



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
29 July 2011
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Сороковая сессия
Вена, 31 октября – 4 ноября 2011 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	1-8	2
I. Толкование и применение отдельных понятий, касающихся центра основных интересов	9-64	4
A. Производство, которое может быть признано согласно Типовому закону – статья 2	9-31	4
1. Требование, касающееся несостоятельности должника	9-11	4
2. Элементы определения "иностранное производство"	12-31	6
B. Признание	32-54	11
1. Основное и неосновное производство	32-34	11
2. Местонахождение ЦОИ – презумпция, предусмотренная в статье 16	35-37	12
3. Факторы, связанные с определением ЦОИ и опровержением презумпции	38-44	13
4. Последствия признания ЦОИ	45-46	15
5. Последствия мошенничества	47-48	15
6. Временной фактор при определении ЦОИ	49-54	15
C. Предпринимательские группы	55-64	17



Введение

1. На ее 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, содержащиеся 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 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 тем, 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 возможности разработки конвенции¹. В документе A/CN.9/WG.V/WP.101 изложено предложение² относительно возможного определения "ЦОИ". 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.100.

4. В предварительном порядке Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть необходимость определить 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 принципиального 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,

¹ См. соответствующее предложение Международного союза адвокатов (МСА) о возможной разработке конвенции, которое изложено в пунктах 127-130 документа A/CN.9/686.

² Предложение, касающееся определения "центра основных интересов" (статьи 2 (b) и 16 (3) Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности), выдвинуто делегациями Испании и Мексики и Международным союзом адвокатов (МСА).

как этого можно добиться. В зависимости от уровня руководящих указаний, которые намерена предоставить Рабочая группа (например, информацию и комментарий, как один из вариантов, или рекомендации, как другой), могут быть подготовлены разные документы. Одно из возможных решений может заключаться в подготовке информационного документа, который будет сопровождать нынешний текст Типового закона и Руководства по принятию Типового закона (Руководство по принятию), а другое решение может состоять в том, чтобы включить принятый Рабочей группой текст непосредственно в Руководство по принятию. Рабочая группа, возможно, пожелает принять к сведению текст под названием "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики" (Материалы судебной практики), в котором содержится полезная информация для судей относительно применения и толкования Типового закона и который был доработан и принят Комиссией на ее сорок четвертой сессии в 2011 году³.

5. При рассмотрении вопроса о форме своей работы Рабочая группа, возможно, будет учитывать, что дополнительные комментарии или руководящие указания для включения в нынешний текст Руководства по принятию могут ввести в заблуждение читателя или пользователя, особенно в случаях, когда комментарий или руководящие указания будут отходить от аспектов, уже рассмотренных в Руководстве по принятию, или же эти аспекты будут проработаны в них более подробно. С учетом этого наиболее эффективным и результативным подходом был бы, возможно, пересмотр Руководства по принятию, что позволит обеспечить единый источник информации и руководящих указаний. В этой связи может быть высказано предположение о том, что поскольку некоторые из рассматриваемых ниже вопросов связаны с применением и осуществлением уже принятого Типового закона, а не собственно с процессом его принятия, то, соответственно, их включение в любой пересмотренный вариант Руководства по принятию было бы неуместным. Вместе с тем статус Руководства по принятию и его использование судами в качестве руководства по толкованию положений Типового закона (в дополнение к его использованию законодателями и лицами, ответственными за разработку политики, в процессе принятия Типового закона, как это отмечено в пункте 9 Руководства по принятию) позволяют сделать предположение о том, что включение дополнительных комментариев и руководящих указаний в Руководство по принятию будет вполне уместным.

6. Поскольку Рабочая группа не приняла никакого решения по этому вопросу, в связи с чем форма окончательных результатов ее работы по-прежнему не определена, в настоящем рабочем документе затрагиваются только те вопросы, которые могли бы быть включены в "дополнительный комментарий" или рассмотрены в нем более подробно. Вместе с тем в настоящем документе все же указываются некоторые пункты Руководства по принятию, которые, возможно, требуют пересмотра и изменения, если Рабочая группа примет решение включить дополнительные комментарии или руководящие указания по этим вопросам в Руководство по принятию.

³ С предварительным вариантом этого текста на английском языке можно ознакомиться по адресу www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/pre-judicial-perspective.pdf.

7. В основу настоящего документа положены предыдущие рабочие документы, в которых рассматривается вопрос о ЦОИ, а именно документы A/CN.9/WG.V/WP.95 и Add.1. Рабочая группа, возможно, пожелает вновь обратить внимание на вопросы, по которым она не пришла к какому-либо конкретному выводу на своей предыдущей сессии, в ходе которой обсуждались эти документы⁴:

а) различные элементы определения понятия "иностранное производство", содержащегося в статье 2 Типового закона (см. A/CN.9/715, пункт 22);

б) применение предусмотренного в статье 6 исключения на основании публичного порядка (A/CN.9/715, пункт 30). Рабочая группа согласилась с тем, что это положение следует толковать в узком смысле, однако не обсудила более подробно, каким образом этого можно добиться;

в) определение приоритетности указанных в перечне факторов, которые должны учитываться при определении ЦОИ и опровержении презумпции, предусмотренной в статье 16 (3) (A/CN.9/715, пункт 41); и

г) последствия мошенничества для определения ЦОИ (A/CN.9/715, пункт 43).

8. В дополнение к уже представленным материалам в рамках последующего обсуждения будет сообщена дополнительная информация по некоторым уже рассматривавшимся аспектам, а также будут поставлены дополнительные вопросы для рассмотрения Рабочей группой.

I. Толкование и применение отдельных понятий, касающихся центра основных интересов

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

1. Требование, касающееся несостоятельности должника (см. A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 8-12)

9. На своей тридцать девятой сессии Рабочая группа не пришла к определенному выводу относительно необходимости дальнейшего обсуждения вопроса о включении в Типовой закон требования о тяжелом финансовом положении или несостоятельности должника, а лишь высказала мнение (A/CN.9/715, пункт 18), что пока преждевременно принимать решение относительно необходимости дальнейшего разъяснения определения понятия "иностранное производство", содержащегося в статье 2, в дополнение к уже имеющимся положениям в Руководстве по принятию Типового закона.

10. Как это отмечено в рабочем документе, подготовленном к тридцать девятой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 8-12), ряд вопросов был ранее уже рассмотрен Рабочей группой при разработке Типового закона и были

⁴ Доклад о работе тридцать девятой сессии Рабочей группы V содержится в документе A/CN.9/715.

приняты различные решения. Например, было признано, что, поскольку в разных правовых системах существуют различные представления о том, что понимается под "производством по делу о несостоятельности", сформулировать определение этого термина достаточно сложно; работу скорее следует сосредоточить на определении характеристик, которыми должно обладать иностранное производство по делу о несостоятельности, для того чтобы быть признанным (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункт 8). Другие аспекты, касающиеся требования относительно несостоятельности, уже освещены в Руководстве по принятию. В частности, отмечается, что должник должен находиться в чрезвычайно тяжелом финансовом положении или быть несостоятельным (Руководство по принятию, пункты 1, 13, 14, 51 и 71).

11. В порядке дополнительного содействия пользователям Типового закона Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть следующие предложения относительно дополнительного комментария на этом предварительном этапе:

а) уделить более пристальное внимание преамбуле Типового закона, в частности пункту (е), и ссылке на "находящиеся в тяжелом финансовом положении предприятия". В этом контексте могут быть пересмотрены пункты 1, 13, 23-24, 51-53 и 71 Руководства по принятию;

б) включить ссылки на различные положения Руководства для законодательных органов и привести соответствующие пояснения, в том числе в связи с определением несостоятельности (глоссарий, пункт 12 (s)), ключевыми целями эффективного законодательства о несостоятельности (часть первая, глава I, пункты 1-14 и рекомендации 1-6), а также общими чертами законодательства о несостоятельности (часть первая, глава I, пункты 20-27 и рекомендация 7) и рекомендациями 15 и 16, в которых несостоятельность или неминуемая несостоятельность, согласно определению, рассматриваются в качестве условий для открытия производства по делу о несостоятельности. К этому вопросу могут иметь отношение пункты 13-19 и 51-53 Руководства по принятию; и

в) обсудить некоторые общие характеристики видов производства, которые могут быть признаны в соответствии с Типовым законом, с учетом некоторых моментов, возникших в связи с делами, в рамках которых рассматривался этот вопрос (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 18-23). Например, тот факт, называется ли соответствующий законодательный акт законом о несостоятельности, может и не иметь определяющего значения: на самом деле в виду имеется законодательный акт, касающийся несостоятельности или предупреждения несостоятельности или урегулирования финансовых трудностей, включая законы, не требующие наступления несостоятельности в качестве обязательного условия для открытия официального производства по делу о несостоятельности, однако направленные, тем не менее, на урегулирование финансовых трудностей, в отличие от законов, в которых первоочередное внимание уделяется ликвидации юридических лиц (особенно в случаях, когда эти лица являются платежеспособными). К этому вопросу могут иметь отношение пункты 23-24 и 51-53 Руководства по принятию.

2. Элементы определения "иностранное производство"

(A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 13-38)

12. Для того чтобы быть признанным согласно Типовому закону, иностранное производство должно соответствовать определению в статье 2 (а), содержащему ряд элементов. Производство должно (*курсив добавлен*):

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

13. Следует напомнить, что в статье 16 (1) устанавливается презумпция для определений "иностранного производства" и "иностранного представителя" в статье 2. Если в решении об открытии иностранного производства и назначении иностранного представителя указывается, что иностранное производство является производством по смыслу статьи 2 (а) и что иностранный представитель является лицом или учреждением по смыслу статьи 2 (d), суд имеет право исходить из этой презумпции.

14. Следует также напомнить, что суды при рассмотрении вопроса о признании использовали эту презумпцию в рамках нескольких дел (см. A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 15 и 16), когда суд, открывавший иностранное производство по делу о несостоятельности (суд, в который был подан иск об открытии производства), отмечал, что для целей признания управляющий в деле о несостоятельности является иностранным представителем и что производство является иностранным производством. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли таким судам указывать без дополнительных пояснений, что данное производство соответствует определению в статье 2 (а) и, тем самым, является "иностранным производством" для целей Типового закона, или же им следует рекомендовать, помимо этого, указывать в тексте постановлений краткое изложение представленных им доказательств, что упростило бы признание производства иностранным производством в соответствии со статьей 2 (а). Аналогичное соображение можно высказать и в отношении назначения управляющего в производстве по делу о несостоятельности и признания этого лица иностранным представителем по смыслу статьи 2 (d). В комментарии к статьям 15 и 17 Типового закона (пункты 30-31, 67-68 и 125 Руководства по принятию) может быть отмечено, что решения и постановления суда, в котором открывается производство, не имеют определяющего значения или обязательной силы для рассматривающего ходатайство о признании суда, которому необходимо убедиться в том, что производство отвечает требованиям статьи 2 (а), при том, что в соответствующих обстоятельствах за такими решениями и постановлениями этим судом может быть признана определенная

сила при рассмотрении этого вопроса и формулирования своих собственных выводов.

15. С этим связан также вопрос о статусе производства как основного либо неосновного производства (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 1-3). На своей предыдущей сессии Рабочая группа согласилась с тем, что было бы полезным, если бы суд, в котором открывается производство, был обязан включать информацию о статусе производства в любые выносимые им постановления и, соответственно, что этот аспект мог бы также быть отмечен в дополнительных комментариях (A/CN.9/715, пункт 37). К этому вопросу могут иметь отношение пункты 73 и 126-127 Руководства по принятию.

а) Коллективное производство (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 18-23)

16. Следует напомнить о том, что в Руководстве по принятию отмечается требование, согласно которому кредиторы должны коллективно участвовать в иностранном производстве⁵, 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 что 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 владения за должником, приостановление платежей)⁶. В ходе обсуждения в Рабочей группе в контексте разработки Типового закона было отмечено, что "коллективный характер связан с представительством всей массы кредиторов"⁷.

17. В делах, рассматривавшихся в предыдущем рабочем документе (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 19-23), суды определили различные элементы, необходимые для удовлетворения требования относительно "коллективного характера" производства, и, в частности, отметили, что в рамках производства должно наличествовать следующее: должны учитываться права и обязанности всех кредиторов и реализация активов должна осуществляться в интересах всех кредиторов; должно предполагаться как рассмотрение, так и фактическое урегулирование требований различных кредиторов, а также возможность участия кредиторов в иностранных процессуальных действиях; или производство должно быть связано со сбором и распределением активов должника. Несмотря на эти элементы, по-прежнему имеется некоторая неопределенность в отношении того, какие виды производства могут удовлетворять требованию о "коллективном характере". В этом отношении Рабочая группа, возможно, обратит внимание на высказанную обеспокоенность о том, что в рамках производств, не являющихся в действительности коллективными, могут предприниматься попытки использовать положения Типового закона для получения контроля над активами в признающей правовой системе или приостановления

⁵ Руководство по принятию, пункт 23.

⁶ Там же, пункт 24.

⁷ A/CN.9/422, пункт 48.

процессуальных действий в этой юрисдикции и, тем самым, срыва хода другого производства, которое может иметь действительно "коллективный характер". Для обеспечения большей степени конкретизации было бы, возможно, целесообразно рассмотреть не только содержание понятия "коллективного" производства, но также и виды производства, которые таковыми не являются.

18. На своей предыдущей сессии Рабочая группа высказала мнение (A/CN.9/715, пункт 21), что Секретариат мог бы выявить определенные виды производства, которые напрямую не подпадают под определение в статье 2 (а) или включение которых может вызвать или уже вызывало различного рода беспокойство.

19. Вызывают беспокойство, в частности, такие виды производства, в рамках которых представлена только одна категория кредиторов, например держатели полисов в случае, когда должником является страховая компания, или приоритетные кредиторы, такие как банки, когда в рамках производства предусматривается реорганизация только части, но не обязательно всей задолженности. Последняя категория может охватывать различные виды производства, которые могут называться по-разному, включая ускоренное производство, описанное в Руководстве для законодательных органов (часть вторая, глава IV).

20. Следует напомнить о том, что при рассмотрении ускоренного производства в Руководстве для законодательных органов отмечается (часть вторая, глава IV, пункты 81-82), что не всегда имеется возможность – да и потребность – привлечь всех кредиторов к добровольным переговорам о реструктуризации, предшествующих ускоренному производству. Как правило, в таких переговорах участвуют должник и одна или несколько категорий кредиторов, таких как ссудодатели и держатели долговых обязательств и обыкновенных акций и облигаций, а некоторые категории неинституциональных и других кредиторов, например коммерческие кредиторы, продолжают получать платежи в ходе обычных коммерческих операций. Соответственно, им нет необходимости участвовать в производстве. Однако в случаях, когда предлагается изменить права этих кредиторов, им необходимо будет принять участие в производстве, чтобы выразить согласие на предлагаемые изменения. В Руководстве для законодательных органов в отношении открытия ускоренного производства отмечается также, что возможность ходатайствовать об открытии такого производства следует предоставить любому должнику, который еще не удовлетворяет условиям открытия производства в соответствии с общими положениями законодательства о несостоятельности, но который, по всей вероятности, будет в целом неспособен уплатить свои долги в будущем при наступлении сроков их погашения (пункт 84 и рекомендация 160).

21. Такое ускоренное производство будет удовлетворять некоторым требованиям определения "иностранного производства", однако не ясно, будет ли оно во всех случаях также удовлетворять требованию о "коллективном характере". В этой связи возникает несколько вопросов. Во-первых, требует ли элемент "коллективности" учета, участия или представленности *всех* кредиторов в рамках производства, независимо от того, создаются ли последствия – и насколько серьезные – для их прав, или же только тех

кредиторов, чьи права действительно затрагиваются, например, в результате отсрочки или другого изменения условий. Второй вопрос касается порядка их участия в производстве: требует ли "коллективное" производство учета прав и интересов всех кредиторов (судом или управляющим в деле о несостоятельности) или же речь идет об их участии или представленности в рамках производства. В зависимости от характера производства кредиторы могут по-разному принимать в нем участие, напрямую или опосредованно. В том случае, если при реорганизации для утверждения плана необходимо участие оговоренной в законе или согласованной процентной доли кредиторов, то требование о прямом участии будет удовлетворено. При ликвидации же у кредиторов может и не быть возможности принять непосредственное участие. С точки зрения представленности также существуют разные подходы, в частности могут формироваться комитеты кредиторов или же суд может назначать представителей (вопросы участия кредиторов рассматриваются в Руководстве для законодательных органов, часть вторая, глава III, пункты 75-114).

22. С другой стороны, в ответ на вопрос о том, что представляет собой "коллективное производство", можно предположить, что такое производство должно осуществляться ради коллективного блага всех кредиторов (в том смысле, что, когда должник решает свои финансовые затруднения, от этого выигрывают все), а не требовать учета прав всех кредиторов или участия или представленности всех кредиторов в ходе производства.

23. В некоторых законах вопрос об определении решается путем ссылки на названия всех видов производства, используемые в разных странах. В Европейском союзе, например, Правила ЕС содержат приложение, в котором перечислены названия различных видов производства, которые должны охватываться Правилами. В региональном контексте такой подход вполне применим в ограниченном числе стран, однако в глобальном контексте он может оказаться неэффективным, поскольку не во всех странах под этими названиями понимается одно и то же и достижение единого понимания на всеобъемлющей основе может оказаться обременительной и сложной задачей.

24. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, какой из этих подходов может оказаться желательным, и существуют ли какие-либо альтернативы, которые могли бы оказаться предпочтительными.

b) Соответствие законодательному акту, касающемуся несостоятельности
(A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 24-29)

25. Следует напомнить о том, что в подготовительных документах к Типовому закону указывается, что эта формулировка призвана служить ссылкой на тот факт, что ликвидация и реорганизация могут проводиться в соответствии с законодательством, отличным от законодательства о несостоятельности в строгом смысле (например, в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность компаний)⁸. Рабочая группа одобрила ее как "достаточно широкую и охватывающую нормы о

⁸ A/CN.9/WG.V/WP.44, примечания к статье 2 (с), пункт 2.

несостоятельности независимо от вида законодательного акта, в котором они могут содержаться"⁹.

26. В предыдущем рабочем документе (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 26-29) отмечалось, что вопрос о том, что представляет собой "законодательный акт, касающийся несостоятельности", рассматривался рядом судов, особенно в контексте определения того, является ли производство по делу о введении режима управления иностранным производством, которое может быть признано. В рамках рассмотренных дел были выявлены различные элементы этого требования: в частности, что эта норма права не обязательно должна быть статутной (т.е. она может включать нормы общего права) и что соответствующий закон не обязательно должен быть законодательным актом, касающимся исключительно несостоятельности. В рамках одного из дел было также решено, что после определения законодательства, на основании которого было возбуждено производство, суд должен установить, связано ли это законодательство с несостоятельностью и могут ли другие факторы, которые упомянуты в определении [в статье 2], расцениваться как факторы, обусловленные "соответствием" с этим законодательством¹⁰.

27. При рассмотрении ряда дел характеристики соответствующих производств не удовлетворяли требованию, содержащемуся в Типовом законе. Например, в тех случаях, когда указанная цель производства заключалась не в ликвидации или реорганизации имущественной массы должников, а в предотвращении ее дробления и утраты; когда ущерб, который суд был намерен предотвратить, являлся ущербом не для всех кредиторов, а лишь для инвесторов; когда полномочия и обязанности, возложенные на управляющего в деле о несостоятельности, сводились к тому, чтобы собирать и сохранять активы, а не ликвидировать или распределять их; и когда управляющий в деле о несостоятельности не имел права распределять активы должника.

28. Содержащееся в пункте 11 выше предложение также касается вопроса о том, что подразумевается под "законодательным актом, касающимся несостоятельности". Для дальнейших указаний по этому вопросу Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости рассмотрения в дополнительных комментариях цели законодательных актов о несостоятельности, а именно цели предотвращения или урегулирования финансовых трудностей, а также других целей, которые не будут соответствовать определению.

с) Контроль или надзор за активами или деловыми операциями должника со стороны иностранного суда (A/CN.9/WG.V/WP.95, пункты 30-35)

29. Следует напомнить, что помимо упоминания о том, что иностранное производство включает производство, в котором должник сохраняет определенную степень контроля над своими активами, хотя и под надзором суда¹¹, в Руководстве по принятию отсутствуют какие-либо указания относительно степени контроля или надзора, которые необходимы для соблюдения условий определения, или относительно момента, когда должен

⁹ A/CN.9/422, пункт 49.

¹⁰ *Stanford International Bank* (обжалование), A/CN.9/WG.V/WP.95, пункт 27, сноска 32.

¹¹ Руководство по принятию, пункт 24.

быть введен 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"¹², не пригодны для включения в общее правило о признании в качестве одного из элементов.

30. В рамках ряда дел, в которых учитывалось это требование, были сделаны следующие выводы: под контролем или надзором суда должны находиться как активы, так и деловые операции должника; участие судов на более позднем этапе производства, например после утверждения плана реорганизации кредиторами, является достаточным для установления той степени надзора, которая необходима для признания; и даже наличие возможности надзора со стороны суда согласно соответствующему законодательству является достаточным, даже если на деле такой надзор в конкретном случае не осуществлялся.

31. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости более подробного обсуждения этого аспекта в целях указания на некоторые удовлетворяющие определению в статье 2 (а) способы надзора и контроля суда за активами и деловыми операциями должника и на те моменты времени, которые могут приниматься во внимание в этой связи. В рамках этого обсуждения, которое могло бы быть включено в пункты 67-68 Руководства по принятию, можно было бы рассмотреть следующее:

а) различные виды производства, включая ускоренное производство, когда суд вступает в процедуры на более позднем этапе;

б) необходимая степень надзора или контроля и вопрос о том, должен ли быть такой контроль или надзор фактическим или потенциальным. Например, следует ли устанавливать требование относительно осуществления судом контроля и надзора за активами и деловыми операциями должника на практике или будет достаточным наличие возможности надзора со стороны суда за действиями управляющего в деле о несостоятельности, который в свою очередь отвечает за надзор за активами и деловыми операциями должника;

в) вопрос о том, должен ли контроль или надзор осуществляться на практике на момент подачи ходатайства о признании, с уделением внимания, в частности, случаям, когда ходатайство о признании подается на более позднем этапе производства, например, после утверждения плана реорганизации, и суд более не принимает участия в процедурах.

В. Признание

1. Основное и неосновное производство (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 1-3)

32. В статье 17 Типового закона предусмотрено, что иностранное производство по смыслу статьи 2 (а) признается либо основным, либо неосновным иностранным производством.

¹² A/CN.9/419, пункт 29.

33. На своей предыдущей сессии Рабочая группа решила, что в Типовом законе четко определен порядок признания только двух видов производства – основного и неосновного. Производство, которое не относится ни к одной из этих двух категорий, не может быть признано, как это отмечается в Руководстве по принятию. В пункте 128, например, подтверждается, что Типовой закон не предусматривает признания производства, возбужденного в государстве, в котором должник имеет активы, но не имеет предприятия, как оно определяется в статье 2 (с).

34. С учетом того, что при толковании этого аспекта Типового закона возникает определенная неясность, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, являются ли пояснения, изложенные в пунктах 73 и 128 Руководства по принятию, достаточными или же следует включить дополнительные комментарии для разъяснения этого вопроса.

2. Местонахождение ЦОИ – презумпция, предусмотренная в статье 16 (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 4-18)

35. Следует напомнить о том, что в статье 16 Типового закона устанавливается презумпция, на основе которой суд вправе определять ЦОИ. В соответствии с пунктом 3 этой статьи в отсутствие доказательств противного зарегистрированная контора должника, или обычное местожительство в случае физического лица, считается центром основных интересов (ЦОИ) должника. В пункте 122 Руководства по принятию поясняется, что в статье 16 устанавливаются презумпции, которые позволяют суду ускорить доказательственный процесс. В то же время они не препятствуют в соответствии с применимым процессуальным правом истребованию или оценке судом других доказательств, если суд или заинтересованная сторона ставит под сомнение сделанный на основании презумпции вывод. При этом можно также отметить, что использование этой презумпции, в отсутствие у рассматривающего дело суда возможности самостоятельного изучения соответствующих вопросов, может способствовать ненадлежащей практике поиска "удобного" суда.

36. В ходе рассмотрения нескольких дел возникали вопросы, связанные с определением местонахождения ЦОИ должника и толкованием презумпции, предусмотренной в статье 16. Особая обеспокоенность была связана с опровержением презумпции и факторами, которые при этом могли бы учитываться, особенно в случае компании-должника. Эти решения, включая дела, рассматривавшиеся в соответствии с Правилами ЕС и Типовым законом, изложены в документе A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 6-18.

37. В связи с вопросом о ЦОИ Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность включения в дополнительный комментарий ссылки на "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики", в частности раздел II.C этого документа, в котором изложено пошаговое описание процедуры признания. Хотя эта информация предназначена в первую очередь для судей, а не для законодателей, она, тем не менее, может оказаться полезной последним.

3. Факторы, связанные с определением ЦОИ и опровержением презумпции
(A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 19-21)

38. На своей предыдущей сессии Рабочая группа рассмотрела факторы, описанные в пункте 20 документа A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, и решила, что перечень указывающих факторов поможет судьям в их анализе вопроса об определении ЦОИ (A/CN.9/715, пункт 41). Применительно к относительной значимости различных факторов, включенных в этот перечень, высказывались различные мнения. Было высказано предположение, что окончательный перечень может быть коротким и что факторы можно перечислить в порядке их значимости, однако было признано, что такой подход может оказаться слишком ограничительным для судей.

39. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что в пункте 127 Руководства по принятию предусматривается следующее:

"Нецелесообразно включать более одного критерия квалификации иностранного производства в качестве основного производства и устанавливать, что на основе любого из таких критериев какое-либо производство может считаться основным производством. Такой подход, основывающийся на "множественности критериев", повлек бы за собой риск предъявления коллидирующих требований в связи с несколькими иностранными производствами о признании в качестве основного производства".

При рассмотрении подхода к составлению перечня факторов, связанных с определением местонахождения ЦОИ, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, каким образом следует пояснить, что при этом преследуется цель предоставления не множественных критериев, а руководящих указаний относительно того, как следует толковать единый критерий, а именно центр основных интересов.

40. Первый вопрос, который надлежит рассмотреть Рабочей группе, касается цели перечня факторов, в частности, составляется ли он для:

а) информирования судей и других лиц, использующих Типовой закон, о видах факторов, которые могут учитываться (или учитывались) при определении ЦОИ; или

б) определения и ограничения факторов, которые следует принимать во внимание, т.е. в порядке рекомендации.

41. В случае, если преследуется первая цель, то перечень может быть включен в дополнительный комментарий с некоторыми редакционными правками, как это изложено в пункте 20 документа A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1. В комментарии может быть отмечено, что некоторые из этих факторов могут считаться более значимыми, при том что во внимание могут приниматься, тем не менее, все факторы, в зависимости от обстоятельств конкретного дела. В этом комментарии могут быть высказаны, например, следующие предположения: f) место, из которого организуется или санкционируется финансирование, или местонахождение основного банка компании должника будет иметь значение только в том случае, когда банк осуществляет контроль над должником; k) местонахождение сотрудников может иметь существенное значение в том случае, когда сотрудники могут быть будущими кредиторами,

или меньшее значение, когда защита сотрудников направлена, скорее, на защиту прав заинтересованных сторон, однако не имеет отношения к анализу вопроса об местонахождении ЦОИ и в любом случае рассматривается в статье 22 Типового закона; е) правовая система, право которой будет применено к большинству споров, не является в достаточной мере важным фактором, чтобы быть определяющим, и в любом случае может оказаться правовой системой, не связанной с местом, из которого осуществляется управление деятельностью должника или в котором он осуществляет свои деловые операции, что имеет более существенное значение, чем фактор (е). Такое пояснение может быть включено, например, после пункта 126 Руководства по принятию.

42. Если придерживаться второго подхода, то предварительно следует рассмотреть вопрос о форме, которую примут окончательные результаты работы Рабочей группы, и об уместности включения рекомендаций. Второй вопрос касается стиля любой рекомендации. Будет вновь отмечено, что в Руководстве для законодательных органов используются различные стили для рекомендаций. Так, в нем может быть рекомендовано использовать в том или ином законодательном акте о несостоятельности конкретный, иногда довольно детализированный подход, и в то же время может быть, без каких-либо подробностей, рекомендовано рассмотреть тот или иной конкретный вопрос в законодательстве о несостоятельности. В отношении факторов, перечисленных в пункте 20 документа A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, можно рекомендовать, например, признать в качестве ключевых факторов а) местонахождение штаб-квартиры должника или место осуществления функций конторы, или местонахождение "нервного центра"; б) местонахождение руководства компании-должника; и м) место, которое кредиторы считают центром операций компании. В рекомендации может также быть указано, что, хотя при рассмотрении конкретных дел могут иметь значение и другие факторы, их следует считать второстепенными и принимать во внимание только в том случае, когда они связаны с вышеперечисленными тремя факторами или подкрепляют эти факторы.

43. Независимо от того подхода, который будет принят в отношении этого вопроса, для пользователей Типового закона, возможно, было бы полезным, если бы факторы, которые будут включены в перечень, были рассмотрены более подробно и была приведена информация, например, о том, в каких обстоятельствах каждый из этих факторов мог бы иметь важное значение или в каких обстоятельствах они были признаны важными, без ссылки на какое-либо конкретное дело или правовую систему.

44. С учетом того, что в отношении физических лиц презумпция в статье 16 (3) указывает на обычное местожительство должника, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости определения конкретных факторов для опровержения этой части презумпции. Такие факторы будут касаться только обычного местожительства физических лиц и не затрагивать анализ ЦОИ в отношении юридических лиц. В этой связи может быть отмечено, что физические лица могут свободно перемещаться на новые места, тогда как для юридических лиц это более затруднительно, и в некоторых обстоятельствах такие действия могут быть сочтены попыткой поиска более благоприятных условий. В других же случаях это может свидетельствовать о

стремлении получить доступ к более удобному режиму несостоятельности, в котором, например, предпочтение будет отдаваться реорганизации, а не ликвидации.

4. Последствия признания ЦОИ

45. В Руководстве по принятию Типового закона предусматривается, что последствия признания производства основным или неосновным связаны с предоставлением судебной помощи. В нем не рассматриваются другие последствия такого признания, например то, что право государства, в котором находится ЦОИ, может быть законом, применимым ко многим аспектам производства, как об этом говорится в рекомендации 31 Руководства для законодательных органов. В этом отношении полезными примерами таких последствий, которые имели место на практике, могут служить разбирательства по делам Lehman Brothers.

46. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости более подробного обсуждения последствий признания в дополнительном комментарии или руководящих указаниях.

5. Последствия мошенничества (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 22-25)

47. Как это отмечалось в предыдущем рабочем документе, последствия мошенничества обсуждались в ходе разбирательств по ряду дел. При этом суды обращали внимание на то, в какой мере такое мошенничество могло влиять на определение местонахождения ЦОИ, когда место регистрации является формальным и никакой предпринимательской деятельности по этому адресу не ведется. В качестве одного из решений в данном контексте было предложено обращать внимание на место, из которого осуществляется мошенничество.

48. На своей предыдущей сессии Рабочая группа рассмотрела последствия мошенничества и пришла к выводу, что данный вопрос нуждается в дальнейшем рассмотрении (A/CN.9/715, пункт 43). Рабочая группа, возможно, пожелает возобновить обсуждение на основе ранее представленных материалов.

6. Временной фактор при определении ЦОИ (A/CN.9/WG.V/WP.95/Add.1, пункты 26-36)

49. Следует напомнить о том, что в ряде случаев, рассматривавшихся в соответствии с положениями Типового закона и Правилами ЕС, должник перемещался из одной правовой системы в другую непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности. В Типовом законе такая возможность не рассматривается и не указываются какие-либо сроки в связи с определением ЦОИ, кроме грамматического времени, в котором сформулирована статья 17 (а), предусматривающая, что иностранное производство признается в качестве основного производства, "если оно осуществляется в государстве, в котором находится центр основных интересов должника" (*курсив добавлен*).

а) Рассмотрение дел на основании Типового закона

50. При рассмотрении данного вопроса в рамках разбирательств на основании Типового закона суды приходили к следующим выводам:

а) производство по соответствующим делам в момент подачи ходатайства о признании должно осуществляться одновременно;

б) для целей признания в качестве основного иностранного производства ЦОИ должен находиться в государстве, обратившемся с ходатайством о признании, на момент подачи такого ходатайства: при этом не принималась во внимание история коммерческой деятельности должника, связанной с конкретным государством;

в) местонахождение ЦОИ должно определяться на основе фактов, имеющих на момент подачи ходатайства о признании;

г) не следует препятствовать применению подхода, учитывающего всю "совокупность обстоятельств" в надлежащих случаях, когда, например, компания пошла на ухищрения и изменила местонахождение своей зарегистрированной конторы в целях создания ЦОИ (в частности, в результате использования инсайдерской информации, злонамеренных манипуляций, действий, открыто идущих вразрез с ожиданиями третьих сторон, пристрастных действий или побуждений).

б) Рассмотрение дел на основании Правил ЕС

51. В ходе разбирательства по ряду дел на основании Правил ЕС суды приходили к следующим выводам:

а) точкой отсчета при определении местонахождения ЦОИ должника следует считать момент подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности;

б) если должник изменил местонахождение после подачи ходатайства, но до открытия производства, это не является убедительным доказательством переноса ЦОИ;

в) изменение места регистрации может быть недостаточным для переноса ЦОИ компании, если не могут быть представлены убедительные доказательства для опровержения презумпции в отношении зарегистрированной конторы;

г) надлежащим моментом времени для определения ЦОИ является проведение слушаний по вопросу об открытии производства или более ранний этап, если подается ходатайство об обеспечительных мерах;

д) местонахождение ЦОИ должно определяться на основе объективных и доказуемых фактов.

52. При сопоставлении подходов, применяемых в соответствии с Типовым законом и Правилами ЕС, Рабочая группа обратит внимание на то, что согласно Типовому закону определение местонахождения ЦОИ необходимо для признания открытого иностранного производства, тогда как согласно Правилам ЕС это необходимо для определения надлежащего места для открытия производства. На своей предыдущей сессии Рабочая группа

постановила, что срок определения ЦОИ по Типовому закону должен начинаться с момента подачи ходатайства об открытии по делу о несостоятельности и что этот вывод следует отразить в конечных результатах работы (A/CN.9/715, пункт 45).

53. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о необходимости и порядке рассмотрения ситуации, когда используются ухищрения для переноса ЦОИ непосредственно перед подачей ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности. Как отмечалось выше, такой перенос может осуществляться в результате законной практики поиска удобного суда в целях нахождения, например, правовой системы, в рамках которой потребности должника в ходе производства по делу о несостоятельности, в частности в том, что касается реорганизации, удовлетворяются в большей степени, нежели в рамках законодательства, действующего в его домашней правовой системе, или такой перенос может быть результатом манипуляций. Возможно, необходимо провести различие между манипуляциями, предполагающими мошенничество, и рассмотренным выше видом мошенничества, когда должник не имеет законной коммерческой цели.

54. В комментарии может быть указано, например, что суду рекомендуется более тщательно рассматривать этот вопрос в том случае, когда имеются доказательства именно такого переноса ЦОИ. При этом суду, возможно, потребуется обратить внимание на большее количество факторов, указанных в перечне, о котором говорилось выше, и не ограничиваться при рассмотрении тремя или четырьмя факторами, которые могут быть обозначены как наиболее важные. В комментарии также может быть отмечено, что решение рассматривающего дело суда может быть основано на фактах, установленных судом, направившим ходатайство, однако это решение, тем не менее, является решением рассматривающего дело суда и может подлежать обжалованию.

С. Предпринимательские группы

55. На своей предыдущей сессии Рабочая группа отметила (A/CN.9/715, пункты 47 и 48), что многие дела, рассматривавшиеся в соответствии с Типовым законом, касались предпринимательских групп и что было бы полезно сформулировать также дополнительные рекомендации в отношении толкования ЦОИ применительно к предпринимательским группам. 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 хода 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.

56. В связи с пунктом (i) Рабочая группа, возможно, пожелает обратить внимание на подготовленные к предыдущим сессиям рабочие документы, в которых рассматриваются аспекты предпринимательских групп и ЦОИ:

A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2; A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4; и A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1.

57. Поскольку воспроизвести материалы, представленные в этих документах, не представляется возможным, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание выводы, сделанные ею в ходе обсуждения этих материалов на ее тридцать первой-тридцать шестой сессиях.

58. На своей тридцать первой сессии Рабочая группа признала (A/CN.9/618, пункт 54), что трудности достижения согласия относительно определения ЦОИ являются аргументом в пользу концентрации внимания на вопросах содействия координации и сотрудничеству между различными судами, в которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности в отношении различных членов предпринимательской группы, при том что следует признать желательность избегать множественности производств в контексте корпоративных групп.

59. На своей тридцать второй, тридцать третьей и тридцать четвертой сессиях Рабочая группа сосредоточила обсуждение на международных вопросах, многие из которых сводились к попытке определить пути и способы дальнейшего обсуждения соответствующих проблем.

60. На своей тридцать пятой сессии Рабочая группа в целом согласилась с тем (A/CN.9/666, пункты 26 и 27), что будет весьма трудно разработать определение ЦОИ предпринимательской группы, которое позволяло бы ограничить, например, вероятность открытия параллельных производств или уменьшить число различных законов, которые могут применяться в ходе производств по делам о несостоятельности, открытых в разных государствах в отношении членов одной и той же группы. Рабочая группа согласилась также с тем, что нелегко будет также использовать критерий ЦОИ группы для применения к предпринимательской группе того режима признания производств, который предусматривается Типовым законом. Рабочая группа пришла к выводу о том (A/CN.9/666, пункт 32), что презумпция, изложенная в статье 16 (3) Типового закона, не может быть прямо применена в контексте предпринимательских групп; что установление правила в отношении ЦОИ предпринимательской группы могло бы быть полезным для содействия координации множественных производств по делам о несостоятельности в отношении членов группы; и что такое правило могло бы предусматривать опровержимую презумпцию, аналогичную презумпции, установленной в статье 16 (3), для определения местонахождения контролирующего члена группы, при том что факторы, которые могут быть использованы для опровержения этой презумпции, должны основываться на тех факторах, которые перечислены в пунктах 6 и 13 документа A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4.

61. На своей тридцать шестой сессии после более подробного обсуждения соображений относительно координационного центра, было высказано мнение (A/CN.9/671, пункт 18), что определение координационного центра в рамках предпринимательской группы влечет за собой ряд проблем, связанных с определением ЦОИ отдельно взятого должника. К их числу относятся, в частности, вопросы о том, может ли решение об определении конкретного координационного центра в одном государстве подлежать исполнению или по меньшей мере быть признано в других государствах и какое государство

должно принимать такое решение. Широкую поддержку получило мнение о том (A/CN.9/671, пункт 20), что решение об определении координационного центра, принятое судом одной страны, может не иметь обязательной силы в других государствах.

62. Хотя предложение сохранить рекомендацию о координационном центре получило некоторую поддержку, Рабочая группа не смогла определить, какую конкретную роль такой центр будет играть в подкреплении порядка, предусмотренному более общими рекомендациями о координации и сотрудничестве в отношениях между судами и управляющими в делах о несостоятельности. Рассмотрев другие проекты рекомендаций, Рабочая группа вернулась к теме о координационном центре и приняла решение (A/CN.9/671, пункт 23) исключить проекты рекомендаций 1 и 2 (предусматривавшие презумпцию для определения координационного центра) на том основании, что определение координационного центра не влечет за собой никаких юридических последствий вследствие отсутствия у такого решения обязательной силы. Вместе с тем Рабочая группа признала ценность наличия одного субъекта, который играет ведущую роль в сотрудничестве, и согласилась рассмотреть в комментарии важность наделения одного из субъектов координационными функциями. Этот вопрос был в дальнейшем затронут в окончательном варианте рекомендации 250, предусматривающей, что сотрудничество между управляющими в делах о несостоятельности может предполагать, в частности, выполнение роли координатора одним из них.

63. Что касается пункта (ii), то запрошенное дальнейшее исследование не может быть подготовлено к этой сессии из-за отсутствия ресурсов. Вместе с тем Рабочая группа, возможно, пожелает отметить отсутствие ясности в вопросе о том, изменилась ли существующая практика в отношении предпринимательских групп каким-либо таким образом, который свидетельствовал бы о нахождении решений для уже выявленных Рабочей группой вопросов, связанных с ЦОИ и предпринимательскими группами. При этом практика последнего времени указывает все же на расширение координации и сотрудничества во многом в соответствии с рекомендациями, содержащимися в части третьей Руководства для законодательных органов и касающимися множественных трансграничных производств с участием членов предпринимательских групп.

64. С учетом вышеизложенного сложно высказать какие-либо предложения по пункту (iii) выше. Отмечая, в частности, общее согласие с тем, что Типовой закон как таковой не применяется к предпринимательским группам, Рабочая группа, возможно, пожелает также рассмотреть вопрос о том, будет ли, тем не менее, целесообразным включить в дополнительный комментарий материалы о том, каким образом Типовой закон применялся в случае производств по нескольким делам с участием членов предпринимательских групп, или же такие материалы будет более уместно включить в пересмотренные Материалы судебной практики¹³. Рабочая группа, возможно, также пожелает рассмотреть

¹³ В решении Комиссии, в соответствии с которым были приняты Материалы судебной практики (A/66/17, пункт 200), содержится положение, предусматривающее их обновление по мере необходимости в целях учета новых моментов в деле применения и толкования Типового закона.

вопрос о том, в каком направлении, с учетом вышеизложенной информации, следует вести рассмотрение вопроса о предпринимательских группах и ЦОИ.
