтобы конечные результаты не выходили за рамки контекста несостоятельности или не вторгались в сферу законодательства о компаниях или другие разделы гражданского или уголовного законодательства.

67. Рабочая группа пришла к согласию о том, что в силу этих соображений подготовка рекомендаций по этой теме была бы уместной. Она также заслушала мнения в отношении различных аспектов этой темы, которые могли бы служить основой руководящих принципов или иных рекомендаций по этому вопросу с учетом подпунктов, перечисленных в пункте 74 документа A/CN.9/WG.V/WP.96 (см. раздел 3 ниже). Была вновь отмечена общая важность принятия, в соответствующих случаях, мер, способных привести к увеличению имущественной массы в делах о несостоятельности.

3. Вопросы, подлежащие рассмотрению

а) Определение лиц, которые должны исполнять обязанности

68. Первый затронутый аспект касался выявления тех лиц, которые должны исполнять такие обязанности. Рабочая группа отметила, что в первую очередь такими лицами будут являться официально назначенные директора (и что нормой является уставное определение директоров); в описании, изложенном в пунктах 18-22 документа A/CN.9/WG.V/WP.96, включая принципы Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), указано, каким образом категория возможных физических лиц может быть расширена.

69. Дополнительно такими лицами могут быть фактические или теневые директора (которые действуют как директора или руководят компанией либо иным образом контролируют ее, или по указаниям которых компания обычно действует); должностные лица, на которые возложены функции, связанные с управлением компанией (к которым могут относиться председатель, аудиторы или генеральные управляющие); члены административного совета или совета директоров в более крупных компаниях и предпринимательских группах, лица с решающим влиянием или положением и лица с явными полномочиями выносить обязательные для компании решения. В этой связи была отмечена взаимосвязь между идентификацией лиц, исполняющих обязанности, и характером самих обязанностей.

70. В этой связи был подчеркнут риск ограничения определения обязанностей только официально назначенными директорами, поскольку это, помимо прочего, может поощрять к использованию фиктивных или "подставных" директоров, с тем чтобы оградить от любой ответственности реальных лиц, принимающих решения. Вместе с тем было настоятельно предложено обратить внимание на тот факт, что не во всех правовых системах регулируются обязанности директоров, помимо официально назначенных директоров, по крайней мере в период, предшествующий несостоятельности.

71. В целом было признано, что директорами для этой цели могут быть физические или юридические лица. К юридическим лицам могут относиться другие компании в рамках предпринимательской группы, банки, консультанты или другие советники и аудиторы. Хотя было достигнуто согласие в отношении того, что эти субъекты могут оказывать влияние на действия компании, мнения разошлись в отношении того, представляет ли собой их влияние управление компанией и является ли такое управление необходимым предварительным условием любой ответственности (т.е. каким образом вопрос причинной связи будет соотноситься с определением лиц, которые должны исполнять соответствующие обязанности, и неисполнением таких обязанностей). Важным соображением является выявление группы лиц, которые могут причинить вред посредством принятия определенных управленческих мер; вред может быть причинен в дочерней компании посредством принятия мер по приказу материнской компании. Были подчеркнуты возможные различия между, в частности, аудиторами и другими категориями лиц.

72. Был сделан вывод, что в данном случае будет уместен целенаправленный подход; во внутреннем законодательстве следует указать неисчерпывающий перечень лиц, исполняющих соответствующие обязанности. Дополнительные лица должны быть указаны описательно, исходя из тех других лиц, которым

обязанности могут быть переданы, а не из технического описания, например, фактических или теневых директоров. Было достигнуто согласие в отношении того, что будущие обсуждения будут основаны на этом подходе, а также отмечено, что вопрос о том, следует ли включить в эту группу лиц, помимо директоров, и других имеющих влияние лиц, будет рассмотрен дополнительно.

b) Выявление лиц, перед которыми должны исполняться обязанности

73. Было отмечено, что определение лиц, перед которыми должны исполняться обязанности, может быть основано на потенциальной ответственности перед всеми заинтересованными сторонами или перед такой определенной группой как компания, акционеры и/или кредиторы, или перед будущими бенефициарами любых взысканных средств. Было высказано мнение, что в этом смысле кредиторов следует трактовать как общий состав кредиторов, а не какой-либо конкретный кредитор или конкретная группа кредиторов.

74. Согласно альтернативному мнению, обязанности должны рассматриваться как подлежащие исполнению перед собственно имущественной массой. В поддержку этого предложения было указано на существование широко распространенного определения этого понятия, которое включает всех лиц, которым причитаются услуги или средства, и при этом было подчеркнuto, что лучше всего избегать деления на различные категории заинтересованных сторон. Как было отмечено, такой подход будет также отвечать цели обеспечения равного режима для кредиторов, находящихся в равном положении (рекомендация 1 (d) Руководства для законодательных органов), и будет отражать практический, а не доктринальный подход, основанный на выявлении потенциальных бенефициаров любых мер по взысканию средств.

75. Было отмечено, что следует исходить из того, что директора действуют добросовестно, с тем чтобы интересы компании совпадали с интересами акционеров, кредиторов и служащих. Недобросовестные действия могут быть поводом для преследования.

76. Была отмечена взаимосвязь этого вопроса с вопросом о моменте возникновения обязанностей. Обязанности директоров платежеспособной компании должны исполняться исключительно перед этой компанией и, как было отмечено, не должны передаваться; в случае возможной несостоятельности компании обязанности должны исполняться перед имущественной массой и как таковые могут передаваться акционерам и другим заинтересованным сторонам, чьи интересы в конечном счете будет представлять управляющий в деле о несостоятельности.

77. Рабочей группе было предложено провести различие между фактическим наступлением несостоятельности и официальным открытием производства по делу о несостоятельности. В период между этими двумя событиями в тех правовых системах, в которых признается понятие неправомерного или несостоятельного ведения дел, ставится знак равенства между ответственностью официально назначенных директоров и ответственностью всех других лиц, которые считают, что они имеют полномочия осуществлять действия в отношении компании, или которые издают указания или иным образом влияют на управление компанией.

78. Была подчеркнута важность определения при выявлении ответственных лиц охвата и степени их обязанностей, которые могут возникать в контексте предпринимательской группы, а также признания возможности существования различной степени ответственности.

79. Было достигнуто согласие о том, что Рабочая группа продолжит обсуждение на основе изложенных выше вопросов на одной из будущих сессий.

с) Определение момента, с которого обязанности возникают в период, предшествующий открытию производства по делу о несостоятельности

80. Было выражено согласие с тем, что рассматриваемые обязанности могут возникать до момента открытия официального производства о несостоятельности. В этой связи было отмечено, что этот момент и момент фактического наступления несостоятельности совпадают редко.

81. Было выражено согласие с тем, что обязанности возникают, когда компания становится или неминуемо станет фактически несостоятельной (на практике, когда денежным средствам кредитора угрожает реальный риск или когда компания столкнулась с реальным риском, который в ходе обсуждения именовался "преддверием несостоятельности"), хотя обеспечить исполнение этих обязанностей можно только в контексте официального производства по делу о несостоятельности. Таким образом, важность этой темы обусловлена необходимостью предусмотреть соответствующие сроки с целью поддержки принятия надлежащих и своевременных мер, когда компании становятся несостоятельными. Иначе говоря, моментом возникновения обязанностей должен являться момент, когда директорам должно было стать известно об отсутствии разумных возможностей избежать ликвидации по причине несостоятельности.

d) Уточнение характера подлежащих исполнению обязанностей или охватываемых видов нарушений, например:

- i) **неправомерное ведение дел – когда директору или должностному лицу должно было быть известно, что несостоятельность неизбежна, но этот директор или должностное лицо не принимает разумные меры с целью минимизировать потери для кредиторов;**
- ii) **неисполнение обязанностей – когда директор или должностное лицо нецелевым образом использует или удерживает денежные средства или имущество компании либо превышает свои должностные полномочия или не исполняет свои фидуциарные или иные обязанности, что приводит к неправомерному использованию активов компании или убыткам для нее; и**
- iii) **ненадлежащие действия в отношении денежных средств или имущества компании – когда директор или должностное лицо применяет или допускает преференциальный режим или совершает сделку по заниженной стоимости в ущерб кредиторам**

82. Было достигнуто общее согласие с тем, что вопрос о характере подлежащих исполнению обязанностей включает рассмотрение вопросов о лицах, которые должны исполнять обязанности (пункт 3 (а)), лицах, перед

которыми они должны исполняться (пункт 3 (b)), и моменте, когда такие обязанности возникают (пункт 3 (c)).

83. В отношении неправомерного ведения дел (пункт (d) (i)) было отмечено, что в некоторых правовых системах при определенных обстоятельствах действует презумпция вины, связанная с несостоятельностью. В этой связи была представлена информация об опыте в одной стране: при наступлении несостоятельности, при которой может быть выплачено менее 20 процентов задолженности компании, указывается ответственность директоров, и суды могут потребовать от этих директоров произвести платеж в имущественную массу. С другой стороны, было подчеркнуто, что презумпции вины быть не должно.

84. В отношении охвата обязанностей было настоятельно предложено проявлять осторожность, поскольку введение слишком жесткого режима может воспрепятствовать торговле и предпринимательству (что противоречит общему мандату ЮНСИТРАЛ). Если несостоятельность вызвана внешними причинами, например общей рецессией, директоры, надлежащим образом выносящие деловые решения, не должны привлекаться к ответственности. Согласно другим мнениям, директоры должны быть осведомлены об условиях ведения дел, хотя эти условия и могут использоваться в качестве основания для возражений против возможных исков о взыскании.

85. В этой связи было подчеркнуто, что всегда следует рассматривать два вопроса: существует ли обязанность и была ли она не исполнена. В некоторых правовых системах, когда компания находится в преддверии несостоятельности, директоры обязаны выяснить, является ли компания платежеспособной, прежде чем заключать крупные сделки (например, сделки, создающие риск для половины ее активов; крупные передачи активов или распределение средств между акционерами). Директоры могут быть также обязаны обосновать соответствующие сделки и доказать, что они приняли в расчет возможность несостоятельности.

86. Была подчеркнута важность избегать использования концепции строгой ответственности; при принятии мер управляющему в деле о несостоятельности придется продемонстрировать наличие обязанности, ее неисполнение и тот факт, что такое неисполнение действительно причинило вред. Было отмечено, что любой другой подход будет фактически противоречить цели содействия применению передовой практики при несостоятельности без нанесения ущерба предпринимательству.

87. В этой связи было выражено согласие с тем, что существование любой ответственности будет полностью зависеть от конкретных фактов и что в этом отношении важнейшее значение имеет механизм изучения таких фактов. С учетом этого обстоятельства составление перечней неэффективной практики управления будет бесконечным и непродуктивным занятием, а в некоторых ситуациях действительно приведет к возникновению строгой ответственности. Кроме того, такой подход не учитывает меняющиеся обстоятельства, которые могут неоправданно изменить квалификацию того или иного решения. В этой связи было отмечено, что сформулировать универсальное определение таких обязанностей невозможно. Было сочтено, что более конструктивным подходом будет вынесение рекомендаций в отношении порядка исполнения самих

обязанностей с указанием шагов, которые можно или следует предпринять. Надлежащей мерой может быть, в частности, продолжение ведения дел в попытке улучшить положение компании или создать условия для ее ликвидации или предпринять многие другие промежуточные шаги. При наличии вероятности несостоятельности к числу надлежащих шагов можно отнести рассылку уведомлений заинтересованным сторонам (при этом не выходя за пределы обязанностей при официальном производстве по делу о несостоятельности), проявление осмотрительности при управлении компанией и принятие мер в интересах имущественной массы.

88. Согласно другому мнению, можно разработать абстрактное изложение обязанностей, основанное на принципе проявления максимальной осмотрительности, с уделением особого внимания предоставлению директорам возможности продемонстрировать, что они предприняли все разумные шаги для обеспечения хорошего состояния компании или улучшения ее состояния. Тем не менее в качестве стандарта должен быть установлен разумный уровень, поскольку в противном случае директора могут просто уйти в отставку, что отрицательно скажется на последующей реорганизации или производстве по делу о несостоятельности.

89. Согласно еще одному соображению, обязанности должны быть связаны с категорией группы, перед которой они должны исполняться: в частности, следует обеспечить, чтобы обязанности не подлежали исполнению только перед компанией как таковой (а не перед имущественной массой).

90. С учетом этих соображений Рабочая группа решила, что основой будущих обсуждений будет выявление шагов, которые следует предпринять для исполнения обязанностей, изложенных в подпункте (i).

91. Что касается изложения примеров неисполнения обязанностей (пункт 3 (d) (ii)) и ненадлежащих действий в отношении денежных средств или имущества компании (пункт 3 (d) (iii)), то было отмечено, что в Руководство для законодательных органов уже включены положения о преференциальных режимах и сделках, которые могут быть расторгнуты; они также затрагивают общие обязанности директоров вне контекста несостоятельности и поэтому основное внимание в будущей работе должно быть уделено вопросу о неправомерном ведении дел (3 (d) (i)). Была также отмечена возможная необходимость ограничения категории лиц, которые могут пользоваться защитой.

е) Выявление имеющихся средств правовой защиты в отношении такого поведения или неисполнения обязанностей

92. Были рассмотрены три вопроса, изложенные в пункте 63 документа A/CN.9/WG.V/WP.96.

93. Было отмечено, что главная цель иска о принудительном исполнении заключается в восстановлении состояния имущественной массы, в котором она была до осуществления ненадлежащих действий, которые послужили причиной иска о принудительном исполнении, и что поэтому характер возбуждаемого иска будет основан на этой цели. Такой иск может быть назван иском из неправомерного или несостоятельного ведения дел, однако вопрос терминологии является предметом будущего рассмотрения. Кроме того, было

добавлено, что без наличия эффективных средств правовой защиты обсуждения сведутся к чисто академическим рассуждениям и программные цели текущей работы по-прежнему не будут достигнуты. Было также указано на то, что режим, предусматривающий принудительное исполнение обязанностей, оказывает сдерживающее воздействие и может способствовать использованию эффективной практики при управлении компанией, находящейся в преддверии несостоятельности; тем не менее, положения должны быть сформулированы таким образом, чтобы они, в силу наличия риска наступления личной ответственности, не поощряли к преждевременному открытию производства по делу о несостоятельности.

94. Было отмечено, что число поданных исков из неправомерного или несостоятельного ведения дел меньше, чем этого можно было ожидать, учитывая число случаев несостоятельности, и что в связи с этим, несмотря на то, что основание для иска может быть сочтено надлежащим, в руководящих указаниях следует определить методы преодоления любых препятствий в деле обеспечения действительности исков. Помимо вопроса об обеспечении финансирования, необходимого для подачи исков, было отмечено, что во многих случаях иски могут быть удовлетворены, хотя у директоров может не оказаться достаточных активов для обеспечения рентабельности их подачи.

95. Было отмечено, что дополнительным потенциальным средством правовой защиты является возможность субординации требований директоров, совершивших ненадлежащие действия, в отношении имущественной массы в деле о несостоятельности. Предложение о том, что субординация может быть эффективным средством правовой защиты, получило поддержку, и было достигнуто согласие о необходимости дополнительного исследования этой темы, с тем чтобы Рабочая группа могла рассмотреть это средство правовой защиты на одной из будущих сессий в числе имеющихся средств правовой защиты.

96. К Рабочей группе был обращен настоятельный призыв проявлять осторожность при рассмотрении возможных средств правовой защиты и не выходить за рамки своего мандата, поскольку средства правовой защиты затрагивают вопросы, которые должны решаться в каждом государстве как в отношении характера требований, так и в отношении лиц, имеющих право их предъявлять, в том числе и такие связанные с этим вопросы, как бремя и нормы доказывания.

97. В отношении лиц, имеющих право подавать иск о принудительном исполнении, было указано, что такое право должны иметь лица, перед которыми должны исполняться соответствующие обязанности и которые понесли убытки. Было достигнуто согласие в отношении того, что это право обычно принадлежит управляющему в деле о несостоятельности как управляющему имущественной массой и что это право должно осуществляться с учетом коллективных интересов кредиторов. В отношении других категорий лиц было отмечено, что в различных правовых системах правом преследования директоров обладают самые разные лица, поэтому общего подхода не существует. К этим лицам относятся кредиторы как физические лица, кредиторы как коллективное образование, категории кредиторов или комитет кредиторов, компании (т.е. юридические лица), государственный прокурор и назначенный судом доверительный управляющий или эксперт (когда такое

лицо необходимо в силу возникновения коллизии интересов в случае продолжения управления компанией директорами при наступлении несостоятельности).

98. В отношении кредиторов было отмечено, что права, которые могут предоставляться в соответствии с другими отраслями права (гражданским правом, корпоративным правом или деликтным правом), в данном случае не подлежат рассмотрению, хотя такие другие отрасли права могут служить источником информации о порядке предъявления иска о принудительном исполнении, а также было достигнуто согласие о том, что положения о несостоятельности ни в коем случае не должны отрицать эти права. В той степени, в какой обязанность перед кредиторами существует отдельно от обязанностей, которые должны исполняться перед имущественной массой, соответствующие кредиторы, по логике, должны иметь возможность принудительно исполнить его; в случае принятия решения об исключении этого права должны быть четко изложены причины такого подхода. Было отмечено, что альтернативный подход, основанный на положениях рекомендации 87 Руководства для законодательных органов, касающейся расторжения сделок, заключается в предоставлении кредиторам возможности требовать от управляющего в деле о несостоятельности возбуждения иска; если он не делает этого, кредиторы могут возбудить иск сами; в определенных обстоятельствах они могут возбудить иск в отношении управляющего в деле о несостоятельности.

99. Было также отмечено, что у кредитора, как правило, нет доказательств, необходимых для возбуждения иска и что размеры ущерба, причиненного кредитору, трудно установить. Поддержку получило предложение о том, что поступления от любого успешного иска должны включаться в имущественную массу в целом, хотя кредитор, подавший иск, должен иметь возможность взыскать связанные с этим расходы и сборы. Тем не менее, было отмечено, что в некоторых правовых системах поступления от исков не обязательно идут в пользу всех кредиторов (например, когда существуют соответствующие обеспечительные интересы). Было отмечено, что эти вопросы будут дополнительно изучены в будущем.

100. Было также отмечено, что любое потенциальное требование является активом имущественной массы и что управляющий в деле о несостоятельности должен иметь гибкую возможность и обязанность обращаться с ним как с любым другим активом: к числу надлежащих мер можно отнести отчуждение этого актива в пользу кредитора – иными словами, право подавать иск может быть передано (за плату) этому кредитору. Помимо этого, было отмечено, что такой подход может помочь преодолеть одно указанное препятствие в деле подачи иска о принудительном исполнении: отсутствие средств для предъявления требования. По поводу последнего вопроса было также отмечено, что, учитывая потенциальные выгоды, кредиторы, возможно, пожелают финансировать предъявление требования управляющим в деле о несостоятельности.

101. Что касается других потенциальных лиц, которые могут иметь право на подачу иска о принудительном исполнении, то было настоятельно предложено проявлять осторожность и не допускать вторжения в сферу уголовно-процессуальных действий (что может быть в случае участия государственного

прокурора). Тем не менее, было отмечено, что может существовать определенная "серая зона" в том, что касается гражданских и уголовных средств правовой защиты, в тех случаях, когда возбуждаются иски о денежной компенсации, поэтому было бы уместно упомянуть о воздействии существующих уголовных процедур на иски, подаваемые при несостоятельности.

102. Была представлена информация об опыте подачи исков о принудительном исполнении в ряде правовых систем и отмечены преимущества использования оптимизированных процедур, снижающих расходы и сроки, связанные с некоторыми видами судебных споров.

103. В отношении сроков подачи исков о принудительном исполнении было отмечено, что до открытия дела о несостоятельности кредиторы могут располагать определенными средствами правовой защиты от директоров, но что эти средства правовой защиты предусмотрены в соответствии с другими отраслями права. Соответственно, было решено, что эти средства правовой защиты не будут дополнительно обсуждаться Рабочей группой в связи с этой темой.

104. Отдельным средством правовой защиты, о котором говорится в документе A/CN.9/WG.V/WP.96, является возможность дисквалификации директоров. Было указано, что дисквалификация является административной, а не уголовной санкцией, хотя вновь была подчеркнута возможность существования "серой зоны" в этом вопросе. Цель этого средства правовой защиты заключается не в наказании соответствующего директора, а в том, чтобы, помимо эффекта сдерживания, защитить широкий круг лиц от деятельности физического лица, доказавшего свою неспособность управлять компанией с ограниченной ответственностью. Было сочтено, что такое средство правовой защиты имеет вспомогательное значение по отношению к решению основного вопроса о восстановлении имущественной массы в деле о несостоятельности; хотя было указано на необходимость рассмотрения этого механизма, мнения в вопросе о том, в каком объеме его следует рассматривать Рабочей группе, разошлись.

105. Согласно другому мнению, практика дисквалификации устарела и отражает карательный подход, который более не считается конструктивным, при том, что такая практика неизбежно имеет некую общую сферу применения с уголовно-процессуальными действиями. Было также отмечено, что эффективность дисквалификации может быть сомнительной, если дисквалифицированный директор может спокойно действовать как фактический или теневой директор или если не приняты меры для обеспечения трансграничного действия этой дисквалификации. С другой стороны, было высказано мнение, что возможность дисквалификации оказывает эффективное сдерживающее воздействие. Было решено вернуться к этим вопросам на одной из будущих сессий.

106. Рабочая группа рассмотрела возможные возражения, которые директора могут заявлять в контексте иска о принудительном исполнении. Было отмечено, что перспективы неофициальной реорганизации могут быть поставлены под угрозу, если риски ответственности будут слишком велики. Было указано на то, что возможные возражения могут включать наличие

разумных оснований ожидать, что компания может стать платежеспособной, и что к конкретным шагам можно отнести представление счетов, должным образом отражающих финансовое состояние компании, проведение консультаций с соответствующим специалистом, а также представление аргументов, подтверждающих, что предложенный ход действий отвечает интересам кредиторов и что директоры проводят реструктуризацию. Была отмечена взаимосвязь между описанием обязанностей и возможными возражениями; описанные выше аспекты можно трактовать либо как возможные возражения, либо как способ исполнения основных обязанностей.

107. Было обращено внимание на практические трудности, связанные с судебными спорами по этим вопросам, включая трудности в отношении установления фактов и принятия мер, необходимых для выполнения обязанностей. В этой связи было высказано мнение о том, что в порядке дополнения самого принципа при формулировании обязанностей можно описать соответствующие действия, что должно поставить директора в известность о возможных рисках (например, речь может идти о передаче доли активов, сделках свыше установленного лимита, участии в рискованной деятельности, создающей риск для определенной доли активов). В практическом смысле было также отмечено, что директор должен иметь возможность продемонстрировать, что он учел последствия предложенных действий для платежеспособности компании и что в условиях вероятного наступления несостоятельности он предпринял шаги для защиты интересов кредиторов и т.д.

108. Было достигнуто согласие о том, что ключевым элементом руководящих положений, которые предстоит сформулировать, будет установление правильного соотношения между поощрением надлежащего поведения и недопущением преждевременного открытия дела о несостоятельности и что указанные выше вопросы будут рассмотрены на одной из будущих сессий.

f) Трансграничные вопросы

109. Был затронут ряд вопросов трансграничного характера. Во-первых, было отмечено, что в Типовом законе ничего не говорится о юрисдикции, которая таким образом по-прежнему является вопросом частного международного права. Рабочей группе было предложено изучить вопрос о том, что для рассмотрения исков, связанных с несостоятельностью, надлежащим судебным органом будут специальные суды и что с этой целью будет полезно сформулировать соответствующие руководящие указания. Во-вторых, в отношении применимого права было отмечено, что на практике в разных правовых системах используются самые разные решения (как в отношении производства, так и в отношении вопросов ответственности и ущерба). В-третьих, было отмечено, что в ограниченных обстоятельствах Типовой закон предоставляет иностранным управляющим доступ к компетентным инстанциям в пределах других юрисдикций, что, однако, не охватывает вопросы исков в отношении ответственности. Наконец, был затронут вопрос о том, будут ли возражения в пределах одной юрисдикции применяться при производстве в пределах другой юрисдикции. Рабочая группа приняла к сведению высказанные замечания и согласилась вернуться к этим вопросам на одной из будущих сессий.

VI. Судебные материалы, касающиеся Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности

110. Рабочая группа обсудила судебные материалы, касающиеся Типового закона, на основе документа A/CN.9/WG.V/WP.97 и добавлений к нему.

111. В порядке справочного пояснения к судебным материалам Рабочая группа отметила, что участники коллоквиума по судебным вопросам, который был проведен ЮНСИТРАЛ в сотрудничестве с ИНСОЛ и Всемирным банком, выразили пожелание получить информацию и рекомендации для судей по трансграничным вопросам и, в частности, по Типовому закону. В этой связи Комиссия поручила Секретариату разработать такой текст так же гибко, как это было сделано в случае *Практического руководства ЮНСИТРАЛ по вопросам сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности*³ ("Практическое руководство"), при участии практиков и специалистов по вопросам несостоятельности, для рассмотрения на соответствующем этапе Рабочей группой V и окончательной доработки и принятия Комиссией, возможно, в 2011 году⁴.

112. Было разъяснено, что обзор судебных материалов носит чисто описательный характер и что преследуемая цель состоит в том, чтобы оказать помощь судьям в вопросах, связанных с Типовым законом, как это и предусматривает мандат Комиссии, и тем самым укрепить предсказуемость при рассмотрении дел и обеспечить последовательность прецедентного права. Далее было разъяснено, что в обзор материалов судебной практики были включены ссылки на конкретные дела, с тем чтобы проиллюстрировать различные мнения, выраженные в рамках толкования Типового закона. С тем чтобы судебные материалы в еще большей степени способствовали выполнению поставленной задачи, было указано на большую пользу их постоянного обновления в консультациях с судьями и практиками. В этой связи было высказано мнение о том, что особенно уместным было бы опубликование этих материалов в электронном формате.

113. Рабочая группа пришла к общему мнению о том, что документ, в котором проводится обзор материалов судебной практики, будет выполнять чрезвычайно полезную функцию с точки зрения оказания помощи судьям как в тех странах, которые приняли Типовой закон, так и в тех странах, которые Типового закона еще не приняли и в которых этот документ будет в значительной степени способствовать его принятию.

114. Для дополнительного отражения или разъяснения в обзоре материалов судебной практики был указан ряд аспектов, включая следующие: 1) может ли иностранный представитель, без предварительного получения признания, представлять должника в рамках иного производства, чем производство по делу о несостоятельности (в рамках гражданского процесса); 2) значение формулировки "участие в уже открытом производстве" в пункте 29 (b) документа A/CN.9/WG.V/WP.97 с учетом ссылки на статью 12, приведенной в

³ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.10.V.6.

⁴ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят пятая сессия, Дополнение № 17 (A/65/17), пункт 261.

сноске к этому пункту; 3) значение термина "вступление" в пункте 29 (d) документа A/CN.9/WG.V/WP.97; 4) необходимость более подробного рассмотрения вопросов, связанных с предпринимательскими группами; 5) необходимость признать, что не все внутренние законодательные акты будут предусматривать требование о наличии "предприятия" по смыслу статьи 2 (f) применительно к неосновному производству; и 6) может ли запрашиваемый суд пересмотреть определение, вынесенное первоначальным судом по вопросу о ЦОИ.

115. Было предложено назвать обзор судебных материалов "Руководством для судебных органов", что будет соответствовать названиям других текстов ЮНСИТРАЛ, таких как Руководство для законодательных органов и Практическое руководство. В ответ было указано, что решение не использовать слово "руководство" было принято по той причине, что оно недостаточно передает описательный характер документа. Было высказано мнение о том, что название не должно создавать впечатления, будто бы обзор материалов судебной практики является по своему характеру предписательным.

116. Рабочая группа выразила согласие с тем, что работа над судебными материалами должна быть продолжена с учетом замечаний, высказанных на нынешней сессии, с целью их возможной окончательной доработки на следующей сессии. Рабочая группа предложила государствам представить свои замечания, связанные с опытом применения Типового закона, для возможного рассмотрения при подготовке пересмотренного проекта.

117. Рабочая группа заслушала информацию от Всемирного банка относительно стандарта несостоятельности и прав кредитора ("стандарт НПК"), который является частью инициативы в области стандартов и кодексов, реализуемой Советом по финансовой стабильности, и который используется Всемирным банком в докладах НПК по соблюдению стандартов и кодексов (НПК ДССК). Было еще раз обращено внимание на тот факт, что стандарт НПК уже включает рекомендации, содержащиеся в Руководстве для законодательных органов и в Принципах Всемирного банка по эффективным системам несостоятельности и защиты прав кредиторов. Стандарт НПК разрабатывался в координации с секретариатом ЮНСИТРАЛ. Далее Рабочая группа была проинформирована о том, что стандарт НПК в настоящее время обновляется с целью учета части третьей Руководства для законодательных органов. Рабочая группа с удовлетворением приняла к сведению эту информацию и просила Секретариат продолжить участие в этом процессе в тесном сотрудничестве с Всемирным банком.