

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: General
3 May 2013
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли****Сорок шестая сессия**

Вена, 8-26 июля 2013 года

**Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной
несостоятельности: материалы судебной практики****Записка Секретариата****I. Введение**

1. На сорок четвертой сессии в 2011 году Комиссия окончательно доработала и приняла сборник "Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики"¹ и просила Секретариат создать механизм обновления этого сборника на постоянной основе при применении такого же гибкого подхода, который использовался при его разработке, обеспечивая при этом сохранение нейтрального стиля изложения и неизменное соблюдение его заявленной цели².
2. Секретариатом была создана группа экспертов для подготовки рекомендаций по обновлению материалов судебной практики с учетом последних судебных решений, касающихся толкования Типового закона о трансграничной несостоятельности, и доработок, внесенных в Руководство по его принятию.
3. В нижеприведенном тексте воспроизводятся только те пункты "Материалов судебной практики", которые были переработаны с учетом последних судебных решений и поправок, предложенных Рабочей группой V (см. A/CN.9/WG.V/WP.112) для рассмотрения на сорок шестой сессии Комиссии, а также поправок, предложенных на сорок третьей сессии Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) в апреле 2013 года

¹ На момент подготовки настоящего документа был размещен по адресу http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/insolvency/2011Judicial_Perspective.html.

² *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/66/17), пункт 198.*



(см. A/CN.9/766). Пункты, в которые не было внесено никаких изменений (и которые, таким образом, остаются в той же редакции, что и в ранее опубликованном варианте текста), в настоящем документе не воспроизводятся и заменены многоточием в квадратных скобках. В приложение I включены только новые резюме дел, которые предлагается добавить в текст, тогда как в списке дел перечислены все дела, которые войдут в приложение.

II. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности: материалы судебной практики

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	4
А. Цель сфера охвата	4
В. Глоссарий	5
II. История вопроса	5
А. Сфера охвата и применение Типового закона ЮНСИТРАЛ	5
В. Вопросы судебной практики	6
С. Цель Типового закона ЮНСИТРАЛ	7
III. Толкование и применение Типового закона ЮНСИТРАЛ	7
А. Принцип "доступа"	7
В. Принцип "признания"	8
С. Процесс признания	11
D. Судебная помощь	27
E. Сотрудничество и координация	32
Приложения	
I. Резюме дел	35
II. Решение Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и резолюция 66/9 Генеральной Ассамблеи	51

Предисловие

Пункты 1–3 [...]

"Материалы судебной практики" были переработаны в 2013 году с учетом новой редакции Руководства по принятию Типового закона, утвержденной Комиссией в 2013 году в качестве Руководства по принятию и толкованию Типового закона, а также последних судебных решений, связанных с применением и толкованием Типового закона. Поправки к опубликованному тексту "Материалов судебной практики" были доведены до сведения Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) на сокрови третьей сессии (апрель 2013 года) и сведения участников десятого Международного коллоквиума для представителей судебных органов, прошедшего в Гааге в мае 2013 года, и впоследствии рассмотрены Комиссией в 2013 году.

I. Введение

A. Цель и сфера охвата

1. В настоящем тексте Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности рассматривается с точки зрения судебной практики. Поскольку некоторые принимающие Типовой закон государства вносят в него изменения в целях адаптации к местным условиям, то могут потребоваться различные подходы, если судья приходит к выводу о том, что изъятие из принятого текста той или иной конкретной статьи или ее изменение обуславливает необходимость в таком образе действий³. При подготовке настоящего текста за основу был взят Типовой закон в редакции, одобренной Генеральной Ассамблеей Организации Объединенных Наций в декабре 1997 года, а также относящееся к нему Руководство по принятию⁴. Руководство по принятию было пересмотрено в целях включения дополнительных руководящих указаний в отношении толкования и применения отдельных положений Типового закона, касающихся "центра основных интересов", в свете судебной практики, связанной с толкованием Типового закона в тех государствах, в которых принято законодательство на его основе. Пересмотренный вариант был утвержден Комиссией в 2013 году в качестве "Руководства по принятию и толкованию Типового закона о трансграничной несостоятельности".

2. [...]

3. [...]

4. [...]

³ В настоящем документе не содержится ссылок на внесенные в Типовой закон некоторыми принимающими государствами изменения и не выражается никаких мнений по их поводу.

⁴ Резолюция 52/158 Генеральной Ассамблеи.

В. Глоссарий

1. Термины и пояснения

5. [...]

2. Справочные материалы

a) Ссылки на дела

6. [...]

b) Ссылки на документы

7. [...]

a) [...]

b) "Руководство по принятию и толкованию": Руководство по принятию и толкованию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности в пересмотренной редакции 2013 года;

c) "Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов": Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности (2004 год), включая третью часть, принятую в 2010 году;

d)–g) [...]

II. История вопроса

A. Сфера охвата и применение Типового закона ЮНСИТРАЛ

8. В декабре 1997 года Генеральная Ассамблея одобрила Типовой закон о трансграничной несостоятельности, разработанный и принятый Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). К Типовому закону прилагалось Руководство по принятию, в котором содержалась справочная информация и пояснения, предназначенные для лиц, занимающихся подготовкой законодательства, необходимого для осуществления Типового закона, а также для судей и других лиц, ответственных за его применение и толкование. Как уже упоминалось выше, Руководство по принятию было пересмотрено в целях включения дополнительных руководящих указаний в отношении толкования и применения отдельных положений Типового закона, касающихся "центра основных интересов", и было принято Комиссией в 2013 году в качестве "Руководства по принятию и толкованию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности".

9. Последнее предложение изложить в следующей редакции: "По состоянию на конец апреля 2013 года законодательство на основе Типового закона приняли 20 государств и территорий⁵."

10–15. [...]

В. Вопросы судебной практики

16. Хотя в Типовом законе ЮНСИТРАЛ подчеркивается целесообразность применения единообразного подхода к его толкованию на основе его международного происхождения⁶, согласно внутреннему законодательству большинства государств его будет необходимо, скорее всего, толковать в соответствии с положениями национального законодательства, если только принимающее государство не одобрило "международный" подход в рамках своего собственного законодательства⁷. В любом случае суд, рассматривающий законодательство, основанное на Типовом законе, возможно, сочтет полезным учитывать международную судебную практику при его толковании.

17–23. [...]

24. В конце пункта добавить следующее предложение: "Поправки к опубликованному тексту были доведены до сведения Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) на сорок третьей сессии (апрель 2013 года) и сведения участников десятого Международного коллоквиума для представителей судебных органов, прошедшего в Гааге в мае 2013 года, и затем рассмотрены Комиссией в 2013 году".

⁵ Австралия (2008), Британские Виргинские острова (заморская территория Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии; 2003), Великобритания (2006), Греция (2010), Канада (2005), Колумбия (2006), Маврикий (2009), Мексика (2000), Новая Зеландия (2006), Польша (2003), Республика Корея (2006), Румыния (2002), Сербия (2004), Словения (2007), Соединенные Штаты Америки (2005), Уганда (2011), Черногория (2002), Эритрея (1998), Южная Африка (2000) и Япония (2000). Годом принятия считается год, когда законодательство было принято соответствующим законодательным органом согласно имеющимся у Секретариата сведениям, он не означает дату вступления соответствующего законодательного акта в силу, поскольку порядок вступления в силу различается в разных государствах и может приводить к вступлению закона в силу лишь по прошествии определенного времени после принятия.

⁶ В государствах, принимающих Типовой закон в том виде, в котором он составлен, его положения должны толковаться с учетом "его международного происхождения и необходимости содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности" (Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 8).

⁷ Так, в самом Типовом законе ЮНСИТРАЛ четко указано, что положения любого соответствующего договора или соглашения, стороной которого является принимающее государство, будут иметь преимущественную силу по отношению к положениям Типового закона (статья 3) и пунктам 76–78 Руководства по принятию и толкованию.

С. Цель Типового закона ЮНСИТРАЛ

25. [...]

26. Как отмечалось выше, Типовой закон исходит из уважения различий в национальных процессуальных законах, и в нем не предпринимается попытки провести материально-правовую унификацию законодательства о несостоятельности. В нем, скорее, предусматриваются рамки для сотрудничества между правовыми системами и предлагаются решения, которые могут оказать помощь в решении ряда простых, но тем не менее весьма важных вопросов. Эти решения включают следующее:

a)–f) [...]

g) установление правил, касающихся координации судебной помощи, предоставленной в принимающем закон государстве в целях оказания содействия двум или более производствам по делам о несостоятельности, которые могут вестись в нескольких государствах в отношении одного и того же должника.

27–28. [...]

III. Толкование и применение Типового закона ЮНСИТРАЛ

А. Принцип "доступа"

29–34. [...]

35. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ предусматривается, что понятие "иностранный представитель" охватывает также лицо, назначенное на "временной основе", но не включает лиц, назначение которых еще не состоялось, например вследствие моратория в отношении постановления о назначении управляющего в деле о несостоятельности, введенного до вынесения решения по апелляционной жалобе⁸. В случае изменения статуса иностранного представителя после его назначения вопрос о его статусе будет решаться в соответствии с пунктом (а) статьи 18. В частности, для того чтобы определить статус того или иного лица как "иностранного представителя", можно сначала рассмотреть вопрос о том, удовлетворяется ли определение "иностранного производства", а уже затем выяснять, уполномочен ли⁹ податель ходатайства управлять реорганизацией или ликвидацией активов или деловых

⁸ См. определение термина "иностранный представитель" в Типовом законе ЮНСИТРАЛ, статья 2, пункт (d). Иностранный представитель, назначение которого уже состоялось, но статус которого еще подлежит рассмотрению судом, открывающим производство, будет считаться "иностранным представителем" по смыслу статьи 2 (см. *Lightsquared*, пункты 19–20). Если же в результате такого рассмотрения статус иностранного представителя будет изменен, запрашиваемому суду придется пересмотреть данный вопрос в свете статьи 18 Типового закона.

⁹ Для целей пункта (d) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

операций должника или совершать действия в качестве представителя иностранного производства.

36. При таком подходе судье необходимо будет удостовериться в том, что:

а) "иностранное производство", в отношении которого запрашивается признание, является судебным или административным производством (включая временное производство), которое проводится в иностранном государстве¹⁰;

b)–e) [...]

37. [...]

В. Принцип "признания"

1. Вступительные замечания

38–39. [...]

2. Доказательственные требования

40. [...]

3. Полномочия в отношении признания иностранного производства

41–45. [...]

4. Взаимность

46. В сноску к настоящему пункту добавить "Уганда".

5. Исключение на основании "публичного порядка"

47. Запрашиваемый суд сохраняет право отказать в принятии мер, предусмотренных Типовым законом, в том числе в признании иностранного производства или оказании судебной помощи, если такие меры будут "явно противоречить" публичному порядку государства, в котором находится запрашиваемый суд. Понятие "публичный порядок" основывается на национальном праве и может быть разным в разных государствах. Именно поэтому в Типовом законе не содержится единообразного определения этого понятия.

48. В некоторых государствах формулировка "публичный порядок" может наделяться широким смыслом и в принципе относиться к любой императивной норме национального права. Однако во многих государствах исключение на основании публичного порядка толкуется как ограничивающееся основополагающими принципами права, в частности, конституционными гарантиями. В этих государствах соображения публичного порядка могут использоваться для отказа в применении иностранного закона или в признании иностранного судебного или арбитражного решения только в том случае, если

¹⁰ См. анализ промежуточных и окончательных судебных решений, вынесенных по делу о несостоятельности компании *Gerova* (сс. 12 и 18), в сноске к подпункту (b) статьи 54 ниже.

это противоречило бы данным основополагающим принципам. Какие именно принципы будут считаться основополагающими, зависит от конституции и законодательства запрашиваемого государства. В решении по делу *Ephedra* было сделано заключение о том, что невозможность провести в Канаде судебное разбирательство с участием присяжных по некоторым вопросам, подлежащим рассмотрению в рамках канадского производства, когда имеется конституционное право на проведение такого разбирательства в Соединенных Штатах, "не вступает в явное противоречие с публичным порядком Соединенных Штатов". Американский суд, рассматривавший дело в апелляционной инстанции, счел, что формулировка "явно противоречит публичному порядку" представляет собой очень узкую оговорку, которая "предназначается для применения только при исключительных обстоятельствах и только в отношении вопросов, имеющих основополагающее значение для принимающего Типовой закон государства". Суд заключил, что, несмотря на важность права на рассмотрение дела судом присяжных, закрепленного конституцией Соединенных Штатов, порядок рассмотрения дела, ставший предметом спора, явно обеспечивал справедливость и беспристрастность производства для заявителей (несмотря на отсутствие присяжных), а это единственное, чего требуют положения законодательства США, эквивалентные статье 6 Типового закона¹¹.

49–51. [...]

51А. Вопрос о применимости оговорки о публичном порядке рассматривался и в рамках ряда других дел помимо *Ephedra*. В деле *Gold & Honey* суд Соединенных Штатов отказал в признании израильского производства по нескольким основаниям, в том числе на основании публичного порядка. В этом случае в отношении компании-должника в Израиле было вынесено постановление об управлении активами, после того как в Соединенных Штатах было открыто производство по делу о несостоятельности и начал действовать автоматический мораторий. Судья в Соединенных Штатах отказался признать производство по делу о введении режима управления не только на том основании, что израильское производство не носило коллективного характера и не предусматривало контроля или надзора за активами и деловыми операциями должника со стороны иностранного суда, но и потому, что признание "поощряло бы и узаконило бы нарушение автоматического моратория и [последующих постановлений суда], касающихся моратория"¹². Так как признание "существенно ограничило бы возможности судов Соединенных Штатов по делам о банкротстве в деле выполнения двух наиболее важных задач и достижения целей автоматического моратория – а именно недопущения получения одним кредитором преимуществ по отношению к другим кредиторам и обеспечения эффективного и упорядоченного распределения активов должника среди всех кредиторов согласно соответствующей очередности"¹³, судья в Соединенных Штатах пришел к выводу о том, что жесткие требования для признания исключения на основании публичного порядка были выполнены.

¹¹ *Ephedra*, с. 349.

¹² *Gold & Honey*, с. 371.

¹³ Там же, с. 372.

51В. В рамках дела *Toft* американский суд отказался предоставить иностранному представителю, назначенному в рамках ведущегося в Германии производства по делу о несостоятельности, право перехватывать адресованные должнику почтовые и электронные сообщения на территории Соединенных Штатов. Судья счел, что подобный судебный приказ будет противоречить публичному порядку, так как он выходит за рамки полномочий, которыми обычно наделяются доверенные лица в делах о несостоятельности согласно американскому законодательству, и предполагает совершение действий, которые запрещены законодательством США и совершение которых может повлечь за собой уголовную ответственность. Подача ходатайства об оказании такой судебной помощи без уведомления другой стороны также противоречила законодательству США. В Англии же аналогичный судебный приказ был признан и приведен в исполнение, поскольку а) данный вид помощи, санкционированный немецким судом, не противоречил публичному порядку Англии, так как согласно английскому законодательству суд вправе выносить приказы о переадресации почтовых отправлений, аналогичные тому, который был вынесен немецким судом, и б) предоставление подобной судебной помощи без уведомления другой стороны не вызывало беспокойства с точки зрения справедливости такой процедуры, так как должник имел возможность опротестовать приказ о перехвате почтовых отправлений в рамках ведущегося в Германии производства, однако его протест был отклонен немецким судом¹⁴.

6. "Основное" и "неосновное" иностранное производство

52. [...]

7. Пересмотр или аннулирование постановления о признании

53. Запрашиваемый суд может пересмотреть свое решение о признании иностранного производства "основным" или "неосновным", если представляются доказательства того, что основания для внесения постановления о признании "полностью или частично отсутствовали или прекратили существовать"¹⁵.

54. В качестве примеров обстоятельств, в которых изменение или прекращение ранее вынесенного решения о признании было бы уместным, можно привести следующие:

а) [...]

б) [...]. В конце пункта добавить сноску следующего содержания: "В рамках дела о несостоятельности компании *Gerova* некоторые кредиторы утверждали, что иностранное производство не должно признаваться в Соединенных Штатах, поскольку приказ об открытии иностранного производства находился на обжаловании. Американский суд счел, что в § 1517 и § 1515 титула 11 свода законов США [статья 17 и подпункт 2 (а) статьи 15 ТЗТН] ничего не сказано о том, что решение иностранного суда должно быть окончательным или не должно находиться в процессе обжалования. Суд заметил, что приказа иностранного суда вполне достаточно для того, чтобы

¹⁴ Постановление Высокого суда от 16 февраля 2011 года.

¹⁵ Там же, статья 17, пункт 4.

иностранные представители могли преступить к своим обязанностям, и что в том случае, если это решение будет впоследствии отменено в результате апелляции, иностранные представители будут обязаны сообщить об этом суду согласно требованиям статьи 18 (с. 12)";

с) если изменился характер иностранного производства, в отношении которого было вынесено решение о признании, например производство по делу о реорганизации было преобразовано в производство по делу о ликвидации, либо если изменился статус иностранного представителя;

d) [...]

55. [...]

C. Процесс признания

1. Вступительные замечания

56. [...]

a) является коллективным судебным или административным производством, которое проводится в иностранном государстве;

b)–c) [...]

57–58. [...]

59. При рассмотрении вопроса о целесообразности признания того или иного иностранного производства (в отношении корпоративного должника) "основным" важнейшим фактором является то, проводится ли такое производство "в государстве, в котором находится центр основных интересов должника"¹⁶. В случае, когда речь идет о физическом лице, "центром основных интересов" считается "обычное местожительство" этого лица. В решении по делу *Re Stojevic*¹⁷ английский суд пришел к выводу о том, что по сути обычным местом жительства лица является его постоянный дом, место, где он живет со своей женой и семьей, пока младшие члены семьи не выросли и не уехали из дома, место, куда он возвращается из деловых поездок, совершаемых по стране или за рубежом. Было также отмечено, что у человека может быть и другое место жительства, которое также может называться простым местом жительства и которое является не постоянным домом, а местом, где он живет, когда совершает деловые поездки или находится на отдыхе с женой и семьей. В силу своей профессиональной деятельности человек также может проводить в году вне своего постоянного дома более продолжительный период времени, нежели дома с женой и семьей. В решении по делу *Williams v Simpson (No. 5)* новозеландский суд отметил, что нахождение обычного места жительства следует определять исходя из обстоятельств конкретного дела. При этом следует учитывать такие факторы, как "постоянный характер проживания в государстве, фактический и предполагаемый срок пребывания, цель пребывания, прочность связей с данным государством и любым другим государством (в прошлом и в настоящее время), степень ассимилированности

¹⁶ См. рассмотрение этого вопроса в пунктах 75–110 ниже.

¹⁷ [2007] BPIR 141, п. 58 и след.

(включая обустроенность жизни и охваченность системой образования), а также степень культурной и социально-экономической интегрированности"¹⁸. Несмотря на то что должник осуществлял коммерческую деятельность в Англии, время от времени жил там и имел британское и новозеландское гражданство, суд определил, что представленных доказательств было недостаточно для опровержения изначального предположения, что обычным местом жительства должника была Новая Зеландия.

60–63. [...]

64. В рамках ряда дел значение терминов "иностранное производство", "основное иностранное производство" и "неосновное иностранное производство" рассматривалось применительно к членам предпринимательских групп. В Типовом же законе речь идет об индивидуальных компаниях, а каждый отдельный член предпринимательской группы рассматривается как самостоятельное юридическое лицо¹⁹. Центр основных интересов каждого отдельного члена группы может оказаться в пределах одной и той же юрисдикции, и в таком случае производство по делам о несостоятельности членов этой группы может проводиться в одной юрисдикции, однако вопрос о центре основных интересов предпринимательской группы как таковой на основании Типового закона разрешен быть не может.

65. [...]

2. Элементы определения понятия "иностранное производство"

65A. В следующих далее пунктах обсуждаются различные характеристики, которыми должно обладать "иностранное производство" в соответствии со статьей 2. Хотя эти характеристики обсуждаются отдельно, они являются совокупными, и подпункт (а) статьи 2 следует рассматривать как одно целое. Оценку того, обладает ли иностранное производство данными характеристиками, следует проводить на момент рассмотрения ходатайства о признании.

а) Коллективное судебное или административное производство

66. Типовой закон ЮНСИТРАЛ был разработан для применения только к конкретным видам производства по делам о несостоятельности. В пересмотренном варианте Руководства по принятию и толкованию отмечается, что понятие "коллективного" производства по делу о несостоятельности введено с учетом целесообразности достижения скоординированного, общего решения для всех лиц, заинтересованных в производстве по делу о несостоятельности. Возможность использования Типового закона лишь в качестве инструмента для получения выплат каким-либо конкретным кредитором или группой кредиторов, которые могли начать производство в целях взыскания в другой стране, не предусматривалась, как и

¹⁸ Пункт 42 содержит ссылку на дело *Basingstoke v Groot* [2007] NZFLR 363 (CA).

¹⁹ Этот момент особо подчеркивается в пункте 29 решения канадского суда по делу компании *Lightsquared*; см. также решение по делу *Eurofood*, пункт 37 (рассматривалось согласно Правилам ЕС).

возможность использования Типового закона в качестве инструмента для сбора активов в ходе какого-либо обычного конкурсного производства²⁰ или производства, организованного с целью консервации, когда такое производство не охватывает рассмотрение требований кредиторов. Типовой закон может служить подходящей основой для определенных видов процессуальных действий, которые могут служить регуляционной цели, в частности управление имуществом таких публично регулируемых субъектов, как страховые компании или брокерские фирмы, при условии, что данное производство носит коллективный характер в том понимании, в каком этот термин используется в Типовом законе. Если производство является коллективным, оно должно также отвечать и другим элементам определения, включая и то, что оно организовано в целях ликвидации или реорганизации (см. ниже, пункты ...).

66А. При оценке того, является ли то или иное производство коллективным для целей Типового закона, основным соображением является то, затрагиваются ли в ходе производства по существу все активы и обязательства должника, с учетом местных приоритетов и устанавливаемых в законодательстве исключений, а также местных исключений, касающихся прав обеспеченных кредиторов. Однако производство не должно считаться не отвечающим требованиям коллективности лишь по той причине, что оно не затрагивает ту или иную категорию прав кредиторов. Примером являются те производства по делам о несостоятельности, которые не включают обремененные активы в имущественную массу в делах о несостоятельности, в результате чего открытие производства никак не отражается на этих активах, и обеспеченные кредиторы получают возможность реализовать свои права за рамками законодательства о несостоятельности. Коллективным по смыслу статьи 2 будет считаться, например, производство, в рамках которого все заинтересованные кредиторы имеют (пусть даже факультативное) право требовать установления своих прав в имуществе должника, право на справедливое распределение активов и удовлетворение имущественных требований, право на участие в производстве и право на извещение об открытии производства для обеспечения возможности такого участия²¹.

67–69. [...]

70. В рамках производства по другому делу, *Stanford International Bank*, английский суд не признал постановление суда Соединенных Штатов об управлении имущественной массой должника коллективным производством на основании законодательства о несостоятельности. Запрашиваемый суд

²⁰ "Конкурсное производство" – это процедура, при которой существование корпорации и ее коммерческая деятельность доводятся до полного завершения.

²¹ В решении по делу *Ashapura Minechem* американский суд отметил, что, хотя индийское законодательство, на основании которого было открыто иностранное производство, формально не предусматривает участия в нем необеспеченных кредиторов, на практике таким кредиторам все же предоставляется право голоса (по усмотрению Совета по промышленному и финансовому восстановлению, отвечающего за применение законодательства), они могут получать часть средств, распределяемых между кредиторами, и имеют право подавать апелляции на неблагоприятные решения Совета и право на рассмотрение таких апелляций индийскими судами. Суд заключил, что наличие процедуры обжалования и возможность участия кредиторов в производстве, осуществляемом Советом, свидетельствуют о том, что такое производство носит коллективный характер (стр. 5–6).

постановил, что это постановление было вынесено после вмешательства Комиссии Соединенных Штатов Америки по ценным бумагам и биржам "в целях пресечения масштабного мошенничества". Цель постановления заключалась не в реорганизации корпорации или реализации активов в интересах всех кредиторов, а в предотвращении причинения ущерба инвесторам²². В ходе обжалования это решение было подтверждено во многом на тех основаниях, которые привел английский суд нижестоящей инстанции²³. В другом решении, касающемся *Stanford International Bank*, американский апелляционный суд упомянул о решениях других американских судов, в которых проводится различие между коллективным производством и процедурой управления имущественной массой и делается вывод о том, что управление имущественной массой не является коллективной процедурой²⁴, поскольку такое управление вводится по просьбе и в интересах одного обеспеченного кредитора. Американский суд также определил, что процедура, применявшаяся по отношению к *Stanford International Bank*, отличалась от типичной процедуры управления тем, что была введена "по ходатайству Комиссии Соединенных Штатов Америки по ценным бумагам и биржам в интересах всех обманутых вкладчиков и кредиторов различных подразделений этого банка". Суд отметил, что, хотя от него и не требовалось выносить решения по данному вопросу, по его мнению, процедура управления в данном случае представляла собой коллективное производство²⁵.

70A. В решении по делу *ABC Learning Centres* американский суд счел, что различные положения австралийского законодательства указывали на коллективный характер ликвидационного производства, в связи с которым было подано ходатайство о признании. Согласно этим положениям, конкурсный управляющий был обязан учитывать права всех кредиторов при распределении имущества должника; все долговые обязательства и требования имели равнозначную силу и подлежали выплате в равном соотношении с учетом их приоритетности и прочих условий; все кредиторы были должным образом извещены об открытии производства и созываемых в связи с ним собраниях кредиторов; решение о начале ликвидационного производства было поддержано большинством кредиторов, на долю которых приходилась большая часть задолженности; в комитет кредиторов, созданный в соответствии с требованиями австралийского законодательства, входили представители всех категорий кредиторов; а кредиторам было предоставлено право на обжалование решений в судебном порядке. В то же время процедура управления, которая велась параллельно с ликвидационным производством, что вполне допускалось австралийским законодательством, была признана не носящей коллективный характер, так как она была изначально направлена на защиту интересов начавших ее обеспеченных кредиторов²⁶.

²² *Stanford International Bank*, пункты 73 и 84.

²³ *Stanford International Bank* (обжалование), пункты 26–27.

²⁴ Соответствующие дела перечислены в решении по делу *Betcorp*, с. 281.

²⁵ *Stanford International Bank*, окружной суд Северного судебного округа штата Техас, 2012 год, с. 19, сноска 20.

²⁶ *ABC Learning Centres*, IV.1.c.

b) Соответствие законодательному акту, касающемуся несостоятельности

70B. Типовой закон содержит требование о том, что иностранное производство должно проводиться "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности", с учетом того факта, что ликвидация и реорганизация могут проводиться в соответствии с законодательством, отличным от законодательства о несостоятельности (например, в соответствии с законодательством, регулирующим деятельность компаний), но которое тем не менее затрагивает вопросы, связанные с несостоятельностью или трудным финансовым положением, или направлено на урегулирование таких ситуаций. Задача заключается в нахождении формулировки, которая была бы достаточно широкой и охватывала бы нормы, касающиеся несостоятельности, независимо от вида законодательного акта или закона, в которых они могут содержаться²⁷, и независимо от того, относится ли закон, в котором содержатся эти нормы, исключительно к несостоятельности.

70C. Этот аспект подпункта (а) статьи 2 учитывался судами при рассмотрении ряда дел, касавшихся процедуры добровольной ликвидации. В решении по делу *Stanford International Bank* английский суд первой инстанции заключил, что ликвидация антигуанской компании, начатая по решению антигуанского суда из соображений справедливости, проходила "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности". Хотя основанием для ликвидации стали нарушения действующего законодательства, неплатежеспособность компании также была одним из факторов, которые были приняты во внимание судом при вынесении решения о ликвидации. Это решение было подтверждено и английским апелляционным судом, который признал, что поскольку антигуанское законодательство предусматривает возможность ликвидации компаний по соображениям объективности и законности, к которым относятся несостоятельность и нарушение законодательства, то можно считать, что ликвидация осуществляется "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности". В решении по делу *Betcorp* американский суд признал, что добровольная ликвидация, начатая согласно австралийскому законодательству, осуществлялась "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности", поскольку соответствующий законодательный акт (Закон о компаниях) регулировал все этапы жизненного цикла австралийского предприятия, включая несостоятельность. Это решение было впоследствии учтено американским судом при рассмотрении дела *ABC Learning Centres*, которое также касалось добровольной ликвидации австралийских кредиторов, проводившейся в соответствии с тем же законодательством.

70D. В решении по делу *Chow Cho Poon* австралийский суд рассмотрел вопрос о том, проводилась ли ликвидация, начатая по решению сингапурского суда из соображений справедливости и законности, "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности". Изучив решения по делам *Stanford International Bank*, *Betcorp* и *ABC Learning Centres*, суд пришел к заключению, что в них указаны четкие критерии, на основании которых положения законодательства о ликвидации можно рассматривать в качестве

²⁷ Документ A/CN.9/422, пункт 49; размещен по адресу <http://www.uncitral.org/uncitral/ru/commission/sessions/29th.html>.

"законодательного акта, касающегося несостоятельности". В соответствии с этим он определил, что, даже если решение о начале ликвидации было принято по соображениям справедливости и при этом не было установлено фактов, прямо или косвенно свидетельствующих о несостоятельности, такое решение можно считать вынесенным "в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности".

70E. После рассмотрения и обсуждения данного вопроса Рабочей группой и Комиссией в пересмотренном варианте Руководства по принятию и толкованию Типового закона было решено придерживаться иного подхода, чем в вышеупомянутых решениях, и исходить из того, что простое производство в отношении состоятельного юридического лица, которое преследует цель не реорганизовать финансовую деятельность предприятия, а упразднить его правовой статус, как правило, не является производством, которое проводится в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности или трудного финансового положения, по смыслу подпункта (а) статьи 2. Если же производство преследует несколько целей, включая ликвидацию состоятельного субъекта, то оно подпадает под действие подпункта (а) статьи 2 Типового закона только тогда, когда должник является несостоятельным или находится в трудном финансовом положении.

с) Требование относительно контроля или надзора со стороны "иностранного суда"

71. В определении "иностранного суда"²⁸ не проводится различий между реорганизационным или ликвидационным производством, в отношении которого устанавливается контроль или надзор со стороны судебного или административного органа. Такой подход был принят с тем, чтобы под определение "иностранного производства" попадали также те правовые системы, в которых контроль или надзор осуществляют несудебные органы²⁹.

71A. В Типовом законе отсутствуют какие-либо указания относительно степени контроля или надзора, которые необходимы для соблюдения данного аспекта определения, или относительно момента, когда должен быть введен такой надзор или контроль. В пересмотренном варианте Руководства по принятию и толкованию отмечается, что, хотя предполагается, что контроль или надзор, которые необходимы в соответствии с подпунктом (а), должны носить формальный характер, они могут быть скорее потенциальными, чем фактическими. Этому требованию будет отвечать производство, в котором должник сохраняет определенную степень контроля над своими активами, хотя и под надзором суда, например сохранение за должником права владения.

²⁸ Типовой закон ЮНСИТРАЛ, статья 2, пункт (е).

²⁹ Руководство по принятию и толкованию, пункт 74. Например, в рамках дела *Ashapura Minechem* американским судом было признано производство, проводившееся в Индии Советом по промышленному и финансовому восстановлению – административным органом, наделенным функциями административного суда согласно Закону о неблагополучных промышленных компаниях (Закон о специальных условиях, 1985 год). В рамках дела *Tradex Swiss AG* (384 BR 34 at 42 (2008)) [дело № 791 ППТЮ] Швейцарская федеральная банковская комиссия была признана "иностраннным судом", поскольку она осуществляла контроль и надзор за ликвидацией компаний в сфере посреднической торговли.

Контроль или надзор может осуществляться не только непосредственно судом, но и управляющим в деле о несостоятельности, если, например, действия этого управляющего подлежат контролю или надзору со стороны суда. Простого надзора за действиями управляющего в деле о несостоятельности со стороны лицензирующего органа недостаточно.

71В. Нельзя исключать производства, в которых суд осуществляет контроль или надзор на поздней стадии процесса, связанного с несостоятельностью, а также производства, в рамках которых контроль или надзор со стороны суда осуществлялся на более ранней стадии, а на момент подачи ходатайства больше не требуется. Такая ситуация может возникнуть, например, в том случае, если план реорганизации был одобрен судом, а его осуществление проходит без судебного вмешательства, хотя производство остается открытым и юрисдикция суда сохраняется до полного выполнения плана.

71С. Из подпункта (а) статьи 2 ясно следует, что под контролем или надзором иностранного суда должны находиться как активы, так и деловые операции должника; недостаточно, если иностранное производство охватывает только одно или другое³⁰.

72. На сегодняшний день концепция "контроля или надзора" мало рассматривалась в судебной практике.

73. [исключен]

74. В деле *Betcorp* суд постановил, что начатая в Австралии процедура добровольной ликвидации подлежала надзору со стороны судебных властей – австралийских судов. Это решение было обусловлено тремя факторами: а) наличие у ликвидаторов и кредиторов, участвовавших в процедуре добровольной ликвидации, возможности добиваться определения суда по любому вопросу, возникающему в связи с ликвидацией; б) общая юрисдикция австралийских судов в отношении надзора над действиями ликвидаторов; в) наличие у любого лица, "интересам которого был нанесен ущерб в результате любого действия, бездействия или решения" управляющего в деле о ликвидации, возможности обратиться в австралийский суд, который мог бы "в зависимости от ситуации подтвердить, отменить или изменить действие или решение или исправить упущение"³¹.

74А. В рамках более позднего дела *ABC Learning Centres* ходатайство о признании ведущегося в Австралии иностранного производства было обжаловано по нескольким основаниям, в том числе на основании того, что иностранное производство по делу о несостоятельности не подлежало контролю или надзору со стороны иностранного суда. Однако американский суд, основываясь на критериях, перечисленных в решении по делу *Betcorp*, пришел к выводу, что, несмотря на то что австралийские суды не руководят повседневной деятельностью должника, а большинство ликвидаторов выполняют свои обязанности без вмешательства со стороны судебных органов, австралийское законодательство наделяет суды целым рядом полномочий по

³⁰ *Gold & Honey*, с. 371.

³¹ *Betcorp*, сс. 283–284.

контролю и надзору за процедурой ликвидации, которые полностью удовлетворяют требованиям подпункта (а) статьи 2³².

d) Требование о соответствии целям реорганизации или ликвидации

74В. Некоторые виды производства, которые, возможно, соответствуют определенным элементам определения иностранного, могут тем не менее не отвечать требованиям в отношении признания, поскольку они не осуществляются в указанных целях реорганизации или ликвидации. Они могут принимать различные формы, включая производства, цель которых заключается не в ликвидации или реорганизации имущественной массы должников, а в предотвращении ее дробления и утраты; производства, призванные предотвратить причинение ущерба инвесторам, а не всем кредиторам (в этом случае производство также, скорее всего, не будет коллективным); или производство, в котором полномочия, предоставленные иностранному представителю, и возложенные на него обязанности являются более ограниченными, чем полномочия или обязанности, обычно связанные с ликвидацией или реорганизацией, например полномочия не предпринимать ничего, что выходило бы за рамки сохранения активов.

74С. Виды процедур, которые, возможно, не отвечают требованиям в отношении признания, могут включать меры финансового урегулирования или соглашения, заключенные между должником и некоторыми из его кредиторов на чисто договорной основе в отношении некоторых долгов, если переговоры не приводят к открытию производства по делу о несостоятельности, проводимого в соответствии с законодательством о несостоятельности³³. Такие меры, как правило, не носят коллективного характера и осуществляются без контроля или надзора со стороны суда (см. пункты 71–74 выше).

3. Основное производство: центр основных интересов

a) Вводные замечания

75–76. [...]

77. Из третьего предложения исключить фразу "В отличие от положений Типового закона ЮНСИТРАЛ".

78–80. [...]

b) Судебные решения, касающиеся толкования понятия "центр основных интересов"

81. На сегодняшний день вынесен целый ряд судебных решений, касающихся значения формулировки "центр основных интересов" как в контексте Правил ЕС, так и в контексте внутренних законодательных актов, принятых на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ; в этих решениях упоминаются различные

³² *ABC Learning Centres*, [дополнить ссылку].

³³ Такие согласованные меры урегулирования будут подлежать исполнению на основании норм, выходящих за рамки Типового закона, а для их осуществления не требуется признания иностранного производства; Типовой закон и Руководство по принятию и толкованию никак не препятствуют осуществлению таких мер.

факторы, которые могут иметь значение для опровержения презумпции местонахождения центра основных интересов юридических и физических лиц, закрепленной пунктом 3 статьи 16. В подходах к толкованию данного понятия отмечаются небольшие различия, а в разных государствах могут предъявляться разные требования к качеству и весомости доказательств, необходимых для опровержения данной презумпции³⁴.

82–85. [...]

86. В рамках дела *Eurofood* существенное значение придавалось необходимости обеспечения предсказуемости при определении центра основных интересов должника. В более позднем решении по делу *Interdil* Европейский суд определил, что из второго предложения статьи 3 следует, что "при определении центра основных интересов компании-должника следует придавать больше значения месту нахождения центральной администрации компании, на которое указывают объективные факторы, которые могут быть установлены третьими сторонами". Если управление компанией, включая принятие управленческих решений, а также надзор за ее деятельностью происходит по месту нахождения ее зарегистрированной конторы и это место может быть установлено третьими сторонами, то опровергнуть данную презумпцию нельзя. Если же центральная администрация компании расположена не там, где находится ее зарегистрированная контора, то для определения места, из которого фактически осуществляется управление компанией, надзор за ее деятельностью и реализация ее интересов, требуется провести всестороннюю оценку всех факторов, поддающихся установлению третьими сторонами. В решении по данному делу суд определил, что наличие у компании активов и договоров об их коммерческом использовании в ином государстве-члене, чем государство нахождения штаб-квартиры, еще не является достаточным для опровержения презумпции, если только всесторонняя оценка всех соответствующих факторов не указывает на это другое государство-член"³⁵.

87. [перенесен в сноску к пункту 81]

88. [исключен]

89. Вопрос о центре основных интересов должника был рассмотрен в решении суда США по делу *Bear Stearns*. Ходатайство о признании касалось зарегистрированной на Каймановых островах компании, в отношении которой там было открыто производство по делу о предварительной ликвидации.

³⁴ Так, в главе 15 Кодекса США о банкротстве (раздел, вводящий в действие положения Типового закона ЮНСИТРАЛ) при упоминании "доказательств" в формулировке презумпции слово "proof" было заменено словом "evidence" (в статье 1516(c) предусмотрено, что "в отсутствие доказательств противного зарегистрированная контора должника... считается центром основных интересов должника."). Исходя из истории разработки этой правовой нормы, можно предположить, что такое изменение носило терминологический характер, а именно, что в Соединенных Штатах слово "evidence" ближе по значению к слову "proof" в том смысле, в котором оно используется в некоторых других англоязычных государствах. При анализе решений американских судов следует помнить об этой особенности.

³⁵ *Interdil*, пункт 59.

90. Суд объяснил причины замены слова "proof" словом "evidence" в положениях американского законодательства, касающихся предполагаемого центра основных интересов³⁶. Сославшись на историю разработки этого положения, судья заявил:

"Презумпция, на основании которой зарегистрированная контора должника является также центром его основных интересов, включена в целях обеспечения оперативности и удобства представления доказательств в тех случаях, когда нет серьезных разногласий"³⁷.

91–92. [...]

93. Добавить следующее предложение в конец сноски: "Это решение было подтверждено в апелляционной инстанции окружным судом [2011 WL 4357421 (SDNY, 16 Sept. 2012)] и в настоящее время находится на следующей стадии обжалования".

94. Решение по делу *Bear Stearns* было обжаловано на том основании, что оно не "соответствовало" принципам международной вежливости и сотрудничества и что положения о предполагаемом нахождении центра основных интересов должника были неверно истолкованы судьей. В ходе обжалования судья апелляционного суда легко установил, что вместо принципов международной вежливости была применена концепция признания. По мнению апелляционного суда, понятия "признание" и "судебная помощь" следовало различать.

95. Апелляционный суд подтвердил решение суда нижестоящей инстанции о том, опровергать презумпцию местонахождения центра основных интересов обязан иностранный представитель, а суд обязан самостоятельно определять, была ли опровергнута эта презумпция, независимо от того, высказывала ли одна из сторон какие-либо возражения³⁸.

96. [...]

97. Предложения 1–3 [...]; предложения 4–7, касающиеся сроков, были перенесены в пункт 102L.

98. Еще несколько решений по данному вопросу было принято английскими судами первой и апелляционной инстанций в рамках дела *Stanford International Bank*. В рамках этого дела было подано ходатайство о признании в Англии производства, открытого в Антигуа и Барбуде. Рассматривался вопрос о том, является ли примененный в решениях, принятых ранее английскими судами, критерий "функций главной конторы" надлежащей правовой нормой для использования в деле *Eurofood*.

99–101. [...]

102. Добавить следующее предложение в конец пункта: "Требование о возможности установления фактов третьими сторонами было подтверждено и

³⁶ См. сноску к пункту 81.

³⁷ [добавить ссылку]

³⁸ *Bear Stearns* (обжалование), с. 335.

в ряде более поздних судебных решений, вынесенных на основе Типового закона"³⁹.

с) Изменения, внесенные в пересмотренный вариант Руководства по принятию и толкованию

102А. Поправки, внесенные в пересмотренный вариант Руководства по принятию и толкованию Типового закона [принятый Комиссией в 2013 году], призваны устранить неопределенность и непредсказуемость, связанные с толкованием понятия "центр основных интересов". В пересмотренном варианте Руководства отмечается (пункты 123–123Е), что если центр основных интересов должника совпадает с местом его регистрации, то об опровержении презумпции, закрепленной пунктом 3 статьи 16 Типового закона, не может идти речи. В действительности же центр основных интересов должника может не совпадать с местом регистрации, и в этом случае сторона, утверждающая, что центр основных интересов находится в другом месте, должна представить суду соответствующие доказательства. Суд запрашиваемого государства обязан самостоятельно рассмотреть вопрос о том, где находится центр основных интересов должника и все ли требования Типового закона выполнены. Иногда при рассмотрении этого вопроса ему могут помочь сведения о характере иностранного производства, содержащиеся в приказе суда, открывшего производство⁴⁰, хотя такой приказ и не имеет для запрашиваемого суда обязательной силы. В тех случаях, когда центр основных интересов должника не совпадает с местом его регистрации, он определяется на основе других факторов, которые позволяют лицам, имеющим дело с должником (особенно кредиторам), установить, где находится центр его основных интересов.

102В. В пересмотренном варианте Руководства перечислены основные факторы, которые в совокупности обычно позволяют определить, является ли место, в котором открыто иностранное производство, центром основных интересов должника. Речь идет о следующих критериях: а) является ли место открытия производства местом осуществления центрального управления должника и б) может ли это место быть легко установлено кредиторами.

102С. Если эти основные факторы не дают готового ответа относительно центра основных интересов должника, можно рассмотреть и ряд других факторов, имеющих отношение к предпринимательской деятельности должника. Суду, возможно, потребуется признать за тем или иным фактором больший или меньший вес в зависимости от обстоятельств конкретного дела. Однако во всех случаях решение должно приниматься на комплексной основе

³⁹ *Lightsquared, Massachusetts Elephant & Castle; Millennium Global; Ackers v Saad* ([2010] FCA 221); *Gerova*.

⁴⁰ Например, в решении по делу *Cinram International* канадский суд изложил факты, представленные истцами в качестве доказательства того, что центром основных интересов должника была Канада. В решении суда отмечается, что факты, указывающие на место нахождения центра основных интересов, приводятся исключительно для информации. При этом суд признает, что решение о том, где находится центр основных интересов должника и является ли производство, начатое на основании канадского Закона о соглашениях между кредиторами компаний, "основным иностранным производством" по смыслу главы 15, надлежит принимать запрашиваемому суду, в данном случае Суду по делам о банкротстве штата Делавэр" (пункт 42).

и быть направленным на установление того, что место осуществления иностранного производства действительно соответствует месту фактического нахождения центра основных интересов должника и что центр основных интересов может быть легко установлен третьими сторонами.

102D. К таким дополнительным факторам могут относиться: местонахождение бухгалтерских книг и учетных записей должника; место, где было организовано или санкционировано финансирование или откуда действовала система распоряжения наличными денежными средствами; местонахождение основных активов должника и место осуществления его основных операций; местонахождение основного банка должника; местонахождение сотрудников; место, в котором разрабатывается коммерческая политика; правовая система, чье право является регулирующим или применимым к основным договорам компании; место, из которого осуществляется управление политикой закупок, персоналом, счетами для платежных операций и компьютерными системами; место, в котором были заключены договоры (о поставках); место, из которого осуществляется реорганизация компании-должника; местонахождение правовой системы, право которой является применимым к большинству споров; место, из которого осуществляется контроль за деятельностью должника или ее регулирование; и местонахождение правовой системы, регулирующей подготовку и ревизию счетов, где и осуществлялась их подготовка и ревизия.

102E. В Руководстве отмечается, что порядок перечисления дополнительных факторов никоим образом не указывает на их приоритетность или удельный вес, а сам перечень не является исчерпывающим и что суд может принять во внимание другие факторы, которые, по его мнению, имеют значение в рамках данного дела.

102F. В период подготовки пересмотренного варианта Руководства по принятию и толкованию было вынесено несколько судебных решений, в которых анализировались факторы, указывающие на место нахождения центра основных интересов, и в которых центр основных интересов был определен исходя из нескольких основных факторов. В решении по делу *Massachusetts Elephant & Castle* канадский суд рассмотрел три основных фактора: а) является ли место открытия производства местом нахождения основных активов должника и местом осуществления его основных операций; б) является ли место открытия производства местом, из которого осуществляется управление деятельностью должника; в) воспринимается ли место открытия производства в качестве центра основных интересов должника значительным числом кредиторов; при этом суд отметил, что, хотя другие факторы могут также иметь значение, их следует рассматривать, скорее, как второстепенные и учитывать лишь в той степени, в какой они дополняют три основных фактора⁴¹. Те же факторы были впоследствии учтены канадским судом в решении по делу *Lightsquared*⁴², в котором также отмечается, что, хотя обычно эти факторы указывают на одну и ту же правовую систему как центр основных интересов, иногда они могут противоречить друг другу, в случае чего требуется более тщательно изучить фактическую сторону дела. В зависимости

⁴¹ *Massachusetts Elephant & Castle*, пункт 30.

⁴² *Lightsquared*, пункты 25–26.

от обстоятельств дела суд может придавать тому или иному фактору большее или меньшее значение. По словам суда, в любом случае такой анализ должен иметь целью установить, что место открытия производства действительно соответствует истинному месту пребывания должника или месту фактического нахождения его основного коммерческого предприятия и, таким образом, отвечает ожиданиям лиц, которые вели дела с этим предприятием до открытия производства.

102G. В рамках дела *Think3*⁴³ японскому суду требовалось определить, какое из двух производств – в Соединенных Штатах или Италии – следует считать основным иностранным производством. Суды, рассматривавшие дело в первой и апелляционной инстанциях, проанализировали различные факторы, обсуждавшиеся в процессе пересмотра Руководства по принятию и толкованию Типового закона, а также изучили вопрос о том, является ли местонахождение штаб-квартиры или "нервного центра" компании одним из факторов, которые требуется принимать во внимание.

d) Перемещение центра основных интересов

102H. Перемещение центра основных интересов должника может иметь место до открытия производства по делу о несостоятельности, а в некоторых случаях непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности и даже в период между временем подачи ходатайства о возбуждении дела и временем его фактического открытия⁴⁴. При наличии доказательств перемещения центра основных интересов непосредственно перед открытием иностранного производства желательно, чтобы запрашиваемый суд, принимая решение о признании этого производства, тщательно изучал факторы, указанные в пунктах 102B и 102D выше, и принимал во внимание более широкий круг обстоятельств, имеющих отношение к должнику. Следует особо отметить, что в случае перемещения центра основных интересов непосредственно перед открытием производства критерий, предусматривающий легкость установления третьими сторонами местонахождения центра основных интересов, может оказаться существенно более сложным.

102I. Последствия перемещения центра основных интересов должника до открытия производства по делу о несостоятельности анализируются в решении

⁴³ В японском законодательстве, вводящем в действие Типовой закон, вместо формулировки "центр основных интересов" используется формулировка "место основной деятельности" и отсутствует положение о предположительном осуществлении основной деятельности по месту нахождения зарегистрированной конторы, эквивалентное пункту 3 статьи 16 Типового закона. Однако, как поясняется в решении суда первой инстанции по делу *Think3*, используемая в японском законодательстве формулировка "место основной деятельности" имеет тот же смысл, что и "центр основных интересов", и поэтому решения иностранных судов, касающиеся центра основных интересов, а также работа ЮНСИТРАЛ по данной теме заслуживают изучения и принятия во внимание [глава 3, вопрос 2–2(2), с. 19].

⁴⁴ Иногда такой шаг преследует цель предоставить должнику доступ к процедурам несостоятельности, например реорганизации, которые в большей степени отвечают его потребностям, чем процедуры, предусмотренные законодательством его бывшего центра основных интересов. В других случаях перемещение места основных интересов имеет целью помешать исполнению законных ожиданий кредиторов и третьих сторон.

Европейского суда по делу *Interdil*. В этом решении отмечается, что в случае перевода зарегистрированной конторы должника в другое место до подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности центром основной деятельности компании будет считаться место нахождения новой зарегистрированной конторы⁴⁵.

102J. Весьма маловероятно, что должник сможет переместить свое место регистрации (или обычное место жительства) после открытия производства по делу о несостоятельности, так как многие законы о несостоятельности содержат конкретные положения, препятствующие осуществлению таких действий. В любом случае, если это произойдет, это не должно влиять на решение относительно центра основных интересов для целей Типового закона, поскольку время, на котором основывается такое определение, – это дата открытия иностранного производства, о чем еще будет сказано ниже в пункте 102O.

е) Дата, по состоянию на которую следует определять центр основных интересов

102K. В Типовом законе не говорится о том, по состоянию на какой момент следует определять место нахождения центра основных интересов (или предприятия) должника, а лишь сказано (подпункт (а) пункта 2 статьи 17), что иностранное производство должно признаваться в качестве основного, если "оно осуществляется в государстве, в котором находится центр основных интересов должника". Использование форм настоящего времени в статье 17 подразумевает, что иностранное производство должно осуществляться или вопрос о нем должен находиться в стадии рассмотрения в момент принятия решения о признании; если же производство, по которому подано ходатайство о признании, больше не осуществляется и не рассматривается в государстве, в котором открывается производство, то и никакого производства, которое отвечало бы требованиям в отношении признания в соответствии с Типовым законом, не будет.

102L. Вопрос о правильном моменте для определения центра основных интересов неоднократно рассматривался судами. В решении по делу *Betcorp*, например, судья постановил, что центр основных интересов следует определять на момент подачи ходатайства о признании⁴⁶. Такое толкование, по всей видимости, обусловлено временем глагола, который использован в формулировке определения "основное иностранное производство": "означает иностранное производство, осуществляемое в государстве, в котором находится центр основных интересов должника". Аналогичная проблема возникает в связи с определением местонахождения "предприятия" в соответствии с определением понятия "неосновное иностранное производство": "означает иностранное производство..., осуществляемое в государстве, в котором находится предприятие должника". Применявшийся в рамках дела *Betcorp* подход был также принят в рамках разбирательства по делам *In Re Ran* (*Fifth Circuit*) и *British American Insurance*.

⁴⁵ *Interdil*, пункт 59.

⁴⁶ *Betcorp*, с. 292.

102M. В более поздних судебных решениях высказывается мнение, что моментом, по состоянию на который следует определять центр основных интересов должника, является дата открытия иностранного производства. В решении по делу *Millennium Global* американский судья первой инстанции отметил, что процедура признания является второстепенной по отношению к иностранному производству, а дата подачи ходатайства о признании носит совершенно случайный характер, так как такое ходатайство может быть подано в любой момент, даже спустя несколько лет после открытия иностранного производства. Кроме того, если считать центр основных интересов равнозначным месту основной деятельности должника, как полагают многие суды, то под центром основных интересов следует понимать место основной деятельности должника до открытия иностранного производства, поскольку после открытия производства, особенно ликвидационного, деятельность должника обычно прекращается и говорить о месте ее осуществления в этом случае уже нельзя⁴⁷. Это решение было учтено в решении американского суда по делу *Gerova*, в котором судья заметил, что на момент подачи ходатайства о признании должник не осуществлял никакой коммерческой деятельности на Бермудских островах и не был связан с ними никакими отношениями, кроме деятельности ликвидатора по сворачиванию его предприятия⁴⁸. Дата подачи ходатайства об открытии иностранного производства либо дата открытия самого производства была принята за ориентир также в решении японского суда первой инстанции по делу *Think3*, решение которого было впоследствии подтверждено в апелляционной инстанции⁴⁹. Японский суд первой инстанции заметил, что если при определении центра основных интересов ориентироваться на момент подачи ходатайства о признании, то в случае подачи нескольких ходатайств о признании одного и того же иностранного производства в нескольких странах момент, по состоянию на который будет определяться центр основных интересов, будет различаться, в результате чего разные суды придут к разным выводам, что приведет к общей несогласованности. Суд также высказал мнение, что использование в качестве ориентира момента подачи ходатайства о признании может привести к тому, что стороны будут специально подгадывать наиболее выгодный момент для подачи ходатайства.

102N. В решении Европейского суда по делу *Interedil*, рассматривавшемся на основании Правил ЕС, высказано мнение, что при определении компетентного суда следует учитывать местонахождение центра основных интересов должника на момент подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности.

102O. В пересмотренном варианте Руководства по принятию и толкованию отмечается, что с учетом доказательств, необходимых для подкрепления ходатайства о признании в соответствии со статьей 15, и важности решения об открытии иностранного производства и назначении иностранного представителя подходящим моментом для определения центра основных

⁴⁷ *Millennium Global*, сс. 12–19; вопрос о том, на какой момент следует определять место нахождения центра основных интересов и предприятия должника, апелляционным судом не рассматривался.

⁴⁸ *Gerova*, с. 10.

⁴⁹ Высокий суд, глава 3-2, с. 6; Окружной суд, глава 3, пункт 2-1, с. 12–14.

интересов должника является дата начала иностранного производства. Момент открытия производства является тем критерием, который может быть вполне определенно применен ко всем производствам по делам о несостоятельности. Выбор данного момента позволяет также решать вопросы, которые могут возникать в случае прекращения коммерческой деятельности должника к моменту подачи ходатайства о признании⁵⁰, например если в результате реорганизации центр основных интересов имеет уже не предприятие-должник, а структура, занимающаяся его реорганизацией, а также в случае изменения местонахождения должника в период между открытием иностранного производства и подачей ходатайства о его признании согласно Типовому закону.

103–107. [исключены]

f) Процессуальные злоупотребления

108. Следует ли предоставлять суду при рассмотрении ходатайства о признании возможность отклонить ходатайство на основании факта процессуальных злоупотреблений? В самом Типовом законе ЮНСИТРАЛ ничто не указывает на то, что при рассмотрении ходатайства о признании следует принимать во внимание внешние обстоятельства. В Типовом законе предусматривается, что решение в отношении ходатайства принимается на основе конкретных критериев, закрепленных в определениях понятий "иностранное производство", "основное иностранное производство" и "неосновное иностранное производство". Поскольку содержание понятия процессуальных злоупотреблений определяется внутренним законодательством и процессуальными нормами, Типовой закон прямо не запрещает запрашиваемым судам применять внутреннее законодательство, в частности процессуальные нормы, в ответ на предполагаемые процессуальные злоупотребления.

109. [исключен]

110. [перенесен в комментарий к статье 6 — пункт 51A]

4. Неосновное производство – "предприятие"

a) Вводные замечания

111–113. [...]

⁵⁰ В решении американского суда по делу *Fairfield Sentry* отмечается, что должник фактически прекратил коммерческую деятельность за некоторое время до открытия ликвидационного производства и до подачи ходатайства о признании и что деятельность должника в течение длительного периода была связана исключительно с ликвидацией его предприятия. Судья счел, что именно на этот период следует ориентироваться при определении центра основных интересов должника (с. 64). В решении по делу *British American Insurance* суд определил, что центр основных интересов должника может оказаться привязанным к местонахождению иностранного представителя, если иностранный представитель долгое время находится в одном месте и переносит основную коммерческую деятельность должника в место собственной деятельности (или приостанавливает деятельность должника), в результате чего у кредиторов и других сторон может сложиться впечатление, что предприятие должника расположено по месту нахождения [иностранного представителя] (с. 914).

b) Судебные решения, касающиеся толкования понятия "предприятие"

114. [...]

115. Как представляется, при толковании определения "предприятие" следует делать больший акцент на словах "охватывающую людей и товары или услуги". Из данного определения следует, что под него подпадает любое место хозяйственной деятельности, осуществляемой людьми и связанной с товарами или услугами. В решении Европейского суда по делу *Interedil*, вынесенном на основании Правил ЕС, отмечается, что, поскольку в определении данного термина осуществление экономической деятельности связано с наличием людских ресурсов, для соответствия этому определению требуется хотя бы минимальный уровень организации и некоторая степень стабильности. Из этого следует, что одного наличия товаров или банковских счетов в определенном месте еще не достаточно для его классификации в качестве "предприятия".

116. Добавить в конец пункта следующее предложение: "В рамках дела *Williams v Simpson (No. 5)* сложность заключалась в том, что, хотя согласно английскому законодательству ликвидация предприятия в Соединенном Королевстве (путем погашения долгов) могла служить основанием для применения к должнику положений английского законодательства о несостоятельности, Англию нельзя было считать местом нахождения "предприятия" должника, поскольку в данном случае речь шла о человеке, который уже 12 лет находился на пенсии и не осуществлял в этой стране никакой (текущей) коммерческой деятельности".

c) Дата, по состоянию на которую следует определять наличие предприятия

116А. Как отмечалось выше, в Типовом законе не указан момент, по состоянию на который следует определять центр основных интересов должника. То же самое касается и определения наличия предприятия. В пересмотренном варианте Руководства по принятию и толкованию наличие у должника предприятия рекомендуется определять на дату открытия иностранного производства.

D. Судебная помощь

1. Вступительные замечания

117–120. [...]

121. Для того чтобы определить, был ли в принимающем государстве исключен или изменен какой-либо из видов судебной помощи (предоставляемой автоматически или по усмотрению суда), предусмотренных в Типовом законе, следует изучить конкретные законодательные акты, вводящие Типовой закон в действие⁵¹. После определения тех мер судебной

⁵¹ Государства, которые приняли законодательство на основе Типового закона, использовали различные подходы. Так, в Соединенных Штатах сфера действия автоматического моратория является более широкой (в целях обеспечения соответствия с главой 11 Кодекса о банкротстве). В Мексике мораторий не распространяется на подачу индивидуальных

помощи, которая может быть оказана, запрашиваемый суд может, по своему усмотрению, в дополнение к помощи, автоматически предоставляемой в результате признания "основного" производства, определить условия любого требуемого в соответствующем деле содействия. В решении по делу *Bear Stearns* сказано о необходимости четко разграничивать вопросы судебной помощи и признания. Данное разграничение проводится и в решении по делу *Atlas Shipping*, в котором американский суд определил, что после того, как суд признает основное иностранное производство, он в соответствии с главой 15 Кодекса США о банкротстве может по собственному усмотрению определить наиболее подходящую форму помощи в соответствии с принципами международной вежливости⁵². Тот же принцип соблюден и в решении по делу *Metcalfe & Mansfield*, в рамках которого американскому суду было направлено ходатайство о приведении в исполнение нескольких постановлений канадского суда об оказании судебной помощи, выходящей за рамки законодательства США. Суд отметил, что в соответствии с принципами международной вежливости вовсе не требуется, чтобы судебная помощь, предоставляемая в рамках иностранного производства, была идентичной судебной помощи, которая может быть предоставлена в Соединенных Штатах. Ключевым определяющим фактором являлось то, отвечали ли процессуальные действия, предпринятые в ходе иностранного производства, стандартам справедливости, действующим в Соединенных Штатах; суд постановил, что процессуальные действия канадского суда соответствовали этим стандартам⁵³.

2. Временная помощь⁵⁴

122–124. [...]

125. Добавить следующие предложения в сноску: "В рамках того же дела было подано еще одно ходатайство о временной помощи, требовавшейся для проведения допроса ряда лиц с целью определения прав собственности на имущество, изъятое во время обыска. Суд отказался удовлетворить это ходатайство на том основании, что требуемая судебная помощь не была срочно необходимой, как того требует пункт 1 статьи 19 Типового закона. Суд счел, что, поскольку имущество, о принадлежности которого шла речь, уже конфисковано, а вопрос о праве собственности на него приобретет значение только после того, как будет принято решение о признании иностранного производства, в соответствующем постановлении не было необходимости".

126–129. [...]

129А. Вопрос о надлежащей защите кредиторов рассматривался в рамках ряда судебных дел. В рамках дела *Sivec* должник добился признания начатого в Италии реорганизационного производства в качестве основного иностранного

исков, а только на приведение в исполнение судебных решений. В Японии и Республике Корея предусматриваемая после признания судебная помощь предоставляется по усмотрению суда с учетом обстоятельств конкретных дел, а не автоматически, как это предусматривается в Типовом законе.

⁵² *Atlas Shipping*, с. 78.

⁵³ *Metcalfe & Mansfield*, стр. 697–698.

⁵⁴ Нижеследующее резюме в значительной мере основывается на Руководстве по принятию (пункты 135–140).

производства и изменения условий автоматического моратория для обеспечения возможности рассмотрения в Соединенных Штатах двух исков, по которым можно было теоретически произвести взаимозачет требований. По итогам состоявшегося в Соединенных Штатах разбирательства один из американских кредиторов ходатайствовал об отмене моратория для обеспечения возможности зачета обоих судебных решений. Итальянский же должник требовал признать итальянское производство, в случае чего американский кредитор лишился бы возможности добиться взаимозачета. Американский суд отказался признавать итальянское производство на основании принципов международной вежливости, так как итальянский должник "не предоставил сведений о применимом итальянском законодательстве и ходе разбирательства по начатому в Италии делу о банкротстве и не представил достаточных доказательств в своем ходатайстве о признании итальянского производства на основании принципов международной вежливости". Суд с особым беспокойством отметил, что американский кредитор недостаточно информировался о ходе производства и что в ходе производства были нарушены основные нормы отправления правосудия и не была обеспечена надлежащая защита интересов американского кредитора⁵⁵.

129В. В решении по делу *SNP Boat Service* понятие "надлежащая защита" толкуется более узко. В рамках данного дела канадский кредитор опротестовал ходатайство должника, против которого во Франции было начато производство по делу о несостоятельности, о переводе активов из Соединенных Штатов во Францию, на том основании, что его интересы не будут "достаточно защищены" в рамках ведущегося во Франции производства. При рассмотрении дела в апелляционной инстанции американский суд провел различие между судебной помощью, оказываемой на основании пункта 2 статьи 21, и помощью, оказываемой на основании пункта 1 статьи 22 Типового закона, который содержит более общее положение о том, что суд может предоставлять судебную помощь согласно статье 19 или 21 только при том условии, что "интересы кредиторов и других заинтересованных лиц, включая должника, надлежащим образом защищены"⁵⁶. Хотя заявивший протест кредитор был из Канады, суд счел, что это обстоятельство не мешает ему убедиться в том, что интересы всех иностранных кредиторов в целом будут надлежащим образом защищены, до передачи имущества под иностранную юрисдикцию, однако отверг возможность изучения вопроса о том, какое отношение будет проявлено во Франции к конкретному кредитору⁵⁷.

⁵⁵ *Sivec*, стр. 324–326.

⁵⁶ *SNP Boat Service*, с. 11.

⁵⁷ В рамках другого рассматривавшегося в Соединенных Штатах дела, *In re Lee* [472 В.Р. 156 (Bankr. D. Mass. 2012)], иностранный представитель должников из Гонконга ходатайствовал о передаче ему во владение и под контроль имущества, принадлежащего должникам в Соединенных Штатах, на том основании, что согласно гонконгскому законодательству он обязан вступить во владение имуществом и что он является рационально действующим лицом, в обязанности которого входит защищать и максимизировать стоимость имущества и соблюдать все применимые ограничения на перевод средств. Американский суд счел, что иностранный представитель представил необходимые доказательства того, что интересы кредиторов и должника будут достаточно

3. Автоматическое предоставление судебной помощи после признания основного производства⁵⁸

130–133. [...]

134. [...] Добавить следующую сноску в конец пункта: "В решении по делу *JSC BTA Bank* [434 BR 334 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)] американский суд определил, что автоматический мораторий [подлежащий введению согласно Кодексу США о банкротстве] распространяется только на то производство, которое может затронуть имущество должника, находящееся в Соединенных Штатах. Проведение арбитражного разбирательства в Швейцарии после открытия производства согласно главе 15 Кодекса о банкротстве не является нарушением автоматического моратория, если законодательство страны, являющейся центром основных интересов должника, не устанавливает моратория на арбитражное разбирательство и если должник участвует в таком разбирательстве без явных возражений. Автоматический мораторий не распространяется также на иски, касающиеся нарушений договора иностранным должником или связанными с ним третьими сторонами, не являющимися должниками, после признания иностранного производства".

135. [...]

136. [...] Добавить следующую сноску: "Законодательство Соединенных Штатов, например, предусматривает исключение для государственных структур, осуществляющих регулирующие или надзорные функции. В рамках дела *In re Nortel Networks Corp.* [669 F.3d 128 (3d Cir. 2011)] орган, регулирующий вопросы пенсионного обеспечения в Соединенном Королевстве, подал ходатайство об открытии производства в связи с недофинансированием британского пенсионного фонда Nortel и в соответствии с британским законодательством направил соответствующие извещения филиалам фонда Nortel в Соединенных Штатах и Канаде, в отношении которых уже были открыты коллективные и параллельные дела о банкротстве. Американские суды сочли, что, поскольку британский регулирующий орган выступал в качестве доверительного управляющего от имени частных кредиторов и преследовал материальные цели, а не цели защиты государственной безопасности и благополучия, предложенные им меры будут являться нарушением автоматического моратория".

137. [...]

4. Судебная помощь, предоставляемая после признания⁵⁹

а) Положения Типового закона

138–143. [...]

144. В конце первого предложения добавить ссылку на пункты 129–129С.

защищены в случае передачи прав владения, в то время как кредиторы "не представили доказательств отсутствия надлежащей защиты".

⁵⁸ Нижеследующее резюме в значительной степени основывается на Руководстве по принятию и толкованию (пункты 141–153).

⁵⁹ В настоящем резюме в значительной мере воспроизводится текст пунктов 154–160 Руководства по принятию и толкованию.

145. [...]

146. По рассмотрении второй апелляционной жалобы Верховный суд отменил решение апелляционного суда, определив, что исполнение судебных решений регулируется обычными нормами международного частного права, в силу которых они не могут быть приведены в исполнение, так как на ответчиков не распространяется юрисдикция иностранного суда⁶⁰. Суд также отметил, что в Типовом законе не сказано о том, что он регулирует порядок признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений в отношении третьих сторон.

b) Подходы к решению вопросов, связанных с дискреционной судебной помощью

147–149. [...]

149А. В качестве другого примера можно привести решение американского апелляционного суда по делу *In re Vitro*, в котором изложен алгоритм рассмотрения просьб об оказании судебной помощи на основании статей 7 и 21, согласно которому суд должен сначала определить, относится ли судебная помощь, о которой ходатайствует иностранный представитель, к одной из категорий, перечисленных в статье 21. Если нет, то суду следует решить, может ли запрашиваемая помощь считаться "надлежащей судебной помощью" согласно пункту 1 статьи 21, а для этого – рассмотреть вопрос о том, оказывалась ли запрашиваемая судебная помощь раньше на основании законодательства, применявшегося до введения в действие главы 15, и может ли такая помощь быть предоставлена на основании других положений законодательства США. В-третьих, если запрашиваемая помощь выходит за рамки помощи, предусмотренной ранее действовавшим или ныне действующим законодательством Соединенных Штатов, то может быть применена "универсальная" статья 7, которая допускает оказание "чрезвычайной" помощи, не предусмотренной ни частными, ни общими положениями статьи 21⁶¹. По мнению суда, такой алгоритм позволит не допустить того, чтобы суды ограничивали оказание помощи на основании статьи 7 теми же условиями, которые предусмотрены для оказания помощи согласно статье 21, если только такие условия не применимы в конкретных обстоятельствах, а также позволит избежать подачи "всеобъемлющих ходатайств" на основании статьи 7 и не допустить "преждевременного расширения сферы действия главы 15 за рамки действующего международного законодательства"⁶².

149В. Применяв этот алгоритм к имеющимся фактам, суд подтвердил решение нижестоящего суда, отказавшего иностранному представителю в исполнении

⁶⁰ Решение Верховного суда Соединенного Королевства по делу *Rubin* было принято одновременно с решением по апелляции по делу *New Cap Reinsurance Corp Ltd & Anor V Grant and others* [2012] UKSC 46. В этом решении Верховный суд определил, что иностранное судебное решение может быть приведено в исполнение, поскольку компания *New Cap* признала юрисдикцию иностранного суда, представив доказательства задолженности в рамках иностранного производства по делу о несостоятельности.

⁶¹ *Vitro*, пункт 19.

⁶² *Vitro*, пункт 20.

постановления об утверждении плана реорганизации, предусматривавшего изменение и фактическую отмену обязательств дочерних компаний мексиканского должника, которые выступали поручителями по векселям, выданным должником, однако сами не подавали ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности. В первую очередь суд определил, что пункты 1 и 2 статьи 21 не предусматривают освобождения от обязательств поручителей, не являющихся должниками в рамках производства по делу о несостоятельности. Затем суд определил, что общие положения о судебной помощи, содержащиеся в пункте 1 статьи 21, не предусматривают оказания запрашиваемого вида помощи, так как одностороннее освобождение от обязательств третьих сторон, не являющихся должниками, в рамках процедуры банкротства "в целом не предусмотрено" американским законодательством и "прямо запрещено" данным судом⁶³. Обратившись к статье 7, суд отметил, что подобное освобождение от обязательств иногда предоставляется другими судами, и поэтому данный вид судебной помощи полностью не исключен статьей 7. Несмотря на это, суд заключил, что, поскольку компания *Vitro* не представила доказательств, которые свидетельствовали бы о наличии чрезвычайных обстоятельств, оправдывающих освобождение третьих сторон от обязательств согласно законодательству тех судов, которые допускают возможность такого освобождения, то нижестоящий суд не злоупотребил своими дискреционными полномочиями и правомерно отказал в предоставлении помощи на основании статьи 7⁶⁴.

с) Судебная помощь в делах, связанных с подозрительными предшествующими сделками

150–153. [...]

Е. Сотрудничество и координация

1. Вступительные замечания

154–156. [...]

157. Согласно данным статьям решение относительно уместности и способов сотрудничества оставляется на усмотрение судов и, при условии контроля со стороны судов, управляющих в делах о несостоятельности. Типовой закон ЮНСИТРАЛ не требует наличия заблаговременно принятого официального решения о признании иностранного производства для того, чтобы суд (либо лицо или органы, о которых говорится в статьях 25 и 26) вступил в сотрудничество с иностранным судом или иностранным представителем

⁶³ *Vitro*, пункт 22.

⁶⁴ Решение не признавать постановление об освобождении третьих сторон от обязательств в рамках дела *Vitro* принципиально отличается от решения, принятого по делу *Metcalfe & Mansfield*, в рамках которого аналогичное постановление было признано. В этом случае американский суд счел, что канадский суд одобрил решение об освобождении третьих сторон от обязательств с учетом особых обстоятельств, которые согласуются с узким толкованием статьи 7, принятым в судах США. Исходя из этого, американский суд заключил, что постановление, вынесенное в рамках иностранного производства, подлежит исполнению.

в связи с таким иностранным производством. Таким образом, сотрудничество может осуществляться уже на ранней стадии и до подачи ходатайства о признании. Поскольку статьи, включенные в главу 4, применимы только к случаям, о которых говорится в статье 1, сотрудничество может осуществляться не только в связи с ходатайствами об оказании помощи в принимающем Типовой закон государстве, но и в связи с ходатайствами об оказании помощи, поданными этим государством в других местах (см. также статью 5). Кроме того, сотрудничество не ограничивается иностранным производством по смыслу подпункта (а) статьи 2, которое отвечает требованиям в отношении признания в соответствии со статьей 17 (т. е. является основным или неосновным производством), и, таким образом, может осуществляться в связи с производством, возбужденным на основании наличия активов.

158. [...]

2. Сотрудничество

159. [...]

160. [...]

а) [...]

б) Добавить следующие предложения в сноску после слов "заблаговременные уведомления": "В решении по делу *Chow Cho Poon* отмечается, что согласие на сотрудничество должно быть явно выражено всеми участвующими в производстве судами и что один суд не может сотрудничать с другим судом без его ведома. В решении также отмечается, что согласно статье 27 Типового закона сотрудничество может быть начато либо путем направления соответствующей просьбы одним судом другому, либо путем подписания согласованного плана (пункт 56)".

с)–е) [...]

161–165. [...]

165A. Другим примером сотрудничества между судами может служить принятие мер с целью ограничения действия судебных решений, когда те противоречат решениям судов других государств. В рамках дела *Perpetual Trustee Company Ltd v Lehman Bros. Special Financing Inc.*⁶⁵ английский суд после получения нескольких просьб направил суду Соединенных Штатов ответ, в котором разъяснились меры и решения, принятые в Англии, и предложил судье в Соединенных Штатах не выносить официальных приказов, которые могли в тот момент вступить в коллизию с постановлениями,

⁶⁵ [2009] EWHC 2953 пункты 12–23. В решении Верховного суда Англии по делу *Belmont Park Investments Pty Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.* ([2011] UKSC 38) подводится итог переписки между английским и американским судами (п. 33): "В результате обмена сообщениями между Высоким судом Англии и Судом по делам о банкротстве штата Нью-Йорк была достигнута договоренность о том, что во избежание возможных противоречий между решениями обоих судов судебная помощь будет ограничиваться декларативными заявлениями: *Perpetual Trustee Co. Ltd v BNY Corporate Trustee Services Ltd.* [2010 2 BCLC 237]; *In re Lehman Bros Holdings Inc* (2010) 422 BR 407 (Bankr. SDNY)".

принятыми в Англии⁶⁶. Сознавая, что его решение вступит в прямую коллизию с решением английского суда, американский суд изложил свое видение закона, однако не потребовал от сторон незамедлительно с ним соглашаться. Возникшая коллизия была обсуждена судами, но так и не была разрешена, хотя впоследствии и была частично урегулирована в рамках американского производства.

166. Другим примером сотрудничества является обмен корреспонденцией, содержащей просьбы о помощи от одного из судов, участвующих в производстве, или ответы на такие просьбы. В рамках дела *In re Lehman Brothers Australia Limited*⁶⁷ суд рассмотрел вопрос о том, каким образом решения, принятые судами Соединенных Штатов и Соединенного Королевства в отношении местных отделений компании *Lehman Brothers*, влияют на законные обязанности ликвидаторов австралийского филиала компании, а также просьбу ликвидаторов о том, чтобы австралийский суд связался с американским судом. В тот момент австралийский суд отказался выполнить эту просьбу на том основании, что обращение с просьбой о сотрудничестве может упредить решение американского суда по некоторым вопросам и тем самым нарушить правила международной вежливости, основанные на принципах обычной учтивости и взаимного уважения, и быть расценено американским судьей как неоправданное вмешательство в его работу, а также ввиду того, что ходатайство было подано в одностороннем порядке без учета мнения остальных заинтересованных сторон, а сотрудничество между австралийскими и зарубежными судами обычно осуществляется на основании договоренностей или протокольных соглашений, которые должны быть предварительно одобрены судом и быть доведены до сведения всех участников производства по делу. Вместе с тем судья согласился, что американского судью, возможно, следует уведомить о поступившем ходатайстве и спросить о возможности заключения протокола для облегчения будущего взаимодействия. К решению австралийского суда был приложен проект письма, предназначенного для направления в американский суд.

167–170. [...]

3. Координация

171–187. [...]

⁶⁶ *Perpetual Trustee*, pp. 41–50.

⁶⁷ *Parbery; in the matter of Lehman Brothers Australia Limited (in liq)* [2011] FCA 1449 [ППТЮ, дело № 1215].

Приложение I

Резюме дел

- | | | |
|-----|--|---|
| 1. | <i>In re ABC Learning Centres Limited</i> | 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010)
[ППТЮ, дело № 1210] |
| 2. | <i>Ashapura Minechem Ltd</i> | 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012) |
| 3. | <i>In re Atlas Shipping A/S</i> | 404 B.R. 726 (Bankr. S.D.N.Y. 2009) |
| 4. | <i>In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd</i> | 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008)
[ППТЮ, дела № 760, № 794] |
| 5. | <i>In re Betcorp Ltd (in liquidation)</i> | 400 B.R. 266 (Bankr. D. Nev. 2009)
[ППТЮ, дело № 927] |
| 6. | <i>In re British American Ins. Co. Ltd</i> | 425 B.R. 884 (Bankr. S.D.Fla. 2010)
[ППТЮ, дело № 1005] |
| 7. | <i>Re Chow Cho Poon (Private) Limited</i> | (2011) NSWSC 300 (15 April 2011)
[ППТЮ, дело № 1218] |
| 8. | <i>Re Cinram International Inc</i> | 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[ППТЮ, дело №. ...] |
| 9. | <i>In re Ephedra Products Liability Litigation</i> | 349 B.R. 333 (S.D.N.Y. 2006)
[ППТЮ, дело № 765] |
| 10. | <i>Re Eurofood IFSC Ltd</i> | [2006] Ch 508 (ECJ) |
| 11. | <i>In re Fairfield Sentry Ltd</i> | 2011 WL 4357241 |
| 12. | <i>Fogarty v Petroquest Resources Inc. (In re Condor Ins. Ltd)</i> | 601 F.3d 319, (5th Cir. 2010)
[ППТЮ, дела № 928, № 1006] |
| 13. | <i>Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum</i> | (2012) FCA 904
[ППТЮ, дело № 1214] |
| 14. | <i>In re Gerova Financial Group, Ltd.</i> | 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012) |
| 15. | <i>In re Gold & Honey, Ltd</i> | 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009)
[ППТЮ, дело № 1008] |
| 16. | <i>Re HIH Casualty and General Insurance Ltd</i>

<i>McGrath v Riddle</i> | [2005] EWHC 2125; первая
апелляция [2006] EWCA Civ 732;

вторая апелляция [2008] UKHL 21 |
| 17. | <i>Interdil, Srl</i> | [2011] EUECJ C-396/09,
[2012] Bus LR 1582 |
| 18. | <i>Re Lightsquared LP</i> | 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[ППТЮ, дело № 1204] |

- | | | |
|-----|--|---|
| 19. | <i>Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.</i> | 2011 ONSC 4201 (Ont. SCJ
[Commercial List])
[ППТЮ, дело № 1206] |
| 20. | <i>In re Metcalfe & Mansfield Alternative Investment</i> | 421 BR 685 (Bankr. S.D.N.Y. 2010)
[ППТЮ, дело № 1007] |
| 21. | <i>Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al</i> | District Ct 11 Civ. 7865 June 2012 |
| 22. | <i>In re Ran</i> | 607 F.3d. 1017 (5th Cir. 2010)
[ППТЮ, дело № 929] |
| 23. | <i>Rubin v Eurofinance SA</i> | [2012] UKSC 46 |
| 24. | <i>In re Sivec Srl, as successor in liquidation to Sirz Srl</i> | 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla
2012) |
| 25. | <i>SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James</i> | 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012) |
| 26. | <i>Stanford International Bank Ltd</i> | [2010] EWCA Civ. 137
[ППТЮ, дело № 1003] |
| 27. | <i>Think3</i> | Дело № 1757 (2012 год) Апелляция
на решение об отклонении
ходатайства о признании
иностранного производства,
оказании судебной помощи и
признании приказа о назначении
управляющего (решения № 3 и
№ 5 окружного суда первой
инстанции г. Токио от 2011 года) |
| 28. | <i>In re Juergen Toft</i> | 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011)
[ППТЮ, дело № 1209] |
| 29. | <i>In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.</i> | 2012 WL 5935630
(5th Cir. 28 Nov 2012) |
| 30. | <i>Williams v Simpson</i> | [2011] B.P.I.R. 938 (High Court of
New Zealand, Hamilton,
17 September 2010); |
| | <i>Williams v Simpson (no. 5)</i> | High Court of New Zealand,
Hamilton, 12 October 2010 |

1. *In re ABC Learning Centres Limited*⁶⁸

Должником являлась австралийская материнская компания, владевшая детскими дошкольными учреждениями в Австралии, Новой Зеландии, Соединенном Королевстве, Канаде и Соединенных Штатах и имевшая в этих странах 38 филиалов. В ноябре 2008 года ввиду надвигающейся несостоятельности правление компании-должника и ее 38 филиалов решило

⁶⁸ 445 B.R. 318 (Bankr. D. Del 2010) [ППТЮ, дело № 1210].

добровольно начать в Австралии процедуру внешнего управления, в рамках которой были назначены управляющие. Добровольное введение внешнего управления противоречило условиям некоторых кредитных соглашений, в связи с чем кредиторы, воспользовавшись правом, предоставленным им как обеспеченным кредиторам согласно австралийскому закону о корпорациях, назначили собственных управляющих для представления своих интересов и открытия конкурсного производства. В июне 2010 года кредиторы решили ликвидировать компанию и назначили управляющих в качестве ликвидаторов. Параллельно с ликвидацией продолжалось и конкурсное производство. В 2008 и 2009 годах в Соединенных Штатах в отношении некоторых из компаний-должников было начато судебное разбирательство. В 2010 году ликвидаторы обратились в американский суд с ходатайством о признании ликвидационного производства в качестве основного иностранного производства. Определив, что ликвидационное производство является "иностранное производство" по смыслу главы 15, американский суд согласился признать его в качестве основного.

2. *Ashapura Minechem Ltd*⁶⁹

В октябре 2011 года иностранный представитель должника – горнодобывающей промышленной компании со штаб-квартирой в Мумбае – подал ходатайство о признании в Соединенных Штатах производства, начатого в Индии в Совете по промышленному и финансовому восстановлению – специальном органе, уполномоченном выполнять функции административного суда согласно Закону о неблагополучных промышленных предприятиях (Закон о специальных условиях) 1985 года. Американский суд счел, что, хотя соответствующий закон не предусматривает формального механизма участия необеспеченных кредиторов, на практике те могут участвовать в производстве и поэтому его можно считать коллективным по смыслу § 101(23) титула 11 Свода законов США [статья 2 ТЗТН]. Несмотря на то что ряд кредиторов заявили о необходимости сделать исключение на основании публичного порядка, суд счел, что они не привели достаточных доводов для отказа в удовлетворении ходатайства на этом основании.

4. *In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*⁷⁰

Добавить следующее предложение в конец пункта: "Это решение было подтверждено в апелляционной инстанции".

7. *Re Chow Cho Poon (Private) Limited*⁷¹

В 2007 году Высокий суд Сингапура принял решение о ликвидации сингапурской компании *Chow Cho Poon* по соображениям справедливости (решение суда не было связано с несостоятельностью должника). Обнаружив, что у компании имеются банковские активы в Австралии, назначенный сингапурским судом ликвидатор направил несколько запросов в соответствующий австралийский банк, который отказался их выполнять до тех

⁶⁹ 480 B.R. 129 (S.D.N.Y. 2012).

⁷⁰ 389 B.R. 325 (S.D.N.Y. 2008) [ППТЮ, дела № 760 и № 794].

⁷¹ (2011) NSWSC 300 (15 April 2011) [ППТЮ, дело № 1218].

пор, пока решение о назначении ликвидатора не будет признано австралийским судом. Хотя ходатайство о признании было подано на основании иного законодательства, суд рассмотрел вопрос о влиянии соответствующих положений на положения Закона о трансграничной несостоятельности 2008 года [вводящего в действие Типовой закон в Австралии]. Суд, в частности, рассмотрел вопрос о том, является ли начатое в Сингапуре производство иностранным производством по смыслу статьи 2 Типового закона. Суд определил, что ликвидатор являлся иностранным представителем по смыслу статьи 2 и что ликвидационное производство являлось судебным производством, в рамках которого активы компании подлежали контролю или надзору со стороны иностранного суда. Оставалось рассмотреть два вопроса: являлась ли компания *Chow Cho Poon* должником и проводилось ли начатое в отношении нее производство в соответствии с "законодательным актом, касающимся несостоятельности". Суд отметил, что, хотя интуитивно он ответил бы на оба вопроса отрицательно, изучив решения английских (*Stanford International Bank Ltd*) и американских (*Betcorp* and *ABC Learning*) судов, он склонен заключить, что имеются явные основания для того, чтобы рассматривать "сингапурский Закон о компаниях в целом, или по крайней мере его положения о ликвидации, в качестве "законодательного акта, касающегося несостоятельности", даже несмотря на то, что в данном конкретном случае решение о начале ликвидации было принято исключительно из соображений справедливости и при этом не было установлено фактов, прямо или косвенно свидетельствующих о несостоятельности". Относительно второго вопроса суд отметил, что ни в одном из рассмотренных решений отдельно не рассматривается вопрос о том, можно ли применить к ликвидируемой компании термин "должник", и что при вынесении этих решений каждый из судов, по-видимому, исходил из того, что компания, в отношении которой ведется "иностранное производство", уже в силу этого обстоятельства подпадает под понятие "должника".

8. *Re Cinram International Inc*⁷²

Предпринимательская группа *Cinram* занималась тиражированием и сбытом компакт- и DVD-дисков в Северной Америке и Европе. Столкнувшись с финансовыми трудностями, несколько зарегистрированных в Канаде членов группы начали там судебное производство, обратившись в суд с просьбой об оказании помощи в осуществлении различных мер по реструктуризации, а также о предоставлении одной из компаний-должников права выступать в качестве иностранного представителя с целью добиться признания канадского производства в Соединенных Штатах. Помимо канадских компаний в группу входили также компании из Соединенных Штатов и Европы, однако они в производстве не участвовали. Участники канадского производства утверждали, что центром основных интересов группы является Канада, в подтверждение чего они представили множество доказательств. Суд открыл производство и предоставил требуемую помощь. Касаясь вопроса о центре основных интересов, суд в своем решении изложил доказательства, представленные канадскими должниками, заметив, что эти сведения приводятся исключительно в информационных целях. Суд отметил, что он прекрасно осознает, что

⁷² 2012 ONSC 3767 (Ont. SCJ [Commercial List]).

определение центра основных интересов и решение вопроса о том, является ли открытое в Канаде производство "основным иностранным производством" по смыслу главы 15 Кодекса США о банкротстве, входит в функции запрашиваемого суда – в данном случае Суда по делам о банкротстве округа Делавэр.

11. *In re Fairfield Sentry Ltd*⁷³

Добавить в конец пункта следующее предложение: "Это решение было подтверждено в апелляционной инстанции окружным судом и в настоящее время находится на обжаловании в следующей инстанции".

13. *Gainsford, in the matter of Tannenbaum v Tannenbaum*⁷⁴

Представители производства по делу о несостоятельности, возбужденного в ЮАР в отношении гражданина этой страны по фамилии Таненбаум, с 2007 года проживающего в Австралии, обратились в австралийский суд с ходатайством о признании открытого в ЮАР производства и нескольких постановлений южноафриканского суда, касавшихся проверки финансового состояния должника и его жены, а также ряда других лиц. Суд изучил вопрос о том, где находится обычное место жительства должника по смыслу подпункта (а) пункта 2 статьи 17 и пункта 3 статьи 16 Закона о трансграничной несостоятельности [подпункт (а) пункта 2 статьи 17 и пункт 3 статьи 16 ТЗГН], сославшись при этом на решение по делу *Williams v Simpson* (см. ниже) и толкование соответствующего термина, используемого в Гаагской конвенции о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей от 25 октября 1980 года. При этом он отметил два момента. Во-первых, применение понятия "обычное место жительства" позволяет принимать во внимание самые разнообразные факторы при рассмотрении вопроса о том, что считать местом жительства соответствующего лица и можно ли считать это место жительства обычным. Во-вторых, значение отдельных обстоятельств, таких как давность связей с определенным местом жительства, нередко зависит от таких факторов, как прежние и нынешние намерения соответствующего лица. Поскольку гр. Таненбаум намеренно решил покинуть ЮАР в 2007 году и с тех пор работал и жил в Австралии, ставшей его обычным местом жительства, тот факт, что должник сохранил гражданство ЮАР и не предпринял никаких шагов для своего включения в список избирателей в Австралии, не имел определяющего значения. Поскольку должник не проживал в ЮАР на постоянной основе и не имел там предприятия, возбужденное там производство нельзя было признать ни в качестве основного, ни в качестве неосновного иностранного производства. Судебная помощь была предоставлена на основании другого применимого законодательства.

⁷³ 2011 WL 4357241 (S.D.N.Y., 16 Sept. 2012).

⁷⁴ (2012) FCA 904 [ППТЮ, дело № 1214].

14. Gerova Financial Group, Ltd⁷⁵

В финансовую группу Gerova входили две организации, зарегистрированные на Бермудских островах. После того как эксперт по ценным бумагам опубликовал доклад, в котором утверждалось, что Gerova в действительности является финансовой пирамидой, она была привлечена к суду в Соединенных Штатах и к маю 2011 года полностью прекратила деятельность. В октябре 2011 года три кредитора подали ходатайство об открытии на Бермудских островах производства по делу о несостоятельности группы. Производство было приостановлено по просьбе Gerova, которой удалось удовлетворить требования первых двух кредиторов и успешно оспорить требования третьего. Вместо них в дело вступил четвертый кредитор, который подал новое ходатайство. Суд не стал отклонять это ходатайство или откладывать его рассмотрение, однако предоставил компании Gerova возможность выплатить четвертому кредитору всю сумму задолженности. Поскольку этого сделано не было, суд постановил открыть производство по делу о несостоятельности в отношении обоих членов группы в июле и августе 2012 года. Ликвидаторы подали ходатайство о признании открытого на Бермудских островах производства в Соединенных Штатах; на момент подачи ходатайства июльское постановление бермудского суда находилось на обжаловании. Против признания производства в Соединенных Штатах выступили несколько кредиторов, которые утверждали: а) что производство является бесперспективным, в том числе потому, что против него возражает значительное число кредиторов, б) что постановление об открытии производства находится на обжаловании и с) что по этим причинам в признании должно быть отказано на основании оговорки о публичном порядке, содержащейся в § 1506 титула 11 Свода законов США [статья 6 ТЗТН]. Суд определил, что открытое на Бермудских островах производство является основным иностранным производством; что в § 1507 Кодекса о банкротстве [статья 7 ТЗТН] ничего не сказано о том, что для признания иностранного производства необходимо проводить анализ его экономической эффективности или получать согласие большинства кредиторов; что решение о целесообразности открытия производства должен принимать бермудский суд, а запрашиваемый суд не вправе требовать пересмотра этого решения в качестве условия для признания; что из § 1517 [статья 17 ТЗТН] не следует, что решение бермудского суда должно быть окончательным и не должно подлежать обжалованию; что постановления бермудского суда вполне достаточно для того, чтобы ликвидаторы приступили к своим обязанностям, и что они, согласно § 1518 [статья 18 ТЗТН], будут обязаны проинформировать американский суд в случае отмены этого постановления по апелляции и что в рамках данного дела не было допущено никаких принципиальных нарушений, которые могли бы дать основание для применения оговорки о публичном порядке.

⁷⁵ 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012).

15. *In re Gold & Honey, Ltd*⁷⁶

В июле 2008 года в Израиле по ходатайству основного кредитора в отношении должника была начата процедура внешнего управления, однако в силу ряда обстоятельств в назначении внешнего управляющего было отказано израильским судом. В сентябре 2008 года в Соединенных Штатах была начата процедура реорганизации должника, о которой было сообщено основному кредитору. Несмотря на начало производства в Соединенных Штатах и автоматическое вступление в силу моратория на любые другие процессуальные действия, основной кредитор продолжал добиваться назначения внешнего управляющего в израильском суде, утверждая, что мораторий не распространяется на его требования и не мешает назначению внешнего управляющего. В октябре 2008 года американский суд по ходатайству должника и по итогам слушаний, на которых присутствовал представитель основного кредитора, определил, что автоматический мораторий распространяется на все имущество должника, где бы и у кого бы оно ни находилось. Хотя суд не стал рассматривать вопрос о том, распространяется ли мораторий на начатую в Израиле процедуру внешнего управления и полномочен ли он принимать решения в отношении основного кредитора, он тем не менее предупредил основного кредитора, что если тот решит продолжать в Израиле процедуру внешнего управления, то будет действовать на свой страх и риск. Основной кредитор продолжил процедуру, и в октябре 2008 года израильский суд признал себя компетентным рассматривать дело и в ноябре того же года назначил управляющих для ликвидации имущества должника в Израиле, несмотря на открытие производства в Соединенных Штатах и введение моратория на процессуальные действия в отношении имущества должника во всем мире. В начале января 2009 года основной кредитор обратился в американский суд с ходатайством об отмене моратория в отношении начатой в Израиле процедуры внешнего управления либо прекращении производства по делу о несостоятельности в Соединенных Штатах. В конце января 2009 года управляющие из Израиля подали ходатайство о признании израильского производства в Нью-Йорке в целях перевода активов, находящихся в Нью-Йорке, в Израиль для приобщения к израильскому производству. Американский суд отказал в признании на следующих основаниях: а) израильские представители не смогли доказать, что израильское производство носит коллективный характер и что активы и деловые операции должника подлежат контролю или надзору со стороны иностранного суда согласно определению, содержащемуся в § 101 (23) титула 11 Свода законов США [подпункт (а) статьи 2 Типового закона]; б) израильские представители были назначены в нарушение требования об автоматическом приостановлении процессуальных действий; в) обстоятельства дела оправдывали применение исключения на основании публичного порядка согласно § 1506 титула 11 Свода законов США [статья 6 ТЗТН].

⁷⁶ 410 B.R. 357 (Bankr. E.D.N.Y. 2009) [ППТЮ, дело № 1008].

17. *Interedil, Srl*⁷⁷

Компания *Interedil* была зарегистрирована в Италии до июля 2001 года, а затем перевела зарегистрированную контору в Соединенное Королевство, была исключена из реестра компаний в Италии и занесена в реестр компаний в Соединенном Королевстве. В момент перевода зарегистрированной конторы компания *Interedil* была куплена британской группой *Canopus*, а через несколько месяцев ее права на имущество в Италии в рамках той же сделки перешли к еще одной британской компании. В 2002 году компания *Interedil* была исключена из реестра компаний Соединенного Королевства. В октябре 2003 года компания *Intesa* обратилась в суд г. Бари (Италия) с ходатайством об открытии в отношении компании *Interedil* производства по делу о несостоятельности. *Interedil* опротестовала это ходатайство на том основании, что компетенцией на рассмотрение дела обладали только британские суды, и обратилась в вышестоящий итальянский суд с ходатайством о вынесении определения о подсудности. Не дожидаясь вынесения соответствующего определения, суд г. Бари в мае 2004 года открыл производство. В июне 2004 года компания *Interedil* подала апелляцию на это решение. В мае 2005 года вышестоящий итальянский суд вынес решение по первому ходатайству, в котором он определил, что суд г. Бари обладал компетенцией на рассмотрение дела, так как в данном случае презумпция местонахождения центра основных интересов должника по месту нахождения зарегистрированной конторы могла быть опровергнута в силу таких обстоятельств, как наличие у должника недвижимого имущества в Италии, договора аренды двух гостиниц и договора с итальянским банком, а также в силу того факта, что итальянский реестр компаний не был уведомлен о переводе зарегистрированной конторы в другую страну. Суд г. Бари обратился в Европейский суд с просьбой о вынесении предварительных решений по ряду вопросов. Относительно опровержения презумпции о нахождении центра основных интересов по месту нахождения зарегистрированной конторы Европейский суд отметил, что при определении центра основных интересов должника следует придавать больше значения месту нахождения центральной администрации, которое должно поддаваться определению на основе объективных факторов, поддающихся установлению третьими сторонами. Если управление компанией, включая принятие управленческих решений и осуществление надзорных функций, происходит по месту нахождения зарегистрированной конторы, то данную презумпцию опровергнуть нельзя. Если же центральная администрация и зарегистрированная контора находятся в разных местах, то факторов, упомянутых в рамках данного дела, будет достаточно для опровержения данной презумпции только в том случае, если их всесторонняя оценка позволяет установить (в том числе третьим сторонам), что фактическое управление и надзор за деятельностью компании осуществляются из другого места. Суд также отметил, что в случае перевода зарегистрированной конторы компании в другое место до подачи ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности центром основных интересов будет считаться место нахождения новой зарегистрированной конторы.

⁷⁷ [2011] EUECJ C-396/09, [2012] Bus LR 1582.

18. *Re Lightsquared LP*⁷⁸

Должником являлись компания Lightsquared и двадцать ее дочерних компаний, шестнадцать из которых были зарегистрированы и имели штаб-квартиры в Соединенных Штатах, три – в различных провинциях Канады, и одна – на Бермудских островах. Каждая из компаний начала процедуру добровольной реорганизации в Соединенных Штатах, и в мае 2012 года компания Lightsquared в качестве иностранного представителя должника обратилась в канадский суд с ходатайством о признании начатой в США процедуры в качестве основного иностранного производства, признании ряда постановлений американского суда и оказании дополнительной судебной помощи. В целях определения центра основных интересов канадских компаний канадский суд изучил их организацию и структуру. При этом судья отметил, что в тех случаях, когда центр основных интересов нельзя определить лишь исходя из местонахождения зарегистрированной конторы, во внимание необходимо принимать следующие основные критерии, которые в совокупности обычно позволяют определить, является ли место открытия производства центром основных интересов должника: i) может ли это место быть легко установлено кредиторами; ii) в этом ли месте находятся основные активы должника и осуществляется его основная деятельность; iii) в этом ли месте происходит управление деятельностью должника. На основе этих критериев суд определил, что центром основных интересов канадских компаний являются Соединенные Штаты, и исходя из этого признал начатое там производство в качестве основного иностранного производства, признал постановления американского суда и предоставил требуемую дополнительную судебную помощь.

19. *Massachusetts Elephant & Castle Group, Inc.*⁷⁹

Должники владели сетью традиционных британских пабов, включавшей собственные и франшизные рестораны, в Соединенных Штатах и Канаде. В июне 2011 года в Соединенных Штатах в отношении должников было начато производство в соответствии с главой 11 Кодекса о банкротстве, а в канадский суд было подано ходатайство о его признании. Канадский суд рассмотрел различные факторы, влияющие на определение центра основных интересов, отметив, что решающее значение обычно имеют следующие три фактора: а) местонахождение штаб-квартиры, головной конторы или "нервного центра" должника, б) местонахождение руководства компании-должника, с) место, воспринимаемое в качестве центра хозяйственной деятельности должника значительным числом кредиторов. Суд высказал мнение, что, хотя в отдельных случаях значение могут иметь и другие факторы, их следует рассматривать, скорее, как второстепенные и учитывать лишь в той степени, в какой они связаны с основными тремя факторами или дополняют их. Рассмотрев эти три фактора в свете обстоятельств дела, суд установил, что головная контора всех должников, в отношении которых было открыто производство в соответствии с главой 11 Кодекса о банкротстве, находилась в Бостоне, что группа функционировала как одно тесно интегрированное североамериканское

⁷⁸ 2012 ONSC 2994 (Ont. SCJ [Commercial List]) [ППТЮ, дело № 1204].

⁷⁹ 2011 ONSC 4201; (2011) 81 C.B.R. (5th) [ППТЮ, дело № 1206].

предприятие, все решения в рамках которого принимались централизованно в головной конторе в Бостоне, что все руководство компаний-должников находилось в Бостоне и там же были расположены функциональные подразделения, занимающиеся решением кадровых, бухгалтерских, финансовых и прочих административных вопросов и информационно-техническим обслуживанием. Придя к выводу, что центром основных интересов канадских компаний является Бостон, суд признал открытое в США производство в качестве основного иностранного производства и предоставил судебную помощь, требовавшуюся в дополнение к помощи, автоматически предоставляемой после признания производства, предварительно признав ряд постановлений американского суда, вынесенных в рамках производства в соответствии с главой 11.

21. *Millennium Global Emerging Credit Master Fund Limited et al*⁸⁰

Должниками являлись два офшорных инвестиционных фонда (головной фонд и фонд-донор), которые занимались размещением средств в долговые обязательства государственных органов и корпоративных структур из развивающихся стран. Оба фонда были зарегистрированы на Бермудских островах, фонд-донор – в 2006 году, а головной фонд – в 2007 году. После учреждения головного фонда фонд-донор передал ему практически все свои активы в обмен на долю в капитале головного фонда в размере 97 процентов. В октябре 2008 года у фондов возникли серьезные проблемы с ликвидностью, в результате которых они не смогли удовлетворить различные маржевые требования. Руководство фондов подало ходатайство об открытии ликвидационного производства на Бермудских островах, и в 2009 году суд начал производство и назначил иностранных представителей для ликвидации обоих фондов. Назначенные ликвидаторы обратились к нескольким американским компаниям с просьбой предоставить необходимые сведения в неофициальном порядке, однако после того, как неофициальные переговоры о предоставлении документации закончились ничем, ликвидаторы подали официальное ходатайство о признании открытого на Бермудских островах производства в Соединенных Штатах. Американский суд первой инстанции решил, что центр основных интересов должников следует определять на момент открытия иностранного производства и что на этот момент центром основных интересов обоих должников были Бермудские острова. Решение суда о местонахождении центра основных интересов было оспорено на том основании, что ряд факторов, связанных с организацией хозяйственной деятельности должников, указывал на то, что центром основных интересов являлось Соединенное Королевство. Решение суда относительно момента, по состоянию на который следует определять центр основных интересов, не оспаривалось. Апелляционный суд проанализировал обстоятельства дела исходя из пяти критериев (местонахождение конторы должника, местонахождение руководителей компании должника, местонахождение основных активов должника, местонахождение большинства кредиторов должника, которые будут затронуты решением по делу, и государство, право которого будет применимо к большинству споров) и с учетом того, какое место воспринималось в качестве центра основных интересов должников

⁸⁰ District Ct 11 Civ. 7865 (LBS) June 2012.

кредиторами и заинтересованными третьими сторонами. Суд пришел к выводу, что, хотя отдельные факторы и указывали на то, что центром основных интересов являлось Соединенное Королевство, большинство доказательств свидетельствовало о том, что центром основных интересов должников были Бермудские острова – как на момент открытия иностранного производства, так и на момент подачи ходатайства в соответствии с главой 15.

23. *Rubin v Eurofinance SA*⁸¹

Представители производства по делу о несостоятельности, открытого в Соединенных Штатах в 2007 году в отношении компании The Consumers Trust, добивались признания этого производства в Англии в соответствии с Положением о трансграничной несостоятельности 2006 года, которое вводило в действие Типовой закон в Великобритании, и приведения в исполнение решения суда Соединенных Штатов о возложении ответственности за долги The Consumers Trust на компанию Eurofinance. The Consumers Trust являлся коммерческим трестом, признаваемым юридическим лицом по законодательству Соединенных Штатов. В 2009 году английский суд первой инстанции признал иностранное производство по делу о несостоятельности в качестве основного, однако отклонил ходатайство о приведении в исполнение судебного решения. Решение об отклонении ходатайства о приведении в исполнение решения иностранного суда было обжаловано. Рассматривавший апелляционную жалобу суд заключил, что обычные нормы, регулирующие исполнение или неисполнение иностранных судебных решений в отношении отдельных лиц, не применяются к производству по делам о несостоятельности и что имеющиеся в рамках такого производства механизмы, обеспечивающие возможность предъявления исков против третьих сторон в общих интересах всех кредиторов, неразрывно связаны с коллективным характером дел о банкротстве и не являются изолированными процессуальными действиями. Как таковые, эти постановления не подчинялись обычным нормам частного международного права, препятствующим приведению в исполнение судебных решений на том основании, что на ответчиков не распространяется юрисдикция иностранного суда. Это решение было обжаловано в Верховном суде, который отверг трактовку апелляционного суда и отклонил ходатайство об исполнении иностранного судебного решения. Верховный суд счел, что к распоряжению иностранного суда должны применяться обычные нормы международного частного права и что ни одно из условий для приведения этого распоряжения в исполнение в соответствии с нормами обычного права выполнено не было. Суд также отметил, что статьи 21 и 25 Типового закона касаются процессуальных вопросов и не подразумевают предоставления судам полномочий на приведение судебных решений, принятых в рамках иностранного производства по делу о несостоятельности, в исполнение в отношении третьих сторон.

⁸¹ [2010] EWCA Civ. 895.

24. *In re Sivec*⁸²

В рамках дела *Sivec* должник добился признания в Соединенных Штатах открытой в Италии реорганизационной процедуры в качестве основного иностранного производства, а также изменения условий автоматического моратория на производство процессуальных действий с целью обеспечить возможность проведения в США разбирательства по двум искам, по которым теоретически можно было произвести зачет требований. В результате разбирательства по первому иску было вынесено решение в пользу итальянского должника, а по второму – в пользу американского кредитора. После этого кредитор подал ходатайство об отмене автоматического моратория с целью производства взаимозачета, а должник ходатайствовал о приведении в исполнение решений, принятых в рамках реорганизационной процедуры, в случае чего кредитор был бы обязан выплатить сумму по первому иску, однако не смог бы требовать выплаты по второму иску, так как он вовремя не подал соответствующего заявления (кредитор утверждал, что он не был должным образом извещен). Американский суд отказался исполнять решения, принятые в рамках открытой в Италии процедуры, на основе международной вежливости, так как итальянский должник "не предоставил сведений о применимом итальянском законодательстве и ходе разбирательства по начатому в Италии делу о банкротстве и не представил достаточных доказательств в ходатайстве о применении принципов международной вежливости". Суд с особым беспокойством отметил, что американский кредитор недостаточно информировался о ходе производства и что в ходе производства были нарушены основные нормы отправления правосудия и не была обеспечена надлежащая защита интересов американского кредитора. Воспользовавшись своими широкими полномочиями по определению наиболее подходящей судебной помощи, суд постановил отменить мораторий, с тем чтобы предоставить кредитору возможности реализовать свое право на взаимозачет или уменьшение суммы исковых требований в соответствии с законодательством США.

25. *SNP Boat Service, S.A. v. Hotel le St. James*⁸³

Французская компания *SNP Boat Service* заключила договор с третьей стороной, по которому та обязалась принять в счет оплаты имущество, принадлежавшее канадской компании *St. James*. В ходе исполнения договора между сторонами возникли разногласия, в связи с которыми во Франции и Канаде было начато судебное разбирательство. Во Франции в отношении компании *SNP* было начато производство по делу о несостоятельности, в рамках которого компания *St. James* предъявила претензии. В рамках канадского производства суд вынес заочное решение в пользу компании *St. James*, которая в свою очередь подала ходатайство о его приведении в исполнение в отношении имущества компании *SNP* во Флориде. До того как это имущество было продано, иностранный представитель подал ходатайство о признании открытого во Франции производства в Соединенных Штатах. Это ходатайство было удовлетворено, после чего продажу находившегося во

⁸² 476 B.R. 310 (Bankr. E.D. Okla. 2012).

⁸³ 483 B.R. 776 (S.D. Fla. 2012).

Флориде имущества было приказано приостановить. Имущество было впоследствии передано иностранному представителю, однако при этом было отказано в его передаче под юрисдикцию другого суда и поставлено условие о получении согласия суда на его продажу. После этого иностранный представитель подал ходатайство о вывозе имущества во Францию для дальнейшего распоряжения им в рамках французского производства. Компания St. James подала протест, заявив, помимо прочего, что в рамках французского производства не будет обеспечено "достаточной защиты" ее интересов. Для определения того, будут ли интересы компании St. James как кредитора "в достаточной степени" защищены в рамках французского производства, суд потребовал раскрытия соответствующих сведений и в конечном итоге отказал в переводе имущества, приказал передать его местному компетентному органу и прекратить производство в соответствии с главой 15. Суд, рассматривавший апелляцию на это решение, отметил, что, прежде чем передавать имущество под юрисдикцию иностранного суда, он вправе убедиться в том, что интересы всех иностранных кредиторов в целом будут в достаточной степени защищены. Однако суд отверг возможность изучения вопроса о том, какое отношение будет проявлено во Франции к конкретному кредитору, отметив, что "суд по делам о банкротстве не компетентен рассматривать вопрос о том, будут ли интересы отдельного кредитора достаточно защищены в рамках конкретного иностранного производства". Суд заключил, что как издание приказа о раскрытии сведений, так и отказ удовлетворить ходатайство о переводе имущества являются злоупотреблением дискреционными полномочиями со стороны нижестоящего суда, и в этой связи отправил дело на пересмотр.

27. *Think3*⁸⁴

Должник (*think3.Inc*), являвшийся преемником нескольких компаний, первоначально находившихся в Италии и Соединенных Штатах, был зарегистрирован в Соединенных Штатах и имел отделение в Италии и дочерние компании в шести странах, включая Италию и Японию. В апреле 2011 года в отношении должника в Италии было начато производство по делу о несостоятельности, а в мае 2011 года в Соединенных Штатах было открыто производство в соответствии с главой 11 Кодекса о банкротстве. Первого августа 2011 года в американский суд было подано ходатайство о признании начатого в Италии производства, а 11 августа 2011 года было подано ходатайство о признании американского производства в Японии. Это ходатайство было в тот же день удовлетворено японским судом, который оказал в связи с этим определенную судебную помощь. В октябре 2011 года в японский суд поступило ходатайство о признании итальянского производства на том основании, что местом основной деятельности должника (данный термин использован в японском законодательстве, вводящем в действие Типовой закон, и имеет то же значение, что и "центр основных интересов")

⁸⁴ Дело № 1757 (2012 г.) Апелляция на решение об отклонении ходатайства о признании иностранного производства, оказании судебной помощи и признании приказа о назначении управляющего (решения № 3 и № 5 окружного суда первой инстанции г. Токио от 2011 года), опубликовано на английском и японском языках по адресу www.insol.org/page/304/japan.

была Италия, а не Соединенные Штаты⁸⁵. Рассматривая вопрос о том, какие факторы следует учитывать при определении места основной деятельности должника, суд первой инстанции сослался на работу, проведенную ЮНСИТРАЛ в рамках пересмотра Руководства по принятию Типового закона. При этом он отметил, что, хотя во внимание можно принимать любые факторы, когда-либо упоминавшиеся судами во всем мире, основное значение следует придавать таким факторам, как местонахождение головной конторы и основных активов должника, фактическое место его хозяйственной деятельности, местонахождение руководства компании-должника и очевидность этого места для кредиторов. Относительно момента, по состоянию на который следует определять место основной деятельности должника, суд отметил, что им следует считать дату подачи самого первого ходатайства об открытии производства по делу о несостоятельности либо дату открытия самого производства. Проанализировав факты, относящиеся к недавнему прошлому должника, исходя из наиболее важных критериев, суд пришел к заключению, что местом основной деятельности должника являлись Соединенные Штаты. Это решение было подтверждено в апелляционной инстанции.

28. *In re Dr. Juergen Toft*⁸⁶

Должник, в отношении которого в Германии было открыто производство по делу о несостоятельности, отказался сотрудничать с иностранным представителем, скрыл свои активы и выехал в неизвестное место жительства. Иностранный представитель добился издания приказа о перехвате почтовых и электронных сообщений в рамках открытого в Германии производства, а также признания этого производства в Англии и исполнения там приказа о перехвате корреспонденции без уведомления противоположной стороны. Иностранный представитель подал ходатайство о признании открытого в Германии производства в Соединенных Штатах, а также об оказании помощи в исполнении приказа о перехвате корреспонденции и принуждении нескольких интернет-провайдеров к раскрытию сведений иностранному представителю и передаче ему всех почтовых сообщений должника, которые хранились у них на серверах на данный момент и будут поступать на них в будущем. Ввиду того что оказание подобной помощи управляющему в деле о несостоятельности не предусмотрено законодательством США и противоречит некоторым положениям законодательства, касающимся неприкосновенности частной жизни и прослушивания телефонных разговоров, нарушение которых может повлечь уголовную ответственность, суд отказал в запрашиваемой помощи как явно противоречащей публичному порядку Соединенных Штатов на основании § 1506 титула 11 Свода законов США [статья 6 ТЗТН]. При этом суд заметил, что данный отказ не лишает иностранного представителя права ходатайствовать о признании открытого в Германии производства после направления соответствующего извещения согласно требованиям законодательства США.

⁸⁵ См. сноску 157 к пункту 102G выше.

⁸⁶ 453 B.R. 186 (Bankr. S.D.N.Y. 2011) [ППТЮ, дело № 1209].

29. *In the matter of Vitro S.A.B. de C.V.*⁸⁷

Холдинговая компания Vitro со своими дочерними предприятиями являлась крупнейшим производителем стекла в Мексике. В период между 2003 и 2007 годом компания заняла значительную денежную сумму, главным образом у инвесторов из США, выпустив три серии необеспеченных векселей, которые подлежали погашению в 2012, 2013 и 2017 годах и были гарантированы практически всеми дочерними предприятиями холдинга. Договоры поручительства регулировались законодательством Нью-Йорка и предусматривали, что поручители не будут освобождены от обязательств или иным образом затронуты в случае урегулирования претензий или отмены обязательств в рамках процедуры несостоятельности, реорганизации или банкротства, начатой в отношении компании Vitro, и что все связанные с ними споры подлежат разрешению в судебном порядке в штате Нью-Йорк. В 2008 году Vitro объявила о намерении реструктурировать долг и прекратила платежи по необеспеченным векселям. В 2009 году Vitro заключила соглашение с одним из своих крупнейших кредиторов – компанией Fintech Investments Ltd., в результате чего между двумя фирмами образовался крупный долг. Держателям векселей о долге было сообщено лишь через 300 дней после завершения соответствующих сделок, когда уже истек установленный законодательством Мексики подозрительный период продолжительностью в 270 дней, в течение которого сделки можно было бы подвергнуть дополнительной проверке ввиду надвигающейся несостоятельности предприятия. В 2009–2010 годах компания Vitro провела несколько раундов переговоров о реструктуризации, однако все ее предложения были отвергнуты кредиторами. В декабре 2010 года компания подала заявление о банкротстве в соответствии с законом Мексики о реорганизации предприятий. Хотя это заявление было сначала отклонено, поскольку компания не смогла получить одобрения 40 процентов кредиторов, необходимого для принятия заявления к рассмотрению без учета претензий отдельных компаний, это решение было впоследствии отменено апелляционным судом, и в апреле 2011 года компания Vitro была объявлена банкротом. После этого с признанными кредиторами (в число которых входили также кредиторы, которым причитался межфирменный долг) был согласован план реорганизации, который предусматривал аннулирование необеспеченных векселей и освобождение поручителей от обязательств. План реорганизации был одобрен требуемым процентом кредиторов и в феврале 2012 года утвержден мексиканским судом. Это решение суда было обжаловано. Несогласные с планом реорганизации кредиторы предпринимали различные попытки по взысканию денежных средств по необеспеченным векселям и договорам поручительства. В рамках начатого в Нью-Йорке судебного разбирательства суд определил, что к договорам поручительства должно применяться нью-йоркское законодательство и что отмена или изменение предусмотренных в поручительствах обязательств без согласия всех заинтересованных сторон является недопустимой. В апреле 2011 года было подано ходатайство о признании открытого в Мексике производства в качестве основного иностранного производства в Соединенных Штатах, которое в конечном счете было удовлетворено. Это решение было обжаловано. В марте 2012 года

⁸⁷ 2012 WL 5935630 (5th Cir., 28 Nov 2012).

иностранные представители производства, открытого в отношении компании Vitro, обратились в суд США с просьбой об оказании различной судебной помощи, включая приведение в исполнение утвержденного в Мексике плана реорганизации и издания судебного запрета на предъявление компании Vitro определенных исков в США, в чем было отказано. Это решение было обжаловано на том основании, что суд неверно применил нормы права, отказав в исполнении плана реорганизации в силу того, что он предусматривал изменение гарантийных обязательств третьих сторон, не являвшихся должниками. Рассмотрев апелляционную жалобу, американский суд подтвердил решение о признании открытого в Мексике производства и решение об отказе в предоставлении запрошенной помощи, заметив, что, хотя в исключительных обстоятельствах суд в соответствии с главой 15 Кодекса о банкротстве может привести в исполнение приказ об отмене обязательств третьих сторон, компания Vitro не смогла доказать наличие исключительных обстоятельств в данном конкретном случае.

Приложение II

Решение Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли и резолюция 66/9 Генеральной Ассамблеи

[...]
