



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
30 August 2010
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Тридцать девятая сессия
Вена, 6-10 декабря 2010 года

Законодательство о несостоятельности

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

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Пункты</i>	<i>Стр.</i>
Введение	1-4	2
I. Толкование и применение понятий, касающихся центра основных интересов	5-50	3
A. История вопроса	5-7	3
B. Производство, которое может быть признано согласно Типовому закону – статья 2	8-38	4
1. Требование, касающееся несостоятельности должника	8-12	4
2. Элементы определения "иностранное производство"	13-38	6
C. Единообразное толкование и международное происхождение – статья 8	39-42	14
D. Признание	43-50	16
1. Исключение на основании публичного порядка – статья 6	43-50	16
<i>(будет продолжено в документе A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1)</i>		

V.10-56056 (R) 270910 041010



Просьба отправить на вторичную переработку



Введение

1. На сорок третьей сессии в 2010 году Комиссии был представлен ряд предложений относительно 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 обсуждены на тридцать восьмой сессии Рабочей группы V (см. A/CN.9/691, пункты 99-107), и Комиссии была представлена рекомендация относительно возможных тем (A/CN.9/691, пункт 104). В дополнительном документе (A/CN.9/709), представленном после этой сессии Рабочей группы V, излагались материалы, дополняющие предложение Швейцарии, содержащееся в документе A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.5.

2. После обсуждения Комиссия одобрила рекомендацию Рабочей группы V о том, чтобы начать работу по двум темам, касающимся несостоятельности, которые в равной степени актуальны и позволяют повысить степень согласованности национальных подходов, что будет способствовать обеспечению определенности и предсказуемости.

3. Предметом рассмотрения в настоящей записке является первая из этих двух тем¹, которая связана с изложенным в пункте 8 документа A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.1 предложением Соединенных Штатов подготовить рекомендацию в отношении толкования и применения отдельных понятий Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (Типовой закон), касающихся центра основных интересов (ЦОИ), и, возможно, разработать типовой закон или типовые положения 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 конвенции².

4. В предварительном порядке Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть или по крайней мере учесть необходимость определить возможную форму и способ представления первой части предложения, которая касается рекомендаций по вопросам, связанным с ЦОИ. В этом предложении (A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, пункты 68-70) говорится, что при рассмотрении упомянутых ниже вопросов Рабочей группе следует избрать для себя принципиальный критерий для формулирования любых возможных принципов, которые могут послужить основой для будущих рекомендаций относительно толкования Типового закона. Разъяснение этого политического критерия может также помочь юристам или органам по делам о несостоятельности проследить "историю законодательной деятельности", чтобы понять охват и значение разнообразных положений Типового закона. Рабочая группа, возможно, пожелает изучить вопрос о том, как этого можно добиться. В зависимости от уровня руководящих указаний, которые намерена предоставить Рабочая группа (например, информацию и комментарии или

¹ Вторая тема, касающаяся ответственности директоров и должностных лиц в случаях несостоятельности и в ситуациях, предшествующих несостоятельности, рассматривается в документе A/CN.9/WG.V/WP.96.

² См. соответствующее предложение Международного союза адвокатов (МСА), касающееся возможной разработки конвенции, которое изложено в пунктах 127-130 документа A/CN.9/686.

рекомендации), могут быть разработаны разные документы. Одно из возможных решений может заключаться в разработке информационного документа, который будет сопровождать существующий текст Типового закона и Руководства по принятию Типового закона (Руководство по принятию), а другое решение может заключаться в том, чтобы расширить или пересмотреть само Руководство по принятию.

I. Толкование и применение понятий, касающихся центра основных интересов

A. История вопроса

5. В настоящее время Типовой закон уже принят в 19 правовых системах, и в документах ЮНСИТРАЛ серии ППТЮ опубликован ряд дел, касающихся толкования различных вопросов, вытекающих из Типового закона³.

6. В предложении Соединенных Штатов отмечается, что в рамках большинства производств о признании, возбужденных в соответствии с законами о принятии Типового закона, вопрос о месте нахождения ЦОИ должника, которым согласно презумпции статьи 16 является зарегистрированная контора должника, не вызывает споров⁴. Вместе с тем в предложении отмечается, что ряд судебных решений вызвал вопросы, нуждающиеся в рассмотрении и уточнении. В их число входят вопросы о том, что требуется для соблюдения различных условий в определениях статьи 2 Типового закона, в частности в определении термина "иностранное производство" в пункте (а); какой объем условий требуется для опровержения презумпции в пункте 3 статьи 16, основанной на месте регистрации (или инкорпорации согласно некоторым законам); может ли оспариваться решение государства, признающего юрисдикцию, начинать производство по делу о несостоятельности или иное аналогичное решение; и какие критерии могут использоваться для ответа на эти вопросы. В предложении отмечается, что согласование таких критериев может быть важным фактором повышения степени предсказуемости в этой важной правовой сфере, поскольку выводы коллективного органа, занимавшегося согласованием Типового закона, скорее всего будут убедительны во многих правовых системах.

7. Изучение в настоящей записке судебных решений, касающихся толкования и применения различных условий в определениях статьи 2 Типового закона, преследует цель лучше изучить значение возникших вопросов, а также области, в которых возникла неопределенность.

³ Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ, документы A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/72, 73, 76 и 92 размещено по адресу www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law.html.

⁴ A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.2, пункт 7.

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

1. Требование, касающееся несостоятельности должника

8. В предварительном порядке можно отметить, что в Типовом законе отсутствуют определения "несостоятельности" или "производства по делу о несостоятельности". Хотя Рабочая группа рассматривала возможность включения определений этих терминов в Типовой закон, она пришла к заключению, что необходимость в этом отсутствует. И поскольку в центре внимания Типового закона находится вопрос о признании иностранного производства, Рабочая группа в целом пришла к мнению, что работу следует сосредоточить на определении того, какими характеристиками должно обладать иностранное производство по делу о несостоятельности для того, чтобы быть признанным⁵.

9. Несмотря на отсутствие определения, рассмотренные подготовительные документы⁶, как представляется, указывают на то, что, хотя широко признается, что в разных юрисдикциях могут существовать разные представления о том, что подпадает под термин "производство по делу о несостоятельности", общее понимание сводится к тому, что такое производство предполагает наличие определенных финансовых проблем и несостоятельного должника. Такое понимание нашло отражение в Руководстве по принятию. В пункте 51 отмечается, что термин "несостоятельность", используемый в названии Типового закона, относится к различным видам коллективного производства против несостоятельных должников. В пункте 71 отмечается, что "производство по делу о несостоятельности" может иметь определенное техническое значение в некоторых правовых системах, но цель его использования в пункте (а) статьи 2 состоит в том, чтобы дать широкую ссылку на производство с участием компаний, попавших в трудное финансовое положение.

10. Члены Рабочей группы, возможно, помнят, что в Руководстве ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (Руководство для законодательных органов) "несостоятельность" определяется как "ситуация, когда должник в целом не способен оплатить свои долги по мере наступления сроков их погашения или когда сумма обязательств должника превышает стоимость его активов"⁷. Члены Рабочей группы, возможно, помнят также, что в Руководстве для законодательных органов определяются ключевые цели эффективного законодательства о несостоятельности (часть первая, глава I, пункты 1-14, и рекомендации 1-6), а также общие черты законодательства о несостоятельности (часть первая, глава I, пункты 20-27, и рекомендация 7). Что касается оснований для начала производства по делу о несостоятельности, то в рекомендациях 15 и 16 Руководства для законодательных органов

⁵ См. A/CN.9/422, пункт 47.

⁶ Документы A/CN.9/WG.V/WP.44, 46 и 48 и A/CN.9/422, 433 и 435 находятся в онлайн-овом доступе по адресу www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/working_groups/5Insolvency.html.

⁷ Руководство для законодательных органов, глоссарий, пункт (s).

рассматриваются несостоятельность или неизбежная несостоятельность, как они определены выше.

11. В Типовом законе признается, что в определенных целях производство по делу о несостоятельности может быть возбуждено при конкретных обстоятельствах, определенных законом, что необязательно означает, что данный должник действительно несостоятелен. В пункте 195 Руководства по принятию отмечается, что в тех правовых системах, в которых несостоятельность является условием для возбуждения производства по делу о несостоятельности, статья 31 устанавливает – при наличии признания основного иностранного производства – опровержимую презумпцию несостоятельности должника для целей возбуждения местного производства по делу о несостоятельности. В пункте 194 отмечается, что к числу таких обстоятельств может относиться прекращение платежей должником или определенные действия должника, такие как стратегическое решение, дробление своих активов или отказ от своего предприятия.

12. В рамках одного из дел, связанных с признанием иностранного производства на основании законодательства о принятии Типового закона, возник вопрос, касающийся несостоятельности должника. Производство по делу *Betcorp*⁸, признание которого запрашивалось в Соединенных Штатах, представляло собой процедуру добровольной ликвидации по инициативе членов корпорации и было возбуждено в соответствии с законодательством Австралии, хотя должник не был несостоятельным⁹. Суд, занимавшийся рассмотрением дела компании *Betcorp*, отметил, что соответствующая часть австралийского законодательства¹⁰ охватывает несколько различных процедур, используемых с целью прекращения существования корпораций; что не все эти процедуры требуют надзора со стороны суда; и что закон предусматривает ликвидацию компании на основании ее несостоятельности, а также по причинам, отличным от несостоятельности, которые требуют ликвидации. По мнению суда, согласно содержащейся в определении пункта (а) статьи 2 формулировке "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности", компания не должна быть несостоятельной или

⁸ Настоящая записка содержит короткие ссылки на соответствующие дела. Полные названия этих дел приводятся в приложении.

⁹ В 1998 году, когда корпорация *Betsogr* была учреждена, она действовала лишь в Австралии, однако позднее она расширила масштабы своей деятельности и начала предоставлять онлайн-игровые услуги в Соединенных Штатах. Этой основной части ее коммерческой деятельности был положен конец, когда был принят Закон об ответственности за незаконный игровой интернет-бизнес (2006 год), который запретил онлайн-игровой бизнес в США. Компания приостановила свою деятельность в Соединенных Штатах, а вскоре после этого совсем прекратила свою работу. В сентябре 2007 года на состоявшемся собрании акционеры большинством голосов проголосовали за то, чтобы начать добровольную ликвидацию компании. Судя по предоставленным доказательствам, компания была платежеспособной.

¹⁰ Закон Австралии о корпорациях 2001 года. Хотя вопрос о внешнем управлении рассматривается в главе 5 этого закона, соответствующее производство по делу компании *Betcorp* было возбуждено в соответствии с частью 5.5, которая касается добровольной ликвидации на основании решения компании, причем компания должна быть платежеспособной.

предполагать использование каких-либо положений австралийского законодательства для урегулирования любой задолженности¹¹.

2. Элементы определения "иностранное производство"

13. Для того чтобы иностранное производство было признано в соответствии с Типовым законом, оно должно соответствовать определению, содержащемуся в пункте (а) статьи 2, которое включает несколько элементов. Производство должно (курсив добавлен):

- i) быть *коллективным* судебным или административным производством – включая временное производство, – которое проводится в иностранном государстве,
- ii) проводиться в соответствии с *законодательным актом, касающимся несостоятельности*,
- iii) быть производством, в рамках которого активы и деловые операции должника *подлежат контролю или надзору со стороны иностранного суда*,
- iv) проводиться *в целях реорганизации или ликвидации*.

14. Пункт 1 статьи 16 создает презумпцию для определений "иностранного производства" и "иностранного представителя" в статье 2. Если в решении о возбуждении иностранного производства и назначении иностранного представителя указывается, что иностранное производство является производством по смыслу пункта (а) статьи 2 и что иностранный представитель является лицом или учреждением по смыслу подпункта (d) статьи 2, суд имеет право исходить из этой презумпции.

15. Суды исходили из этой презумпции в ряде дел. В деле *Ernst & Young* решение канадского суда о назначении управляющего было признано в Соединенных Штатах в качестве иностранного производства в соответствии с главой 15. Хотя характер канадского режима управления был поставлен под сомнение, суд Соединенных Штатов не рассматривал этот вопрос, опираясь на содержание постановления канадского суда о назначении управляющего¹².

16. При рассмотрении дела *Innuva Canada* суд Соединенных Штатов также признал, что введенный канадскими властями режим управления приравнивается к иностранному производству. Признание основывалось на решении канадского суда, который назначил управляющего и объявил в своем постановлении, что управляющий является иностранным представителем в рамках иностранного производства, а также отдельно уполномочил управляющегося добиваться признания в Соединенных Штатах согласно

¹¹ *Betcorp*, стр. 282, см. ниже, пункт 28. Следует отметить, что определение "иностранного производства" в главе 15 Кодекса Соединенных Штатов о банкротстве (предусматривающего принятие Типового закона в Соединенных Штатах) наряду со словами "законодательный акт, касающийся несостоятельности" содержит слова "или урегулирование задолженности".

¹² *Ernst & Young*, p. 776.

главе 15. Суд Соединенных Штатов пришел к мнению, что по этой причине он имеет право применять презумпцию в пункте 1 статьи 16 Типового закона¹³.

17. В рамках дел, связанных с рассмотрением статьи 2, иногда возникают вопросы, касающиеся лишь одного или двух обязательных элементов. В настоящей записке каждый из элементов рассматривается по отдельности, хотя можно отметить, что, как указывалось в решении апелляционного суда Англии по делу *Stanford International Bank*, несмотря на необходимость рассмотрения каждого из вышеперечисленных факторов, определение необходимо читать в целом¹⁴.

а) Коллективное производство

18. В Руководстве по принятию отмечается требование, согласно которому кредиторы должны коллективно участвовать в иностранном производстве¹⁵, и не говорится о том, что производство призвано оказывать помощь конкретному кредитору в получении платежа. В нем отмечается также, что будут созданы возможности для признания самых различных видов коллективного производства, "будь то принудительного или добровольного, проводимого в отношении юридических или физических лиц, ликвидационного или реорганизационного", и к их числу будут относиться те виды производства, в которых должник сохраняет определенную степень контроля над своими активами, хотя и под надзором суда (например, сохранение права владения за должником, приостановление платежей)¹⁶. В ходе обсуждения в Рабочей группе было отмечено, что "коллективный характер связан с представительством всей массы кредиторов"¹⁷. Члены Рабочей группы, возможно, помнят, что в Руководстве для законодательных органов определяются различные ключевые цели эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, некоторые из которых связаны с коллективным характером производства по делу о несостоятельности¹⁸. Вопрос о коллективном характере различных видов производства затрагивался в ряде дел, связанных с просьбами о признании иностранного производства на основании законодательства о принятии Типового закона в различных государствах.

19. В деле в отношении *Betcorp* возбужденное в соответствии с австралийским законодательством административное производство получило признание в Соединенных Штатах на том основании, что это производство соответствовало требуемому аспекту "коллективного" производства согласно Типовому закону, поскольку в рамках этого производства рассматривались права и обязанности всех кредиторов, и реализация активов производилась в интересах всех кредиторов. Суд Соединенных Штатов отметил, что это заключение кардинальным образом отличается, например, от режима

¹³ *Re Innua Canada Ltd*, quoted in *Stanford International Bank*, para. 80.

¹⁴ *Stanford International Bank* (on appeal), para. 23.

¹⁵ Руководство по принятию, пункт 23.

¹⁶ Там же, пункт 24.

¹⁷ A/CN.9/422, пункт 48.

¹⁸ Руководство для законодательных органов, часть первая, пункты 3-13.

временного правления, устанавливаемого по просьбе и в интересах одного обеспеченного кредитора¹⁹.

20. В деле *Stanford International Bank* суд Англии, получивший ходатайство о признании в соответствии с законодательством об осуществлении Типового закона в Англии, принял решение о том, что судебное производство, вынесшее постановление о временном управлении в Соединенных Штатах, не является коллективным производством в соответствии с законодательством о несостоятельности. Основанием для такого решения было то, что это постановление было вынесено после того, как произошло вмешательство Объединенной комиссии по биржевым операциям "с целью прекращения продолжающегося массового мошенничества"²⁰. Суд пришел к мнению, что целью постановления было предотвращение причинения ущерба инвесторам, а не реорганизация должника или реализация активов в интересах всех кредиторов. Это мнение получило поддержку в апелляционной инстанции прежде всего по причинам, приведенным в суде нижней инстанции Англии.

21. При рассмотрении дела *Gold & Honey* суд Соединенных Штатов отклонил ходатайство о признании производства по делу о введении режима управления со стороны Израиля, указав, что оно не является производством по делу о несостоятельности или коллективным производством, поскольку не требует от управляющих рассматривать права и обязанности всех кредиторов. Суд отметил, что режим управления ближе к индивидуальным действиям кредитора, направленным на восстановление во владении, чем к операциям по реорганизации или ликвидации независимым распорядителем, которые возбуждаются должником с целью осуществления платежа всем кредиторам под надзором суда для обеспечения беспристрастности²¹.

22. В деле *British American Insurance* суд согласился с выводами относительно значения "коллективного производства", которые были сделаны в делах *Betcorp* и *Gold & Honey*. Суд добавил, что слово "коллективный" предполагает как рассмотрение, так и фактическое урегулирование требований различных кредиторов, а также возможность участия кредиторов в иностранных процессуальных действиях. Определенную роль в этом анализе может играть уведомление, направляемое кредиторам, в том числе обычным необеспеченным кредиторам. Для того чтобы определить, является ли конкретное процессуальное действие коллективным согласно соответствующим требованиям, целесообразно рассмотреть как законодательство, регулирующее иностранные процессуальные действия, так и параметры конкретного производства, определенные, например, в постановлениях иностранного суда, осуществляющего надзор за процессуальными действиями²².

23. При рассмотрении дела *Rubin v Eurofinance* апелляционный суд отметил, что коллективный характер производства не оспаривается, однако заметил, что это производство является коллективным, поскольку оно связано со "сбором и

¹⁹ *Betcorp*, p. 281.

²⁰ *Stanford International Bank*, para. 73.

²¹ *Gold & Honey*, p. 370.

²² *British American Insurance*, p. 902.

распределением активов должника"²³. Суд сослался на другое дело, при рассмотрении которого было отмечено, что производство по делу о несостоятельности, будь то физических или юридических лиц, представляет собой коллективное производство, преследующее цель принудительного исполнения прав, а не их установления²⁴. Апелляционный суд исходил из того, что производство по делу о банкротстве включает различные механизмы [в данном случае связанные с коллективным режимом принудительного исполнения в рамках производства по делу о несостоятельности], которые позволяют управляющему в деле о несостоятельности предъявлять иски против третьих сторон в общих интересах всех кредиторов. Эти механизмы неразрывно связаны с коллективным характером банкротства, имеют центральное значение и не являются просто случайными процессуальными действиями²⁵.

b) Соответствие законодательному акту, касающемуся несостоятельности

24. В подготовительных документах указывается, что эта формулировка призвана служить ссылкой на тот факт, что ликвидация и реорганизация могут быть проведены в соответствии с законодательством, отличным от законодательства о несостоятельности в строгом смысле (например, в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность компаний)²⁶. Рабочая группа одобрила ее как "достаточно широкую и охватывающую нормы о несостоятельности независимо от вида законодательного акта, в котором они могут содержаться"²⁷.

25. Вопрос о том, что представляет собой "законодательный акт, касающийся несостоятельности", и прежде рассматривался судами, особенно в контексте изучения вопроса о том, является ли производство по делу о введении режима управления иностранным производством, которое может быть признано.

26. При рассмотрении дела *Stanford International Bank* суд Англии пришел к заключению, что производство в Соединенных Штатах, возбужденное Комиссией по ценным бумагам и биржам (КЦББ), не может считаться иностранным производством, поскольку оно, в частности, не было основано на законодательном акте, связанном с несостоятельностью²⁸. Суд заявил, что главная причина иска, приведшего к вынесению постановления о введении режима управления, никак не связана с несостоятельностью, и в жалобе КЦББ не было никаких утверждений о несостоятельности²⁹. Он указал далее, что тот факт, что некоторые режимы управления в определенных целях могут квалифицироваться как "производство по делу о несостоятельности" или рассматриваться как допустимые альтернативы такого производства, не означает, что режим управления отвечает требованиям, предъявляемым к

²³ *Rubin v Eurofinance* (on appeal), para. 41.

²⁴ *Cambridge Gas Transportation Corporation v Official Committee of Unsecured Creditors of Navigator Holdings Plc* [2006] UKPC 26, [2007] 1 A.C. 508, Lord Hoffman, para. 15.

²⁵ *Rubin v Eurofinance* (on appeal), para. 61.

²⁶ A/CN.9/WG.V/WP.44, примечания к статье 2 (с), пункт 2.

²⁷ A/CN.9/422, пункт 49.

²⁸ *Stanford International Bank*, para. 84.

²⁹ *Id.*, para 84 (iii).

иностранному производству согласно Типовому закону³⁰. Вся совокупность норм общего права или принципов справедливости, влияющих на назначение управляющего и функционирование режима управления, не является законодательством, касающимся несостоятельности, поскольку она применяется в самых разных ситуациях, многие из которых не имеют ничего общего с несостоятельностью³¹.

27. Когда дело поступило в апелляционную инстанцию, судья, председательствовавший в суде, продолжил рассмотрение характера "законодательного акта, касающегося несостоятельности", и пришел к заключению, что эта норма права не должна быть статутной (т.е. она может включать нормы общего права) и не должна быть законодательным актом, касающимся исключительно несостоятельности. Суд заявил, что прежде всего необходимо "определить законодательство, на основании которого или в соответствии с которым возбуждается соответствующее производство, и затем установить, связано ли это законодательство с несостоятельностью и могут ли другие факторы, на которые делается ссылка в определении [в статье 2], расцениваться как факторы, используемые "в соответствии с этим законодательством"³².

28. Судья, председательствовавший в суде, в целом согласился с доводами нижестоящего суда и добавил, что то обстоятельство, что суд впоследствии может выносить постановления, придающие юридическую силу производству, которое может быть признано производством по делу о несостоятельности, является несущественным, до тех пор пока не будут предприняты такие шаги. Принципы общего права или справедливости не "касаются несостоятельности", до тех пор пока они не становятся применимыми для этой цели³³.

29. При рассмотрении дела *Betcorp* суд Соединенных Штатов отметил, что в этой части определения не требуется, чтобы компания была неплатежеспособной или предусматривала использование каких-либо положений австралийского законодательства для урегулирования какой-либо задолженности. Делая вывод о том, что возбужденное в Австралии производство согласуется с этой частью определения, судья исходил из всеобъемлющего характера австралийского законодательства, регулирующего деятельность компаний (в соответствии с которым была начата процедура добровольной ликвидации), и разъяснительного заявления правительства Австралии о том, что законодательство этой страны, регулирующее деятельность компаний, согласуется с Типовым законом. Что касается первого аспекта, то суд отметил, что соответствующий законодательный акт охватывает весь жизненный цикл австралийской компании, а в главе 5, содержащей положения о добровольной ликвидации, рассматриваются вопросы несостоятельности юридических лиц. Что касается второго аспекта, то суд сослался на объяснительную записку, сопровождавшую законодательный акт, устанавливающий порядок применения Типового закона в Австралии, отметив,

³⁰ Id., para. 84 (viii).

³¹ Id., para. 84 (ix).

³² *Stanford International Bank* (on appeal), para. 24.

³³ Id., para. 26.

что такие записки могут использоваться судами Австралии при толковании законодательства, принятого парламентом. В этой записке содержались ссылки на те части главы 5 Закона о корпорациях, которые будут охвачены Типовым законом, а также на те части, которые подлежат исключению; поскольку та часть, которая касается добровольной ликвидации, не была прямо исключена, суд пришел к заключению, что такая ликвидация будет охватываться положениями Типового закона³⁴.

с) Контроль или надзор за активами или деловыми операциями должника со стороны иностранного суда

30. Помимо упоминания о том, что иностранное производство включает производство, в котором должник сохраняет некоторую степень контроля над своими активами, хотя и под надзором суда³⁵, в Руководстве по принятию отсутствуют какие-либо указания на степень контроля или надзора, которые необходимы для соблюдения условий определения, или на то, когда должен наступать такой надзор или контроль. В подготовительных документах отмечается, что эта формулировка была принята для объяснения формального характера требования о контроле или надзоре и разъяснения того, что "частные процедуры финансового урегулирования, к которым стороны могут прибегнуть вне рамок судебного или административного производства [и которые] могут принимать самые различные формы"³⁶, не пригодны для включения в общее правило о признании. В ряде случаев учитывались некоторые аспекты этого требования.

31. При рассмотрении дела *Gold & Honey* суд пришел к заключению, что под контролем или надзором судов должны находиться как активы, так и деловые операции. Суд установил, что согласно доказательствам, представленным управляющими, все присутствовавшие в Израиле активы должника находились под контролем израильского суда, осуществлявшего производство по делу о введении режима управления, однако не было получено доказательств того, что управляющим были даны полномочия в отношении деловых операций должника. Кроме того, в ходе устных прений заимодаделец (обратившийся ранее

³⁴ *Betcorp*, pp. 281-282. В объяснительной записке приводится также текст последнего предложения пункта 71 Руководства по принятию, в котором говорится о "компаниях, находящихся в тяжелом финансовом положении" (глава 2, пункт 12 объяснительной записки), см. пункт 9 выше. Текст объяснительной записки на английском языке размещен по адресу [www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/\\$file/13020811.pdf](http://www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/Bills1.nsf/0/0C4BA8C26A7BE888CA2573EF00117EAC/$file/13020811.pdf). В документе для обсуждения, подготовленном для целей рассмотрения вопроса о принятии Типового закона в Австралии, выражена иная точка зрения: "В контексте Закона Австралии о корпорациях [...] сфера применения Типового закона будет распространяться на ликвидацию, наступившую в результате несостоятельности, реконструкции и реорганизации согласно части 5.1 и введения режима добровольного административного управления согласно части 5.3А. Она не будет распространяться на режимы управления, предусматривающие назначение контролера в частном порядке. Она не будет также распространяться на добровольную ликвидацию по инициативе членов или ликвидацию по решению суда на справедливых и верных основаниях, поскольку такое производство может быть не связано с несостоятельностью". CLERP 8 (2002), p. 23, см. по адресу www.treasury.gov.au/documents/448/PDF/CLERP8.pdf.

³⁵ Руководство по принятию, пункт 24.

³⁶ A/CN.9/419, пункт 29.

с просьбой о назначении управляющего) признал, что управляющие не располагают полномочиями в отношении деловых операций одного из предприятий-должников³⁷.

32. При рассмотрении дела *Betcorp* суд Соединенных Штатов высказал мнение, что требование надзора или контроля со стороны иностранного суда удовлетворяется административным или судебным надзором управляющих ликвидационным производством (ликвидаторов), ответственных за проведение коллективного производства от имени всех кредиторов. Орган, ответственный за осуществление общего надзора над выполнением ликвидаторами своих должностных обязанностей, может потребовать от ликвидаторов получить разрешение на принятие определенных мер и имеет возможность ликвидировать полномочия любого лица, связанного с выполнением функций ликвидатора. На этом основании он был признан "органом, который уполномочен осуществлять контроль или надзор над иностранным производством для целей определения "иностранного производства"³⁸. Была сделана ссылка на дело *Tradex Swiss*, в рамках которого Федеральная банковская комиссия Швейцарии рассматривалась в качестве иностранного суда согласно главе 15, поскольку осуществляла контроль и надзор над ликвидацией биржевых брокеров, каким является должник. Вместе с тем суд, рассматривавший дело *Betcorp*, пришел к заключению, что ликвидационное производство также подлежит надзору со стороны судов, поскольку ликвидатор и любой кредитор могут иметь возможность обратиться в суд для решения любого вопроса, возникающего в связи с ликвидацией, и суд может предпринять любые действия, которые он сочтет целесообразными в связи с действиями ликвидатора. На этом основании может быть также удовлетворено требование об осуществлении контроля или надзора со стороны иностранного суда³⁹.

33. При рассмотрении дела *Multicanal*, по которому не было принято решения согласно Типовому закону, но которое было связано с признанием в Соединенных Штатах производства, возбужденного в Аргентине, суд рассмотрел вопрос об участии суда в урегулировании соглашения о реструктуризации долга. Главное утверждение состояло в том, что надзор над производством со стороны суда является недостаточным для целей признания, поскольку он стал частью процесса лишь после того, как было завершено привлечение сторон к участию в голосовании, и было разрешено рассматривать лишь отдельные аспекты производства, например, является ли адекватной декларация об активах и ответственности должника и получено ли в процессе голосования требуемое законом большинство. Подробно проанализировав возбужденное в Аргентине производство, суд пришел к заключению, что он имеет много общего с аналогичным производством, возбужденным в Соединенных Штатах, включая элементы судебного надзора, и является производством, которое может быть признано согласно законодательству Соединенных Штатов⁴⁰.

³⁷ *Gold & Honey*, p. 371.

³⁸ *Betcorp*, p. 284.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ *Multicanal*, p. 509.

34. В контексте этой части определения и в связи с определением "иностранного представителя" возник также вопрос о том, является ли конкретное учреждение, находящееся под управлением иностранного представителя, "должником" для целей национального законодательства, применимого судом, принимающим ходатайство, поскольку это обстоятельство не определено в Типовом законе.

35. Вопрос такого рода возник в деле *Rubin v Eurofinance*. При рассмотрении этого дела суд Соединенных Штатов назначил управляющих и директоров для должника, обозначенного как "Потребительский целевой фонд". В соответствии с законодательством Соединенных Штатов целевой фонд такого рода признается в качестве юридического лица, или "коммерческого целевого фонда". Когда суд Англии получил ходатайство о признании, было заявлено, что, поскольку английское законодательство не признает такой целевой фонд в качестве юридического лица, он не является "должником" для целей признания согласно законодательству по принятию Типового закона. Судья отклонил это ходатайство, заявив, что с учетом международного происхождения Типового закона "местечковое толкование" термина "должник" было бы ошибочным⁴¹.

d) Для целей ликвидации или реорганизации

36. Дела, в которых рассматривалась эта проблема, связаны с назначением управляющих? и в них рассматривался вопрос о цели иностранного производства, а также о том, соответствуют ли полномочия, которыми наделен управляющий, процессу ликвидации или реорганизации.

37. Рассматривая дело *Stanford International Bank*, нижестоящий суд пришел к заключению, что при рассмотрении вопроса о том, является ли возбужденное Соединенными Штатами производство по делу о введении режима управления иностранным производством в соответствии с требованиями статьи 2, важно учитывать фактические полномочия и обязанности, которые были предоставлены управляющему или возложены на него в соответствии с постановлением суда Соединенных Штатов. Сославшись на дело *Gold & Honey*, суд указал, что фактор наличия режима иностранного управления едва ли может иметь решающее значение в вопросах признания. Суд сделал выводы о том, что упомянутая цель постановления о введении режима управления заключается не в ликвидации или реорганизации имущественной базы должников, а в предотвращении ее дробления и утраты; ущерб, который суд намерен предотвратить, является ущербом для инвесторов; полномочия и обязанности, возложенные на управляющего, сводятся к тому, чтобы собирать и сохранять активы, а не ликвидировать или распределять их; и согласно постановлению суда управляющий не имеет права распределять активы ответчиков⁴². На основании всех этих выводов суд пришел к заключению, что это производство не является иностранным производством. При рассмотрении апелляции судья, председательствовавший в суде, высказал мнение, как уже отмечалось выше, что на стадии рассмотрения ходатайства возбужденное КЦББ производство преследовало цель защиты инвесторов и активов должника, а не реорганизации или ликвидации. Тот факт, что в последующем

⁴¹ *Rubin v Eurofinance*, paras. 39 and 40; одобрено в апелляционной инстанции.

⁴² *Stanford International Bank*, para. 84.

суд Соединенных Штатов мог вынести постановления, придающие силу процессуальным действиям, которые могут быть признаны производством по делу о несостоятельности, не имеет существенного значения до тех пор, пока не будут предприняты такие шаги⁴³.

е) Вопросы, нуждающиеся в рассмотрении

38. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы, возникшие в контексте вышеупомянутых дел в связи с определением "иностранного производства", в том числе:

а) должно ли иностранное производство соответствовать всем элементам определения, для того чтобы заслуживать признания;

б) следует ли установить критерии для определения того, что представляет собой коллективное производство, в какой мере Руководство для законодательных органов может быть применимо для установления этих критериев, и следует ли предусмотреть возможность признания производства, которое не является коллективным;

в) является ли несостоятельность или тяжелое финансовое положение одним из элементов определения "иностранного производства" и требуют ли они в этой связи признания;

г) какой должна быть степень контроля или надзора за активами и деловыми операциями должника со стороны иностранного суда для того, чтобы соответствовать определению;

д) когда производство должно осуществляться в целях ликвидации или реорганизации – в случае подачи ходатайства о признании или на более поздней стадии, если имеется возможность наделения дополнительными полномочиями; и

е) имеется ли необходимость в том, чтобы определить, что представляет собой должник для целей Типового закона.

С. Единообразное толкование и международное происхождение – статья 8

а) Смысл статьи 8

39. В статье 8 Типового закона предусмотрено, что при толковании текста следует учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении. В Руководстве по принятию отмечается, что положение, аналогичное положению статьи 8, содержится в ряде международных договоров, посвященных вопросам частного права, в том числе в договорах Организации Объединенных Наций и типовых законах, включая типовые законы ЮНСИТРАЛ⁴⁴. В решениях ряда судов отмечается важность статьи 8 для вопросов толкования.

⁴³ *Stanford International Bank*, (on appeal), para. 26.

⁴⁴ Руководство по применению, пункт 91.

40. Например, при рассмотрении дела *Bear Stearns* суд отметил, что "в главе 15 судам предписывается также изыскивать рекомендации, сделанные по итогам применения аналогичных законодательных актов в других юрисдикциях: при толковании настоящей главы суду надлежит учитывать ее международное происхождение и необходимость содействовать применению настоящей главы, которая согласуется с применением аналогичных законов, принятых в зарубежных странах"⁴⁵. При рассмотрении дела *Stanford International Bank* апелляционный суд отметил, что "правовая норма об осуществлении [Типового закона] требует, чтобы он толковался с учетом любых документов рабочей группы Организации Объединенных Наций, подготовленных ею, и Руководства по его применению, которое было подготовлено в ответ на просьбу о составлении такого руководства, высказанную Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли в мае 1997 года"⁴⁶. При рассмотрении дела *Rubin v Eurofinance* апелляционный суд пришел к мнению, что явное сходство отдельных аспектов законодательства Англии и Соединенных Штатов может служить основанием для единообразного толкования⁴⁷.

41. Рассматривая дело *Betcorp*, суд Соединенных Штатов заявил, что в разделе 1508 главы 15 предусмотрено, что при толковании таких фраз, как "центр основных интересов" суду "надлежит учитывать", как эти фразы понимаются в других юрисдикциях, в которых приняты аналогичные законы, что означает необходимость "обращать внимание не только на внутренние дела, но и на дела, рассмотренные судами в других странах". История законодательной деятельности [Соединенных Штатов] свидетельствует о том, что "эти источники не только являются убедительными, но также способствуют достижению важной цели обеспечения единообразия при толковании"⁴⁸. Как отмечалось выше (пункт 28), при рассмотрении дела *Betcorp* суд принял во внимание не только дела, рассматривавшиеся другими судами, но также различную вспомогательную информацию и разъяснительные документы, касающиеся зарубежного законодательства.

b) Вопросы, нуждающиеся в рассмотрении

42. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, можно ли дать дополнительные рекомендации относительно источников информации для содействия толкованию Типового закона в соответствии со статьей 8.

⁴⁵ *Bear Stearns*, p. 10.

⁴⁶ *Stanford International Bank* (on appeal), judgement of the Chancellor, para. 4; see also *Rubin v Eurofinance*, para. 40.

⁴⁷ *Rubin v Eurofinance* (on appeal), para. 60.

⁴⁸ *Betcorp*, p. 289.

D. Признание

1. Исключение на основании публичного порядка – статья 6

а) Толкование статьи 6

43. В статье 6 Типового закона предусмотрено исключение для признания иностранного производства, если такое решение будет "явно противоречить публичному порядку" государства, принимающего производство. 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 государства⁴⁹. В ходе обсуждения на тридцатой сессии Комиссии было подтверждено, что эта статья должна касаться только основополагающих принципов права, в частности конституционных гарантий и прав личности, и должна использоваться для отказа, например, в применении иностранного законодательства только в том случае, если это будет противоречить таким основополагающим принципам. Например, было отмечено, что если суды будут применять свое широкое "внутригосударственное" понятие публичного порядка, "то признание получит вообще лишь очень небольшое число иностранных решений, поскольку в большинстве случаев иностранное производство по тем или иным аспектам будет отличаться от процедур, которые с точки зрения внутригосударственного права относятся к вопросам, регулируемым нормативными положениями"⁵⁰. Слово "явно" использовалось для того, чтобы не допустить ситуации, когда сотрудничество в рамках Типового закона становится невозможным из-за того или иного конкретного шага или меры, противоречащих чисто технической процедуре, носящей обязательный характер⁵¹.

44. В контексте дела *Ephedra*, связанного с признанием в Соединенных Штатах производства, возбужденного в Канаде, было сделано заключение о том, что невозможность провести судебное разбирательство по некоторым вопросам, подлежащим рассмотрению в рамках канадского производства, когда имеется конституционное право на проведение такого разбирательства в Соединенных Штатах, "вступает в явное противоречие с публичной политикой Соединенных Штатов". Суд постановил, что это исключение требует узкого толкования и применения лишь в отношении самых основополагающих принципов Соединенных Штатов⁵².

45. При рассмотрении дела *Ernst & Young* стороны, возражавшие против признания в Соединенных Штатах канадского режима управления, выдвинули два аргумента, связанных с исключением на основании публичного порядка. Прежде всего они утверждали, что инвесторы штата Колорадо (или, если говорить шире, инвесторы Соединенных Штатов) могут получить меньшие суммы в случае канадского производства по делу о введении режима управления, в котором будут участвовать также кредиторы из Канады и

⁴⁹ Руководство по принятию, пункты 86-89.

⁵⁰ A/52/17, пункт 171.

⁵¹ Там же, пункт 172.

⁵² *Ephedra*, pp. 336-337.

Израиля, по сравнению с тем, что они получили бы при рассмотрении дела в суде штата Колорадо или федеральном суде. Тем не менее суд счел этот аргумент неубедительным, исходя из того, что все потерпевшие инвесторы должны получить свою часть активов, собранных в результате производства по введению режима управления, независимо от своего гражданства или местонахождения⁵³.

46. Во-вторых, возражавшие против этого стороны заявили, что расходы, связанные с проведением канадского производства по введению режима управления, настолько истощают активы должников, что потерпевшие инвесторы получают минимальные суммы. Однако они не представили никаких фактических сведений в поддержку своего заявления помимо того, что управляющим является международная фирма. Суд Соединенных Штатов высказал мнение, что ликвидация неизбежно влечет за собой расходы независимо от того, является ли производство местным или иностранным. Таким образом, он не смог получить никаких фактических данных в поддержку заявления о том, что результат производства по делу о введении режима управления будет настолько отличным, что он будет "явно противоречить" публичной политике Соединенных Штатов.

47. При рассмотрении дела *Gold & Honey* суд Соединенных Штатов отказал в признании возбужденного в Израиле производства на основаниях публичного порядка. После того как в Соединенных Штатах было начато производство в соответствии с главой 11 и вступил в силу автоматический мораторий, в Израиле в отношении той же компании-должника было вынесено постановление о введении режима управления. Судья Соединенных Штатов отказал в признании возбужденного в Израиле производства, "поскольку такое признание стало бы поощрением и легитимизацией нарушения как автоматического моратория, так и [последующих постановлений суда Соединенных Штатов] независимо от статуса"⁵⁴. Поскольку признание существенно ограничило бы возможности суда Соединенных Штатов в плане реализации двух наиболее важных принципов и целей автоматического моратория – а именно, устранения возможности получения преимущества одним кредитором над другими кредиторами и обеспечения эффективного и упорядоченного распределения активов должников между всеми кредиторами в соответствии с их приоритетами⁵⁵, – судья пришел к заключению, что жесткие условия, касающиеся исключения на основании публичного порядка, были соблюдены.

48. При рассмотрении дела *Metcalfe and Mansfield* канадский иностранный представитель ходатайствовал не только о признании, но и об обеспечении принудительного исполнения в Соединенных Штатах конкретных постановлений, вынесенных в Канаде, на основании законодательства, применимого в целях обеспечения принудительного исполнения иностранных судебных решений, принципов международной вежливости и публичной политики в соответствии с главой 15. Просьба о признании канадского производства не встретила возражений. Сославшись на дело *Bear Stearns*, суд

⁵³ *Ernst & Young*, p. 781.

⁵⁴ *Gold & Honey*, p. 371.

⁵⁵ *Id.*, p.372.

отметил, что в то время как признание основывается на объективных критериях имеющегося в Соединенных Штатах эквивалента статьи 17 Типового закона, меры защиты, принимаемые после открытия производства, в целом носят дискреционный характер и основываются на субъективных факторах, к которым относятся принципы вежливости. Суд постановил, что меры защиты, предоставляемые в рамках иностранного производства, и меры защиты, которые могут быть использованы в рамках производства в Соединенных Штатах, не должны быть идентичными. Главный вопрос, который необходимо было решить суду, состоял в том, соответствуют ли используемые в Канаде процедуры основополагающим стандартам справедливости, принятым в Соединенных Штатах. Суд пришел к заключению, что положение главы 15, эквивалентное статье 6, не препятствует тому, чтобы проявлять вежливость применительно к вынесенным в Канаде постановлениям по данному делу⁵⁶.

49. Некоторое внимание привлек вопрос о том, может ли исключение на основании публичного порядка использоваться, например, для решения проблемы поиска должниками наиболее выгодного для них суда, в результате чего должник оказывается в наиболее выгодном положении в ущерб кредиторам, или для принятия мер в связи с действиями, противоречащими законодательству государства, осуществляющего признание. В рамках дела, которое рассматривалось без учета положений Типового закона, но было связано с *Stanford International Bank*, суд Канады установил, что действия ликвидаторов Антигуа, добивавшихся признания в Канаде, противоречили законодательству Канады. Это лишило их права предпринимать процессуальные действия и подавать ходатайство о признании антигуанского производства в Канаде⁵⁷.

b) Вопросы, нуждающиеся в рассмотрении

50. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие вопросы, касающиеся использования и толкования предусмотренного в статье 6 исключения на основании публичного порядка:

а) необходимо ли определить обстоятельства, при которых исключение на основании публичного порядка может быть применено судом, рассматривающим вопросы признания в соответствии с Типовым законом, для содействия толкованию и применению этой статьи; и

б) если лицо, обращающееся с просьбой об оказании защиты в соответствии с Типовым законом, нарушает установленные национальные законы или процедуры, то может ли такое нарушение служить основанием для отказа в признании в соответствии с положением об исключении на основании публичного порядка.

⁵⁶ *Metcalf and Mansfield*, pp. 697-698.

⁵⁷ Дело о банкротстве *Stanford International Bank*, 11 сентября 2009 года, Верховный суд, округ Монреаль, Квебек, решение о ходатайстве ликвидаторов, пункт 59.