ОРГАНИЗАЦИЯ
ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

A

Генеральная Ассамблея

Distr.
LIMITED

A/CN.9/WG.V/WP.42
26 September 1995

RUSSIAN
Original: ENGLISH

КОМИССИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ ПО ПРАВУ МЕЖДУНАРОДНОЙ ТОРГОВЛИ
Рабочая группа по законодательству о несостоятельности
Восемнадцатая сессия
Вена, 30 октября - 10 ноября 1995 года

# ТРАНСГРАНИЧНАЯ НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТЬ

## Возможные вопросы, связанные с судебным сотрудничеством и доступом и признанием в делах о трансграничной несостоятельности

Содержание


| | | Страница |
|---|---|---|
| ВВЕДЕНИЕ | | 3 |
| ГЛАВА I. | ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ СПРАВОЧНОГО ХАРАКТЕРА | 4 |
| ГЛАВА II. | ВОЗМОЖНЫЕ РЕШАЮЩИЕ ФАКТОРЫ ДЛЯ ДОСТУПА И ПРИЗНАНИЯ | 8 |
| A. | Юрисдикция | 8 |
| B. | Производство, осуществляемое в прямо указанных иностранных государствах | 9 |
| C. | Свобода усмотрения суда | 9 |
| D. | Охватываемые виды производства | 9 |
| E. | Категории должников | 10 |
| F. | Иностранный представитель и его полномочия на совершение действий | 10 |
| G. | Соображения публичного порядка | 11 |


V.95-57486

Содержание (продолжение)


| | | Страница |
|---|---|---|
| ГЛАВА III. | ПОСЛЕДСТВИЯ ПРИЗНАНИЯ | 11 |
| A. | Возможные законодательные подходы | 11 |
| | 1. Подробное перечисление последствий | 12 |
| | 2. Последствия признания путем ссылки на применимое право | 13 |
| | a) Признание предполагает последствия, вытекающие из иностранного закона о несостоятельности | 13 |
| | b) Признание обусловливает применение местного права | 13 |
| | c) Выбор права по усмотрению признающего суда | 14 |
| | 3. Свобода усмотрения суда при определении последствий признания | 14 |
| | 4. Исключение определенных видов активов | 14 |
| | 5. Процессуальные аспекты осуществления признания | 15 |
| ГЛАВА IV. | ВТОРИЧНОЕ ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ | 15 |
| A. | Возможные связи с основным иностранным производством | 16 |
| | 1. Ограничение юрисдикции | 16 |
| | 2. Ограничение права кредиторов подавать ходатайства о возбуждении вторичного производства по делу о несостоятельности | 17 |
| | 3. Ограничение прав кредиторов на платеж в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности | 18 |
| B. | Вспомогательное производство для оказания содействия иностранному основному производству | 20 |
| ГЛАВА V. | ДОСТУП ДЛЯ ИНОСТРАННОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЯ ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ | 21 |
| ГЛАВА VI. | СУДЕБНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО | 21 |
| A. | Одобрение специальных протоколов | 22 |
| B. | Сношения между судебными органами | 22 |
| ГЛАВА VII. | ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ | 22 |
| A. | Обязанность информировать кредиторов | 23 |
| B. | Обязанность управляющих обмениваться информацией | 23 |

## ВВЕДЕНИЕ

1. Во исполнение решения, принятого Комиссией на ее двадцать восьмой сессии (Вена, 2-26 мая 1995 года), о начале разработки правового документа, касающегося трансграничной несостоятельности[1], Рабочая группа по законодательству о несостоятельности приступила на нынешней сессии к своей работе.

2. Комиссия приняла решение приступить к работе по вопросу о трансграничной неплатежеспособности в ответ на предложения специалистов-практиков, непосредственно сталкивающихся с этой проблемой, с которыми они выступили, в частности, на Конгрессе ЮНСИТРАЛ "Унифицированное торговое право в XXI веке" (состоявшемся в Нью-Йорке 18-22 мая 1992 года в рамках двадцать пятой сессии Комиссии). На своей двадцать шестой сессии Комиссия приняла решение продолжить работу по этим предложениям[2]. Затем для того чтобы определить желательность и целесообразность дальнейшей работы в этой области и соответственно установить ее рамки, ЮНСИТРАЛ и Международная ассоциация консультантов по вопросам неплатежеспособности (ИНСОЛ) провели Коллоквиум по проблемам трансграничной неплатежеспособности (Вена, 17-19 апреля 1994 года), в котором приняли участие специалисты-практики по вопросам несостоятельности, представлявшие различные дисциплины, судьи, правительственные должностные лица и представители других заинтересованных кругов, включая кредиторов[3].

3. На первом Коллоквиуме ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ было выдвинуто предложение, чтобы работа Комиссии на нынешней стадии преследовала ограниченную цель содействия сотрудничеству судебных органов и доступу к судам для иностранных управляющих по делам о несостоятельности, а также признанию иностранного производства по делам о несостоятельности (далее в тексте - "судебное сотрудничество" и "доступ и признание"). При этом понималось, что в рамках этой работы не будут предприниматься попытки унифицировать материально-правовые нормы о несостоятельности, поскольку, по широко распространенному мнению, эта задача считается невыполнимой, по крайней мере на данном этапе. Было предложено также провести международное совещание судей с конкретной целью изучить их мнения по поводу работы Комиссии в этой области. Эти предложения получили одобрение Комиссии на ее двадцать седьмой сессии[4].

4. После этого в Торонто с 22 по 23 марта 1995 года был проведен Коллоквиум ЮНСИТРАЛ/ИНСОЛ по проблемам трансграничной неплатежеспособности для представителей

---

[1]Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее двадцать восьмой сессии (1995 год), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятидесятая сессия, Дополнение № 17 (A/50/17), пункты 382-393.

[2]Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее двадцать шестой сессии (1993 год), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок восьмая сессия, Дополнение № 17 (A/48/17), пункты 302-306. Справочная информация, на основе которой Комиссия проводила обсуждение на своей двадцать шестой сессии, содержится в документе A/CN.9/378/Add.3.

[3]Доклад Коллоквиума ЮНСИТРАЛ-ИНСОЛ по проблемам трансграничной неплатежеспособности, представленный Секретариатом Комиссии на ее двадцать седьмой сессии, (1994 год), содержится в документе A/CN.9/398.

[4]Доклад Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли о работе ее двадцать седьмой сессии (1994 год), Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, сорок девятая сессия, Дополнение № 17 (A/49/17), пункты 215-222.

судебных органов. Цель Коллоквиума для представителей судебных органов заключалась в том, чтобы получить для Комиссии к моменту начала ее работы по вопросу о трансграничной несостоятельности мнения судей и сотрудников правительственных органов, занимающихся вопросами законодательства в области несостоятельности, по конкретной проблеме судебного сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности и по связанным с этой проблемой вопросам доступа и признания[5]. Участники Коллоквиума для представителей судебных органов пришли к единому мнению, что Комиссии будет целесообразно выработать законодательные рамки, например в виде типовых законодательных положений, для судебного сотрудничества и что в текст будущего документа следует включить положения о доступе и признании.

5. Приняв во внимание мнения, высказанные на Коллоквиуме для представителей судебных органов, Комиссия отметила, что Рабочая группа рассмотрит ряд поднятых на этом Коллоквиуме вопросов в связи с возможной сферой применения, подходами и последствиями правового текста, который предполагается подготовить. Комиссия проявила особый интерес к возможности включения в правовые рамки, которые будут подготовлены по вопросам судебного сотрудничества и доступа и признания, "комплекса возможных вариантов действий" для законодателей по некоторым аспектам этих проблем. Такой подход, предусматривающий подготовку "комплекса возможных вариантов", будет отражать реальность, которая заключается в том, что по-прежнему не только сохраняются очевидные различия между государствами в том, что касается материально-правовых аспектов их законодательства о несостоятельности, но и между ними существуют различия по вопросам об объеме и характере судебного сотрудничества, доступа и признания, которые они будут готовы предусмотреть в своем законодательстве. В то же время, учитывая общераспространенное отсутствие таких положений во многих государствах, можно предположить, что даже выбор наименее далеко идущих вариантов из подготовленного Комиссией комплекса может значительно улучшить существующее положение. Вместе с тем следует отметить, что содержащиеся в настоящей записке различные варианты представлены на рассмотрение Рабочей группы для определения отдельных мнений в отношении того, какой из вариантов является более предпочтительным.

6. Предполагается,. что настоящая записка послужит схематичным аннотированным перечнем вопросов и возможных решений, которые могут быть охвачены документом, который подготовит Комиссия. Настоящая записка не претендует на исчерпывающий характер, и при этом предполагается, что в ходе дискуссии будут подняты вопросы, не рассматриваемые в записке. Кроме того, Секретариат продолжает консультации со специалистами-практиками и другими заинтересованными кругами, например, через ИНСОЛ и Комитет J Секции предпринимательского права Международной ассоциации юристов (МАЮ), результаты которых могут быть доведены до внимания Рабочей группы на настоящей сессии.

## I. ОБЩИЕ ЗАМЕЧАНИЯ СПРАВОЧНОГО ХАРАКТЕРА

7. При подготовке настоящей записки и отборе вопросов, включенных в нее, Секретариат принял во внимание и использовал результаты проделанной работы и подготовленные на национальном и региональном уровнях документы, касающиеся судебного сотрудничества и доступа и признания. На региональном и многостороннем уровне эти документы включают Конвенцию о международном частном праве, Гавана, 1928 год ("Кодекс Бустаманте"), два договора о международном торговом праве 1889 и 1940 годов ("Договоры Монтевидео"), Конвенцию о банкротстве, заключенную Данией, Исландией, Норвегией, Финляндией и Швецией ("Конвенция Северных стран о банкротстве") 1933 года с поправками, внесенными в нее в 1977 и 1982 годах), Европейскую конвенцию о некоторых международных аспектах банкротства ("Стамбульская конвенция" от 5 июня 1990 года (в силу не вступила)) и проект конвенции о производстве по делам о несостоятельности 1992 года Европейского

[5]Доклад о Коллоквиуме для представителей судебных органов, представленный Секретариатом Комиссии на ее двадцать восьмой сессии (1995 год), содержится в документе A/CN.9/413.

союза ("проект ЕС"), а также Типовой закон о международном сотрудничестве в области несостоятельности (ТЗМСН), подготовленный Комитетом J Секции предпринимательского права МАЮ[6].

8. При отборе вопросов для настоящей записки Секретариат руководствовался комплексом вопросов, рассмотренных в вышеупомянутых документах, а также в национальных законодательных положениях, касающихся трансграничной несостоятельности. В распоряжении Секретариата имелся также подготовленный комитетом экспертов, созданным ИНСОЛ, проект исследования предпринятых в рамках национальных законов и многосторонних договоров попыток урегулировать вопросы в области трансграничной несостоятельности.

9. В проекте документа группы экспертов ИНСОЛ дается краткая характеристика существующих правовых условий, в рамках которых должны быть найдены решения вопросов, связанных с делами о трансграничной несостоятельности. Эти условия характеризуются разнообразием и зачастую несовместимостью юридических подходов, в частности, в отношении объема свободы усмотрения, которой могут располагать судьи в отсутствие устанавливаемых законом полномочий на рассмотрение дел о трансграничной несостоятельности. Применительно к любому конкретному случаю такое положение может поставить под угрозу возможность выполнения ликвидационного или реорганизационного плана, направленного на максимализацию стоимости активов должника и сохранение как можно большего числа рабочих мест. Так, например, некоторые государства придерживаются принципа "территориальности", в соответствии с которым иностранное производство по делам о несостоятельности может не признаваться и может устанавливаться контроль над активами, находящимися внутри страны, в то время как в рамках двусторонней или многосторонней договоренности на государства может возлагаться обязанность применять такие подходы, которые предполагают единое или совместное производство по делам о несостоятельности (например, Договоры Монтевидео 1889 и 1940 годов, Конвенция Северных стран о банкротстве) или согласование любых параллельных производств.

10. В докладе описывается действующее в немногих государствах законодательство, непосредственно касающееся судебного сотрудничества и доступа и признания в контексте несостоятельности. Вопрос о том, в каком объеме сотрудничество и помощь являются обязательными или же зависят от дискреционных полномочий запрашиваемого суда, трактуется в каждом таком законодательстве по-разному. Например, в одной стране признание и помощь являются обязательными в отношении производств, проводимых в конкретно указанных странах, на основе оценки характера производства в таких других странах. Другой подход заключается в том, чтобы санкционировать сотрудничество и помощь, но оставлять решение вопроса о фактическом объеме сотрудничества и помощи на усмотрение суда.

11. В докладе приводится также информация о различных методах и концепциях, применяемых в целях облегчения судебного сотрудничества, в частности, при отсутствии конкретной законодательной или договорной основы для судебного сотрудничества и доступа и признания. К таким методам относятся: применение доктрины вежливости судами в государствах, правовая система которых основана на общем праве; выдача в аналогичных целях разрешительных приказов (экзекватура) в странах с системами гражданского права; заключение специальных протоколов в интересах налаживания сотрудничества между судебными системами, участвующими в рассмотрении дел о трансграничной несостоятельности, и содействия трансграничному производству; обеспечение исполнения приказов иностранных судов по делам о несостоятельности в рамках общего законодательства о признании иностранных судебных решений и процедур, в частности, на основе просьб (судебных поручений), поступающих от судов зарубежных стран. Было также отмечено, что

---

[6]С дополнительной информацией, касающейся упомянутых региональных и многосторонних документов, можно ознакомиться в записке Секретариата в документе A/CN.9/378/Add.4.

подходы, основанные исключительно на доктрине вежливости или на подходе, основывающемся на экзекватуре, вряд ли обеспечат такую же желательную степень предсказуемости и надежности, как конкретные законодательные рамки для судебного сотрудничества и доступа и признания.

12. Было отмечено, что, хотя существуют исключения, общее законодательство о взаимном признании судебных решений, включая законы, основывающиеся на экзекватуре, может в целом считаться особенно непредсказуемым в связи с рассмотрением дел о трансграничной несостоятельности. Это объясняется тем, что в конкретной правовой системе такие процедуры могут ограничиваться приведением в исполнение судебных решений о выплате конкретной суммы денег или запретительных приказов в тяжбе между двумя сторонами в отличие от многостороннего судопроизводства, типичного для дел, связанных с несостоятельностью. Кроме того, признание иностранного производства по делам о несостоятельности, например для цели предоставления дополнительных средств судебной защиты в связи с таким производством, может не рассматриваться в качестве вопроса, относящегося к сфере признания "судебных решений".

13. Решения или приказы иностранного суда могут быть приведены в исполнение лишь в том случае, если они рассматриваются как окончательные и обязательные к исполнению в соответствии с законом государства, в котором они принимаются, и если они не рассматриваются как не подлежащие приведению в исполнение. Решение, принятое в иностранном государстве, может не подлежать приведению в исполнение, если, например, запрашиваемый суд постановляет, что иностранный суд не обладает юрисдикций в соответствии с принципами права запрашиваемого суда, если должнику не было представлено надлежащее уведомление о производстве в иностранном суде, если приведение в исполнение будет противоречить ранее вынесенному решению или проводимому производству в запрашиваемом государстве или в случае коллизии с публичным порядком (ordre public).

14. Было отмечено, что возможности успешного применения, с целью признания иностранного производства по делам о несостоятельности, законодательных положений о взаимном признании судебных решений ограничиваются также вероятностью того, что заявления или приказы суда по делам о несостоятельности могут рассматриваться как заявления о статусе, аналогичные по своему характеру осуществлению государственной власти, а не как действительные судебные решения или приказы, которые предполагается регулировать на основе законодательных положений о взаимности. Могут возникнуть дополнительные проблемы концептуального характера, когда признание запрашивается в связи с производством по делу о несостоятельности, которое было добровольно возбуждено должником.

15. Доклад, а также консультации, которые секретариат провел со специалистами-практиками и представителями других кругов, непосредственно заинтересованных в вопросах трансграничной несостоятельности, свидетельствуют о том, что работа Комиссии, если она не будет преследовать столь далеко идущей цели как попытка унификации материально-правовых норм о несостоятельности, может явиться практическим вкладом в удовлетворение различных потребностей. Потенциальная целесообразность работы Комиссии дополнительно возрастает в результате постоянного увеличения случаев трансграничной несостоятельности, что является естественным побочным результатом стремительной глобализации экономической деятельности в настоящее время.

16. Речь идет о потребностях самых различных физических лиц или предприятий, включая: должника, который заинтересован в получении судебной защиты от исков отдельных кредиторов и, возможно, в спасении и восстановлении своего предприятия; необеспеченных кредиторов, у которых появляется возможность максимально увеличить размер сумм, взыскиваемых в погашение причитающихся им долгов, если будет установлен порядок трансграничного сотрудничества, которое заменит "гонку до зала суда"; служащих должника, которые заинтересованы в получении причитающихся окладов и в максимальном сохранении возможности спасения предприятия и тем самым своего рабочего места; обеспеченных кредиторов, которые добиваются признания и судебной защиты своих обеспечительных интересов; правительства, которые заинтересованы не только в

принудительном исполнении по своим требованиям, но также и в сохранении рабочих мест и в предоставлении инвесторам гарантий, что применимая правовая система обеспечит определенную степень предсказуемости и возможность принудительного исполнения по их требованиям; суды, которым необходима надлежащая правовая база для рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности; и управляющих по делам о несостоятельности, результаты работы которых зависят от предсказуемой и эффективной правовой основы.

17. В то же время зарегистрированные дела о трансграничной несостоятельности, а также коллоквиумы и консультации, проведенные Секретариатом, явно свидетельствуют о том, что государства расходятся во мнениях об объеме и порядке обеспечения судебного сотрудничества и доступа и признания в целях удовлетворения этих потребностей в трансграничном контексте. Это объясняется такими факторами, как существование различий между правовыми системами относительно объема дискреционных полномочий, предоставляемых судам, и степени приверженности традиционным территориальным концепциям применимости закона о несостоятельности.

18. Прежде чем перейти к детальному рассмотрению вопросов, вероятно, было бы полезно разъяснить определенные основные термины, используемые в настоящей записке. В большинстве правовых систем содержатся нормы, касающиеся различных видов производства, которое может возбуждаться в случае, когда должник не в состоянии уплатить свои долги. В настоящей записке эти виды производства обозначаются одним общим термином "производство по делам о несостоятельности". Можно выделить два вида производства по делам о несостоятельности, в отношении которых единая терминология не сформировалась.

19. В рамках одного вида производства (далее в тексте - "ликвидация") публичный орган, которым, как правило, является суд и который обычно действует через должностное лицо, назначаемое для этой цели (в настоящем тексте - "управляющий" или в некоторых контекстах - "представитель по делам о несостоятельности"), берет на себя управление активами несостоятельного должника с целью преобразовать неденежные активы в денежную форму, пропорционально распределить поступившие средства между кредиторами и в конце производства ликвидировать должника как коммерческое образование. В ряде государств это единственный применяемый вид производства. Другими терминами, нередко используемыми для обозначения этого вида производства, являются, например, банкротство, ликвидация (bankruptcy, winding-up, faillite, quiebra, Konkursverfahren). Однако следует отметить, что такие термины, как "банкротство", могут пониматься в более широком смысле, а именно как включающие также согласительные процедуры, которые рассматриваются в следующем пункте.

20. Другой вид производства (далее в тексте - "согласительные процедуры") представляет собой альтернативу ликвидационному производству. Цель альтернативных процедур заключается не в том, чтобы ликвидировать несостоятельного должника, а в том, чтобы позволить ему преодолеть финансовый кризис и возобновить нормальную коммерческую деятельность. Такое производство, как правило, также осуществляемое под контролем суда, обычно направлено на достижение договоренности или согласия между должником и его кредиторами относительно реорганизации обязательств, что позволит должнику провести реорганизацию и восстановить свою коммерческую жизнеспособность. Реорганизация обязательств может принимать форму, например, частичного сокращения суммы требований к должнику, продления сроков платежей или пересмотра существующих обязательств должника. В период проведения переговоров по таким мерам должник пользуется защитой от действий со стороны кредиторов, направленных на обращение взыскания на его активы. Производство на основании согласительных процедур может быть начато во время осуществления ликвидационного производства. Другими терминами, используемыми для обозначения этого вида производства по делам о несостоятельности, являются, например, реорганизация, урегулирование, (reorganization, arrangement, concordat préventif de faillite, suspensión de pagos, administración judicial de empresas, Vergleichsverfahren).

21. Для начала производства по делам о несостоятельности обычно необходим приказ суда. Инициатива возбуждения такого производства может исходить как от самого несостоятельного должника (добровольное банкротство), так и кредитора или кредиторов (принудительное банкротство). В одних государствах в отношении всех несостоятельных предприятий или коммерсантов применяется один и тот же вид производства по делам о несостоятельности, в то время как в других применяются два вида производства: один - для юридических лиц, а другой - для физических лиц.

## II. ВОЗМОЖНЫЕ РЕШАЮЩИЕ ФАКТОРЫ ДЛЯ ДОСТУПА И ПРИЗНАНИЯ

22. При рассмотрении предлагаемых вопросов, содержащихся в этом и последующем разделах, основное внимание уделяется некоторым основным проблемам, которые национальные законодательные органы обычно должны решить для принятия законодательных положений, касающихся сотрудничества в области трансграничной несостоятельности. В предложениях делается попытка указать на возможную структуру типовых положений, которые бы заинтересовали национальных законодателей.

### A. Юрисдикция

23. Во многих правовых системах основной вопрос заключается в том, какой связующий фактор должен существовать в отношениях между должником и государством, в котором возбуждено производство по делу о несостоятельности этого должника, чтобы признание такого производства в другой стране было сочтено обоснованным. Принимая во внимание эти правовые системы, данный вопрос (который иногда называется вопросом о "косвенной юрисдикции") будет необходимо учесть при разработке типовых положений, касающихся признания иностранного производства по делам о несостоятельности.

24. Можно предусмотреть самые различные коллизионные привязки, включая следующие: домицилий, обычное местожительство, местонахождение зарегистрированной конторы компании, основное коммерческое предприятие, центр основных интересов должника и местонахождение активов.

25. Ясный ответ на вопрос о решающей коллизионной привязке можно найти в статье 166(1) швейцарского Закона о частном международном праве (ЗЧМП), в соответствии с которой иностранное производство по делам о несостоятельности может быть признано лишь в том случае, если оно было возбуждено в государстве домицилия должника (статья 166(1)), или, применительно к компании, в государстве, в котором находится штаб-квартира должника (статья 166(1) в сочетании со статьей 21).

26. Преимущество этого подхода заключается в том, что его применение обеспечивает юридическую определенность. Вместе с тем можно отметить такой недостаток, как очевидное отсутствие какой-либо возможности вносить коррективы в исключительных случаях, когда применение в целом заранее сформулированного критерия "центра тяжести" (например: домицилий, штаб-квартира) не позволяет, ввиду особых обстоятельств, добиться соответствующих результатов.

27. Компромиссное решение, учитывающее как потребность в юридической определенности, так и возможность учета особых обстоятельств дела, содержится в Стамбульской конвенции (статья 4) и в проекте ЕС (статья 2). В обоих документах для определения решающей коллизионной привязки используется гибкая формулировка ("центр основных интересов должника"), которая сочетается с установлением соответствующей презумпции для компаний ("Применительно к компаниям и юридическим лицам центром их основных интересов, если не доказано противное, считается местонахождение зарегистрированной конторы").

### B. Производство, осуществляемое в прямо указанных иностранных государствах

28. Учитывая диапазон возможных вариантов, которые предстоит отразить Комиссии, уместно напомнить, что существует ряд государств, которые оказывают помощь в связи с иностранным производством по делам о несостоятельности, проводимом в государствах, которые включены в список "прямо указанных" стран, при этом принятие решений в отношении просьб, поступающих от других иностранных государств, оставляется на усмотрение суда. Сочетанием обязательной помощи прямо указанным странам и дискреционной помощи остальным, конкретно не оговоренным, странам характеризуется, например, законодательное регулирование в Австралии и Соединенном Королевстве.

### C. Свобода усмотрения суда

29. В тех случаях, когда в соответствии с законодательством принятие решения об оказании помощи оставляется на усмотрение суда, суд при осуществлении своих дискреционных полномочий должен или, по крайней мере, вправе учитывать вопрос о коллизионной привязке, например, если законодательство обязывает суд при осуществлении его дискреционных полномочий учитывать нормы частного международного права.

30. Раздел 304 Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве представляет собой пример законодательного акта, который предусматривает оказание помощи в целом, но при этом суд выносит свои решения по каждому конкретному делу по своему усмотрению. Он также служит примером руководящих принципов для деятельности суда. В их число входит имеющий преимущественную силу принцип экономичного и оперативного распоряжения имуществом несостоятельного должника с соблюдением следующих условий: a) справедливое отношение ко всем лицам, обладающим требованиями на такое имущество, или имеющим в нем интерес; b) защита обладателей требований в Соединенных Штатах от предвзятого рассмотрения этих требований в ходе иностранного производства и от связанных с этим производством неудобств; c) предотвращение преференциального или мошеннического отчуждения такого имущества; d) распределение поступлений от такого имущества по существу таким же способом, который предусматривается положениями Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве, касающимися порядка очередности; e) вежливость; и f) в надлежащих случаях предоставление возможности лицам, затронутым таким иностранным производством, возобновить коммерческую деятельность.

### D. Охватываемые виды производства

31. В рамках некоторых правовых систем применяется "фильтр", ограничивающий признание иностранного производства, квалифицируемого как "производство по делу о несостоятельности" в соответствии с законом суда (т.е. в соответствии с законом государства, в котором находится суд, к которому была обращена просьба оказать помощь). Положения подобного рода могут привести, например, к тому, что в связи с иностранным производством (например, реорганизационными процедурами, добровольно начатыми должником, который технически не был объявлен банкротом), которое не подпадает под определение производства по делу о несостоятельности в соответствии с законом запрашиваемого суда, помощь оказана не будет.

32. В связи с упомянутым примером возникает ряд вопросов, которые Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть, в том числе вопросы о том, следует ли в тексте, который будет подготовлен, проводить разграничения между ликвидационными и реорганизационными процедурами; между процедурами, добровольно начатыми должником, и производством, возбужденным кредиторами; между судебным и административным производством; между процедурами, согласно которым должник полностью лишен права контроля над своими активами, и процедурами, предусматривающими сохранение права владения за должником; и между производством в отношении должника, который фактически стал несостоятельным, и производством в отношении испытывающего трудности должника, который пытается избежать несостоятельности.

33. Для целей облегчения обсуждения упомянутых выше вопросов приводится следующее определение из раздела 101 Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве:

> "(23) "иностранное производство" означает производство, будь то судебное или административное и будь то на основании закона о банкротстве или нет, в иностранном государстве, в котором должник имел домицилий, местожительство, основное коммерческое предприятие или основные активы на момент возбуждения такого производства, в целях ликвидации имущества, пересмотра условий погашения задолженности посредством согласительных процедур, продления срока погашения задолженности или освобождения от обязательств или в целях проведения реорганизации".

34. В определении, содержащемся в ТЗМСН (раздел 6(b)), дается иная формулировка, содержащая общую ссылку на юрисдикцию суда, возбуждающего производство, а не ссылку на конкретные коллизионные привязки:

> ""Иностранное производство" означает производство по делу о несостоятельности, будь то судебное или административное, в иностранном государстве при условии, что иностранный суд или административное учреждение, осуществляющее производство, обладают надлежащей юрисдикцией в отношении должника и его имущества".

Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности включения в определение других элементов, например, ссылки на производство, осуществляемое в общих интересах всех или большинства кредиторов.

35. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, насколько абсолютным должно быть требование, предусматривающее, что иностранное производство должно проводиться судом или осуществляться в административном порядке. Здесь следует иметь в виду, что право некоторых стран признает носящие договорный характер процедуры квази-несостоятельности, которые возбуждаются самими сторонами с целью предотвращения наступления несостоятельности.

### E. Категории должников

36. Может возникнуть вопрос о том, следует ли Комиссии в своей работе охватывать как должников, которые являются юридическими лицами, так и должников, являющихся физическими лицами. Возражение против охвата физических лиц может заключаться в том, что в этом случае возникнут основополагающие вопросы социального и иного порядка, которые выходят за рамки проекта. В то же время представляется, что исключение физических лиц серьезно ограничит сферу применения юридического документа, который будет подготовлен, поскольку в международной торговле нередко встречаются крупные коммерческие сделки и предприятия, которые осуществляются частными лицами, не образовавшими в той или иной форме юридического лица. В связи с этим в свою очередь возникает вопрос о практической осуществимости и тем самым целесообразности исключения из сферы работы "потребительских" банкротств.

### F. Иностранный представитель и его полномочия на совершение действий

37. В рамках любой правовой системы до вынесения решения в пользу удовлетворения просьбы иностранного представителя по делу о несостоятельности может возникнуть вопрос о том, полномочен ли иностранный представитель на основании иностранных процедур совершать действия от имени должника в отношении активов в иностранном государстве. Определение, содержащееся в ТЗМСН (раздел 6(a)), может послужить полезной справочной информацией:

> ""Иностранный представитель" означает лицо, которому, независимо от названия его должности, поручается в соответствии с законами иностранного государства выполнять функции в связи с иностранным производством, которые аналогичны функциям, выполняемым

попечителем, ликвидатором, администратором, секвестратором, управляющим, управляющим конкурсной массой или другим представителем должника или имущества должника в рамках настоящей юрисдикции".

### G. Соображения публичного порядка

38. Государства, которые осуществляют сотрудничество в области трансграничной несостоятельности, обычно оставляют за собой право отказывать в признании в случае несовместимости с их публичным порядком. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос практической разработки типового положения по этому вопросу. Примерами законодательных положений в этой связи могут служить статья 14(2)(b) Стамбульской конвенции[7], статья 18 проекта ЕС[8] и статья 166(1)(b) в сочетании со статьей 27 швейцарского Закона о частном международном праве.

## III. ПОСЛЕДСТВИЯ ПРИЗНАНИЯ

39. Другой важный вопрос, который должен решить законодатель страны, желающей признать иностранное производство по делам о несостоятельности, заключается в определении юридических последствий такого признания в "признающей стране". Из этого важного вопроса вытекает ряд возможных подвопросов, в том числе, в частности, следующие: означает ли признание иностранного производства по делу о несостоятельности, что должник лишается соответствующих правомочий, как это произошло бы в случае, если бы производство по делу о несостоятельности было возбуждено судами признающей страны? Какими правами обладает иностранный управляющий в признающей стране? В каком правовом положении находятся кредиторы должника? Запрещается ли заявлять свои требования в отношении должника в признающей стране? В каком положении они находятся в том случае, если они уже возбудили самостоятельное производство против должника в судах признающей страны? Существуют ли исключения в отношении конкретных категорий требований в том случае, если уже возбужденное производство может быть продолжено?

40. Совершенно очевидно, что этот список можно существенно дополнить, и Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть дополнительные вопросы, которые будут включены в упомянутый выше список, с учетом того, что от законодателей могут ожидаться, по возможности, максимально ясные ответы на эти вопросы.

### A. Возможные законодательные подходы

41. Сопоставление законов различных государств и международных документов свидетельствует о существовании различных методов решения этой проблемы.

---

[7] "Ограничения на выполнение ликвидатором его полномочий"

2. Ликвидатор не может совершать в другой Договаривающейся Стороне действий, которые:
   b) явно противоречат публичному порядку этой Договаривающейся Стороны".

[8] "Публичный порядок

"В признании производства по делу о несостоятельности или в приведении в исполнение судебного решения, вынесенного в ходе такого производства, может быть отказано Договаривающимся Государством в тех случаях, когда их последствия будут явно противоречить публичному порядку этого Государства".

1. Подробное перечисление последствий

42. Один метод призван обеспечить составление исчерпывающего перечня, в котором подробно перечисляются все последствия, вытекающие из признания иностранного производства по делам о несостоятельности, например, действия в отношении активов, находящихся в признающей стране, которые иностранный управляющий вправе предпринять, в том числе получение доступа к информации, свидетельским показаниям и регистрационным записям, касающимся счетов, активов и других соответствующих аспектов положения должника; меры по защите и сохранению активов, которые иностранный администратор может принять (в том числе запросы о помощи компетентных властей признающего государства, передача имущества иностранному управляющему и лишение юридической силы преференциальных сделок по передаче осуществленных до возбуждения производства по делу о несостоятельности); статус должника в отношении активов, находящихся в этом государстве; положение кредиторов должника в отношении их права заявить свои требования, а также возбудить или продолжить в суде самостоятельно производство против должника, включая вопрос о том, приведет ли признание к приостановлению такого производства; и вопрос об освобождении от обязательств посредством платежа должнику или иностранному управляющему.

43. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть другие возможные последствия или связанные с ними принципы, которые можно было бы перечислить на основе этого подхода. Например, в соответствии с принципом, который называется в некоторых странах общего права принципом "hotchpot" (имущественная масса, предназначенная к разделу), а в других странах принципом "marshalling" (установление порядка очередности удовлетворения требований кредиторов из конкурсной массы), кредитор, который получил частичный платеж в рамках одного производства, не может получить частичного возмещения по этому же требованию в рамках другого производства до тех пор, пока другие кредиторы той же очереди или категории не получат в рамках этого другого производства равные доли возмещения. Этот принцип, который направлен на установление равного отношения к кредиторам, закреплен в ряде национальных законов (например, в разделе 508(a) Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве) и в некоторых международных документах (статья 5 Стамбульской конвенции; статья 12(2) проекта ЕС). Рабочая группа может рассмотреть вопрос о том, возможна ли разработка типового положения по этому вопросу.

44. Примером подхода, основанного на перечислении, является глава II Стамбульской конвенции. В этой Конвенции нет положений о том, что последствия иностранного производства по делу о несостоятельности в полном объеме переносятся в признающее государство (как в случае проекта ЕС, о котором речь пойдет ниже) или что последствия иностранного производства по делу о несостоятельности (lex concursus) преобразуются в последствия несостоятельности, которые влекли бы за собой производство, если бы оно было возбуждено в признающем государстве (как в случае применения швейцарского закона, который также будет рассмотрен ниже).

45. Согласно системе Стамбульской конвенции напротив предусматривается комплекс положений (глава II, статьи 6-14), наделяющий иностранного администратора определенными правами, которые могут осуществляться в признающем государстве, и регулирующих также определенные аспекты правового положения кредиторов должника, а также должников должника. В частности, предусматривается (статья 8), что иностранный управляющий может принять в соответствии с местным законодательством меры по защите и сохранению стоимости активов должников, в том числе с этой целью он может обращаться за помощью к компетентным местным властям. Управляющий может совершить или обратиться за совершением любого действия, связанного с распоряжением, управлением активами должника или их ликвидацией, включая их вывоз из этой страны (статья 10). Право возбудить или продолжить самостоятельное исковое производство в отношении активов должника предоставляется (статья 11) только некоторым категориям кредиторов (публично-правовые требования и требования из функционирования предприятия должника в этой стране или из работы по найму на таком предприятии). В перечне содержится также положение об осуществлении платежей или передаче активов иностранному управляющему или должнику (статья 13).

46. Преимущества и недостатки этой системы еще не могли быть выявлены на практике, поскольку Конвенция еще не вступила в силу. Однако не исключено, что в конечном итоге на судьбу Стамбульской конвенции могут повлиять два аспекта. Во-первых, эта система предусматривает, с одной стороны, наделение иностранного управляющего определенными правами действовать от имени должника в отношении местных активов должника, но, с другой стороны, она не лишает должника права ликвидировать местные активы. Во-вторых, полномочия, предоставляемые иностранному управляющему в соответствии с положениями статьи 10 (распоряжаться, управлять активами должника или ликвидировать их), приостанавливаются на срок в два месяца начиная с даты обязательного оглашения в признающем государстве начала производства по делу о несостоятельности согласно решению, вынесенному в иностранном государстве (статья 11(1)).

47. Эта приостанавливающая полномочия норма, по-видимому, имеет своей целью предоставить кредиторам возможность ходатайствовать о возбуждении в признающем государстве так называемого вторичного производства по делу о несостоятельности (глава III Конвенции), в силу чего осуществление управляющим своих полномочий в этой стране допускаться не будет (подробнее о вторичном производстве см. пункты 60-91 ниже). Сохранение прав за должником в сочетании с двухмесячным сроком приостановления полномочий управляющего может, однако, дать должнику достаточно времени для перевода своих активов в другую страну. Это можно предотвратить только в том случае, если иностранный управляющий сможет принять своевременные и надлежащие превентивные меры в соответствии с положениями статьи 8.

### 2. Последствия признания путем ссылки на применимое право

48. Второй и во многом иной подход заключается в определении последствий признания путем применения права одной страны или двух соответствующих стран. Здесь может предусматриваться, либо что (вариант 1), когда признание вступает в силу, возбуждение иностранного производства по делу о несостоятельности будет иметь в признающем государстве те же последствия, что и последствия, вытекающие из права государства, в котором было возбуждено это иностранное производство (за некоторыми конкретно перечисленными исключениями), либо что (вариант 2) в случае признания иностранное производство по делу о несостоятельности будет иметь в признающем государстве те же последствия, как если бы производство по делу о несостоятельности было возбуждено в признающем государстве (за некоторыми конкретно перечисленными исключениями). Примеры этих двух вариантов законодательных решений обсуждаются в пунктах, следующих ниже.

#### a) Признание предполагает последствия, вытекающие из иностранного закона о несостоятельности

49. Вариант 1 можно встретить, например, в проекте ЕС. Его статья 9 (1) гласит: "Решение о возбуждении производства, вынесенное судом, который обладает юдисдикцией в соответствии со статьей 2(1), без каких-либо последующих формальностей имеет те же самые последствия в других Договаривающихся Государствах, что и последствия, вытекающие из закона государства, в котором было возбуждено производство по делу о несостоятельности, если только в Конвенции не предусмотрено иное и если только никакое производство не возбуждено в этих государствах судом, обладающим юрисдикцией в соответствии со статьей 2(2)". В статье 10 (озаглавленной "полномочия ликвидатора") говорится в этой связи, что "ликвидатор, назначенный судом, который обладает юрисдикцией в соответствии со статьей 2(1), может осуществлять все свои полномочия, предоставленные ему на основании закона государства возбуждения производства по делу о несостоятельности, в другом Договаривающемся Государстве, если только никакое другое производство по делу о несостоятельности не было возбуждено в таком государстве...".

#### b) Признание обусловливает применение местного права

50. Примером варианта 2 может служить статья 170(1) ЗЧМП Швейцарии. Положения этой статьи предусматривают, что признание иностранного производства по делу о несостоятельности влечет

применительно к активам должника, находящимся в Швейцарии, последствия банкротства по швейцарскому праву.

51. Если попытаться оценить преимущества и недостатки двух описанных выше вариантов, то представляется, что вариант 1 оправдывает себя с догматической точки зрения, тогда как вариант 2, возможно, легче применить на практике. Если юридические последствия признания в признающем государстве регулируются иностранным lex concursus (вариант 1), то в ряде случаев может возникнуть необходимость в оценке содержания иностранного закона о банкротстве, которая требует больших затрат времени.

52. Не предлагая считать это подходом, которого необходимо придерживаться Комиссии или выдвигать в качестве варианта, следует отметить, что по вопросу о законе, применяемом в целях лишения юридической силы передачи имущества на преференциальной основе, в германском праве можно найти пример "сочетания" иностранного закона о несостоятельности и закона, регулирующего последствия сделки. Согласно этому подходу иностранный представитель может оспорить по иностранному закону о несостоятельности передачу имущества на преференциальной основе, последствия которой регулируются законом признающего государства, если эта передача на преференциальной основе может сама быть оспорена по закону признающего государства. Требование о том, чтобы это оспаривание осуществлялось на основаниях, предусматриваемых местным законом, может быть выполнено, например, ссылкой на деликтное право или на договорное право. Такой порядок учитывает коллизионную норму Германии, подчиняющую вопрос аннулирования сделки закону, применимому к этой сделке.

c) Выбор права по усмотрению признающего суда

53. Можно отметить, что возможен такой порядок, при котором законодательная власть предоставляет судам полномочия применять либо право, которое может применять суд государства, в котором возбуждено признаваемое производство по делу о несостоятельности, либо право признающего государства. Примером такого подхода является раздел 426(5) Закона о несостоятельности Соединенного Королевства, который предписывает судам при осуществлении такого выбора учитывать, в частности, нормы частного международного права.

### 3. Свобода усмотрения суда при определении последствий признания

54. Вопрос о последствиях признания может быть в той или иной степени оставлен на усмотрение суда в первую очередь в тех правовых системах, которые основаны на традиции принципиального признания свободы усмотрения суда. Примером такого подхода служит раздел 304 Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве, который предусматривает дискреционные полномочия на двух уровнях. Во-первых, вопрос об удовлетворении ходатайства о возбуждении акцессорного "вспомогательного" производства целиком оставляется на усмотрение суда, который должен руководствоваться принципами, о которых уже говорилось выше (см. пункт 30). Во-вторых, что касается конкретных мер, постановление о которых может быть вынесено судом в целях оказания помощи иностранному производству, то делается ссылка на допустимость наложения запрета или приостановления действий местных кредиторов и на допустимость передачи собственности иностранному управляющему, что сопровождается ссылкой на правомочность суда "принять постановление о других надлежащих мерах судебной защиты".

### 4. Исключение определенных видов активов

55. Следует отметить, что в рамках некоторых правовых систем недвижимость и права in rem кредиторов или третьих сторон в отношении местных активов должника исключаются из сферы действия признания иностранного производства по делу о несостоятельности. Примером такого подхода служит статья 4 проекта ЕС. Однако представляется, что разработка общей типовой нормы по этому вопросу вряд ли будет целесообразной.

5. Процессуальные аспекты осуществления признания

56. Если юридические требования в отношении признания соблюдены, то возникает вопрос о средствах наделения этого признания юридической силой. В этой связи национальные законы предусматривают, в принципе, два различных подхода. В некоторых странах, например в Швейцарии (статьи 166 и 167 ЗЧМП), признание вступает в силу на основании специального решения компетентного суда признающего государства. В рамках других правовых систем последствия иностранного производства по делу о несостоятельности могут наступать в признающем государстве без соблюдения каких-либо формальностей.

57. Оба вида систем имеют присущие им достоинства. Формальный подход может отличаться большей юридической определенностью, тогда как "подход, предполагающий немедленное вступление в силу", дает иностранному администратору возможность незамедлительно предпринять действия в отношении местных активов должника.

58. Не исключено, однако, что вопрос о выборе подхода будет рассматриваться национальными законодателями в более широком контексте общего процессуального права, которое значительно различается в зависимости от государства. Поэтому представляется предпочтительным оставить этот вопрос целиком на усмотрение национальных законодателей и отказаться от подготовки каких-либо типовых или факультативных положений.

59. В противном случае Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о принятии компромиссного решения в отношении двух подходов, о которых говорилось выше. Такой порядок мог бы предусматривать обязанность иностранного управляющего обеспечить опубликование основных элементов иностранного решения (о возбуждении производства по делу о несостоятельности) в признающем государстве (см., например, статью 9 Стамбульской конвенции и статью 13(2) проекта ЕС).

## IV. ВТОРИЧНОЕ ПРОИЗВОДСТВО ПО ДЕЛАМ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

60. Один из наиболее важных вопросов сотрудничества в области международной несостоятельности заключается в определении того, возможно ли блокирование последствий признания иностранного производства по делу о несостоятельности в результате возбуждения отдельного производства по делу о несостоятельности в другом государстве, при каких условиях это может иметь место и каковы последствия такого блокирования. Такое производство часто называется "вторичным производством по делу о несостоятельности".

61. Отношение законодателей к такому виду производства может быть не одинаковым, в частности, в силу существующих между отдельными странами различий в принципиальном подходе к сотрудничеству в области трансграничной несостоятельности. В этом разделе рассматриваются различные способы, которые может использовать законодатель при разработке законодательных положений о вторичном производстве по делам о несостоятельности с целью достижения результатов, которые отражают преобладающие принципиальные концепции.

62. Анализ права различных государств, относящихся к разным правовым системам, показывает, что даже те страны, которые не придерживаются принципа территориальности, допускают, при определенных обстоятельствах, возможность возбуждения своими судами отдельного территориального производства по делу о несостоятельности, несмотря на тот факт, что другое производство по делу о несостоятельности в отношении того же самого должника уже возбуждено в другом государстве, с которым этот должник имеет самую тесную связь. Различие между правовыми системами отдельных государств заключается не в том, допускают ли они возможность возбуждения отдельного территориального производства или нет, а в том, устанавливаются ли в

сравнении с обычным местным производством по делу о несостоятельности какие-либо ограничения в отношении требований и последствий, связанных с этим производством, и если да, то в каком объеме.

63. Последствия отдельного территориального производства по делу о несостоятельности относительно экстратерриториальных последствий основного разбирательства по делу о несостоятельности практически повсеместно являются одинаковыми: экстратерриториальные последствия блокируются; в результате возбуждения территориального производства по делу о несостоятельности не допускается осуществление иностранным управляющим в этой стране полномочий, которые он мог бы иметь в том случае, если бы территориальное производство по этому делу не возбуждалось.

64. Территориальное производство по делу о несостоятельности имеет самые далеко идущие блокирующие последствия, если оно целиком является отдельным производством без каких-либо отличий от обычного национального производства по делу о несостоятельности. В этом случае не существует ни ограничений в отношении осуществления юрисдикции на возбуждение такого дела, ни ограничений в отношении категорий кредиторов, имеющих право на платеж из поступлений от ликвидации местных активов в ходе отдельного территориального производств.

### A. Возможные связи с основным иностранным производством

65. Первый шаг в направлении определенной координации между отдельным территориальным производством по делу о несостоятельности и основным иностранным производством по делу о несостоятельности может заключаться в том, чтобы предусмотреть, что поскольку основное иностранное производство по делу о несостоятельности уже проводится, то не требуется доказывать несостоятельность должника в качестве необходимого предварительного условия для возбуждения территориального производства.

66. Другая связь между основным иностранным производством по делу о несостоятельности и отдельным территориальным производством может быть установлена, если помимо лиц, имеющих по местному законодательству о несостоятельности право ходатайствовать о возбуждении территориального производства по делу о несостоятельности, такое же право будет предоставлено и иностранному управляющему.

67. Если законодатель намерен придать более приоритетное значение иностранному производству по делу о несостоятельности в сравнении с упомянутыми выше связями, то этого можно достичь, в альтернативном или кумулятивном порядке, следующими средствами: 1) ограничение юрисдикции в вопросах возбуждения отдельного территорального производства; 2) ограничение права кредиторов ходатайствовать о возбуждении такого производства; 3) ограничение права кредиторов на получение платежей из поступлений от территориальной ликвидации местных активов. Территориальное производство, для которого характерны один или несколько из этих элементов, которые рассматриваются ниже, обычно называются "вторичное производство по делу о несостоятельности".

#### 1. Ограничение юрисдикции

68. Имеющее далеко идущие последствия ограничение на осуществление юрисдикции в вопросах возбуждения вторичного производства по делу о несостоятельности можно встретить в проекте ЕС. В соответствии со статьей 19 (в сочетании со статьей 2(2) вторичное производство по делу о несостоятельности может быть возбуждено лишь в том случае, если должник имеет предприятие на территории государства вторичного производства. В этом случае вторичное производство по делу о несостоятельности, охватывающее активы должника, находящиеся в этом государстве, может быть возбуждено без дальнейших доказательств несостоятельности должника.

69. Таким образом, при наличии только активов и отсутствии предприятия должника в соответствующей стране вторичное производство по делу о несостоятельности не может быть возбуждено. В этом случае нельзя воспрепятствовать осуществлению иностранным управляющим всех полномочий, предоставляемых ему на основании закона основного производства по делу о несостоятельности, что может привести к передаче местных активов под контроль иностранного основного производства по делу о несостоятельности. Для такой передачи не требуется санкции судов государств, в которых находятся активы.

70. Можно отметить, что в рамках этой системы полномочия иностранного управляющего признаются только в том случае, если управляющий был назначен в ходе производства по делу о несостоятельности, возбужденном в государстве, в котором находится центр основных интересов должника (см. выше пункты 23-27).

71. В отличие от проекта ЕС Стамбульская конвенция не предусматривает каких-либо ограничений в отношении осуществления юрисдикции в вопросах возбуждения вторичного производства по делу о несостоятельности. Такое производство может быть возбуждено без дальнейших доказательств несостоятельности должника, если должник имеет либо предприятие, либо активы в соответствующем государстве, без ущерба для других дополнительных оснований для подсудности, которые могут предусматриваться национальным правом (статья 17).

72. Подход, использованный в швейцарском праве, является примером компромисса между двумя упомянутыми выше подходами. Полностью независимое швейцарское производство по делу о несостоятельности может быть возбуждено лишь в том случае, если должник имеет предприятие в этой стране. Если же в этой стране находятся только активы (или если, в случае наличия местного предприятия, ходатайства о возбуждении отдельного национального производства по делу о несостоятельности не поступало), иностранный управляющий, назначенный в ходе основного производства по делу о несостоятельности, не наделяется автоматически полномочиями изымать активы с целью их распределения в рамках иностранного производства по делу о несостоятельности (что он мог бы сделать в рамках системы, предусматриваемой проектом ЕС). В таких случаях вторичное производство по делу о несостоятельности, охватывающее активы, находящиеся в Швейцарии, должно возбуждаться компетентным швейцарским судом. При таком вторичном производстве право кредиторов на получение платежей из поступлений от ликвидации местных активов ограничено (подробнее см. ниже раздел 3, пункты 76-87).

### 2. Ограничение права кредиторов подавать ходатайства о возбуждении вторичного производства по делу о несостоятельности

73. Любое ограничение юрисдикции, как об этом говорилось выше, приводит к сокращению количества дел, при которых последствия иностранного основного производства по делу о несостоятельности можно блокировать путем возбуждения вторичного производства по делу о несостоятельности. Другим средством достижения этой цели может служить ограничение права подавать ходатайство о возбуждении вторичного производства по делу о несостоятельности вместо того, чтобы предусматривать возможность обращения к такому производству для всех кредиторов, которые имеют право подавать ходатайство о возбуждении обычного местного производства по делу о несостоятельности.

74. При использовании этого подхода закон о несостоятельности государства вторичного производства по делу о несостоятельности будет, по принципиальным соображениям, применяться только к определенным категориям кредиторов даже в случае, если было возбуждено иностранное основное производство по делу о несостоятельности. В число этих кредиторов могут входить, например, обладатели привилегированнх или обеспеченных требований, публично-правовых требований и требований из функционирования предприятия должника в государстве вторичного производства по делу о несостоятельности, в частности требований из работы на таких предприятиях по найму.

75. Подход, предусматривающий право подавать ходатайство о возбуждении вторичного производства по делу о несостоятельности только для определенных категорий кредиторов, отражен, например, в Договорах Монтевидео. В соответствии с положениями этих документов только местные кредиторы вправе подать ходатайство о возбуждении отдельного местного производства по делу о несостоятельности (статья 45 Договора 1940 года, статья 39 Договора 1889 года). Под "местными кредиторами" понимаются кредиторы, требования которых подлежат оплате в государстве вторичного производства по делу о несостоятельности.

### 3. Ограничение прав кредиторов на платеж в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности

76. Для определения привилегированных категорий кредиторов, имеющих право на платежи из поступлений от ликвидации местных активов в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности применялись два законодательных метода. Один подход предусматривает составление исчерпывающего перечня таких категорий кредиторов. Этот метод используется, например, в Стамбульской конвенции, в статье 21 которой перечисляются следующие требования: обеспеченные или привилегированные требования; публично-правовые требования; требования из работы по найму в государстве вторичного производства по делу о несостоятельности; требования из функционирования предприятия должника в государстве вторичного производства по делу о несостоятельности (основанием для установления преимущественного порядка для последней категории кредиторов, возможно, является аргумент о том, что кредиторы, ведущие дела с местным предприятием, имеют право рассчитывать на активы этого предприятия, находящиеся на территории страны).

77. Согласно другому подходу можно было бы вместо того, чтобы составлять перечень категорий кредиторов, имеющих право доступа к местным активам, предоставлять это право всем кредиторам, правовое положение которых в рамках иностранного основного производства по делу о несостоятельности является менее благоприятным по сравнению с тем, которое они занимали бы в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности, проводимого на основании применения местного закона о несостоятельности. Этот подход основывался бы на принципе, согласно которому "необоснованное ухудшение" (с точки зрения принципов государства вторичного производства) правового положения кредиторов в рамках иностранного основного производства по делу о несостоятельности следует уравновешивать установлением преимущественного порядка для кредиторов в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности.

78. Сочетание двух рассмотренных выше законодательных методов встречается в статьях 173 и 174 швейцарского ЗЧМП. Поскольку Швейцария является одной из немногих стран гражданского права с подробно разработанными положениями о признании иностранного производства по делу о несостоятельности, было бы целесообразно вначале кратко охарактеризовать швейцарскую систему, а затем перейти к рассмотрению двух защитных норм, содержащихся в статьях 173 и 174 ЗЧМП.

79. В Швейцарии иностранное производство по делу о несостоятельности может быть признано в том случае, если это производство было возбуждено в государстве домицилия должника или, в случае компании, в государстве, в котором находится штаб-квартира компании-должника (см. выше пункты 25 и 26). Признание производства по делу о несостоятельности, возбужденного в государстве домицилия должника (или местонахождения штаб-квартиры, в зависимости от конкретных обстоятельств), может быть блокировано возбуждением обычного, полностью отдельного швейцарского производства по делу о несостоятельности, если должник имеет предприятие в Швейцарии.

80. Один лишь факт наличия у должника активов в Швейцарии не является достаточным основанием для осуществления юрисдикции применительно к обычному швейцарскому производству по делу о несостоятельности, касающемуся активов (ограничение юрисдикции, см. выше пункт 72). В этом случае может быть возбуждено только вторичное производство по делу о несостоятельности.

Такое производство регулируется другими нормами (статьи 166-175 ЗЧМП), отличными от норм, применимых к обычному местному производству по делу о несостоятельности. Ходатайство о возбуждении такого вторичного производства по делу о несостоятельности может быть подано управляющим иностранного основного производства по делу о несостоятельности или любым кредитором, поскольку никаких ограничений в отношении прав кредиторов ходатайствовать о возбуждении вторичного производства не существует.

81. Коренное отличие между этим вторичным производством по делу о несостоятельности и обычным местным производством по делу о несостоятельности заключается в ограничении права кредиторов на платеж из поступлений от ликвидации в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности. Это право безоговорочно резервируется за кредиторами, обеспеченными залогом, а также за кредиторами, обладающими привилегированными требованиями по смыслу швейцарского закона о банкротстве (метод перечисления).

82. Это не означает, однако, что оставшиеся активы автоматически передаются иностранному управляющему. В этом случае задействуются упоминавшиеся выше статьи 173 и 174 с целью защиты кредиторов, которые имеют домицилий или предприятие в Швейцарии, от дискриминационного отношения в рамках иностранного основного производства по делу о несостоятельности. До передачи оставшихся поступлений иностранному управляющему швейцарский суд, в котором было возбуждено вторичное производство, должен признать план распределения, составленный в ходе иностранного производства по делу о несостоятельности.

83. В этой связи швейцарский суд должен определить, были ли требования кредиторов, имеющих домицилий или предприятие в Швейцарии, "разумно приняты во внимание" в иностранном плане распределения (статья 173 ЗЧМП). Если швейцарский суд не признает иностранный план распределения или если этот план не был представлен суду, то оставшиеся поступления распределяются среди остальных кредиторов, имеющих домицилий или предприятие в Швейцарии (статья 174 ЗЧМП).

84. Принципы, лежащие в основе статей 173 и 174 ЗЧМП, аналогичны принципам, на которых строятся положения раздела 304(c)(2) Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве. Оба эти подхода направлены на то, чтобы уравновесить неблагоприятное отношение (с точки зрения страны, предоставляющей защиту), с которым могут столкнуться некоторые кредиторы в ходе иностранного основного производства по делу о несостоятельности.

85. В этой связи можно отметить, что в Стамбульской конвенции нет аналогичных антидискриминационных положений, которые следует применять во вторичном производстве. Стамбульская конвенция скорее имеет свой целью укрепление равенства кредиторов в рамках основного производства по делу о несостоятельности, что отражено в ее статье 24, в которой говорится, что в рамках основного производства кредиторы, которые имеют право на долю активов по результатам вторичного производства по делу о несостоятельности, должны иметь равные права, независимо от каких-либо привилегий или других исключений из принципа равенства между кредиторами, которые предусматриваются законом основного производства по делу о несостоятельности.

86. Представляется, однако, что положение, подобное тому, которое содержится в статье 24 Стамбульской конвенции, будет работать только в рамках конвенции, участниками которой являются оба соответствующих государства, т.е. государство основного и государство вторичного производства по делу о несостоятельности. Национальный законодатель вряд ли может использовать такой подход, поскольку принятие законоположений, касающихся правового положения кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, которое ведется в других государствах, выходило бы за рамки его компетенции.

87. В целях содействия обсуждению в Рабочей группе можно следующим образом вкратце охарактеризовать порядок, в котором до сих пор в различных правовых документах группировались подходы, изложенные в разделе A:

Система 1: компетенция возбуждать территориальное (вторичное) производство по делу о несостоятельности в государстве B, если должник имеет там предприятие (отсутствие юрисдикции в том случае, если там находятся только активы); отсутствие ограничений права кредиторов ходатайствовать о возбуждении вторичного производства по делу о несостоятельности в государстве B; отсутствие ограничений доступа кредиторов к поступлениям от ликвидации в рамках вторичного производства (проект ЕС);

Система 2: компетенция возбуждать вторичное производство по делу о несостоятельности в государстве B не только в случае нахождения там предприятия, но и в том случае, если там находятся только активы должника; отсутствие ограничений права кредиторов ходатайствовать о возбуждении вторичного производства по делу о несостоятельности в государстве B; ограничение доступа кредиторов к поступлениям от ликвидации в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности (Стамбульская конвенция);

Система 3: компетенция возбуждать территориальное (вторичное) производство по делу о несостоятельности в государстве B не только в случае нахождения предприятия в государстве B, но и в том случае, если в государстве B находятся только активы должника; отсутствие ограничений права кредиторов ходатайствовать о возбуждении территориального (вторичного) производства по делу о несостоятельности; ограничение доступа кредиторов к поступлениям от ликвидации в рамках вторичного производства по делу о несостоятельности, за исключением случая, когда должник имеет предприятие в государстве B, что может привести, по ходатайству кредиторов, к возбуждению полностью отдельного местного производства по делу о несостоятельности (швейцарское право);

Система 4: аналогична системе 3, но ни при каких обстоятельствах не устанавливается ограничений доступа кредиторов к поступлениям от ликвидации в рамках вторичного производства (Германия, вступит в силу с 1 января 1999 года).

## B. Вспомогательное производство для оказания содействия иностранному основному производству

88. Другой подход, который можно было бы рассмотреть на предмет включения в комплекс возможных вариантов для законодателей и который, как представляется, связан с вопросом о вторичном производстве, заключается в обеспечении возможности для возбуждения вспомогательного производства с конкретной целью оказания содействия иностранному основному производству по делу о несостоятельности. Как уже отмечалось, наглядным примером такого подхода служит раздел 304 Кодекса законов Соединенных Штатов о банкротстве. Подобный подход отражен также в ТЗМСН.

89. Как предусматривается упомянутыми документами, цель такого вспомогательного производства может заключаться в следующем: санкционирование возбуждения или продолжения местного производства по делу о несостоятельности и приведение в исполнение судебных решений в отношении должника в том, что касается местных активов, или объединение еще не рассмотренных местных дел о несостоятельности со вспомогательным производством; передача вопросов, связанных с собственностью или доходами от нее, на урегулирование в рамках иностранного основного производства; получение свидетельских показаний или представление бухгалтерских книг, ведомостей или других документов, касающихся несостоятельности; обеспечение признания и приведения в исполнение решения или постановления иностранного суда; и обеспечение принятия любых иных надлежащих мер судебной защиты.

90. Следует отметить, что, согласно подходу, предусматривающему проведение вспомогательного производства, в случае, если возбуждение такого производства невозможно или в нем отказано, иностранный представитель сохраняет право ходатайствовать о возбуждении независимого местного производства по делу о несостоятельности.

91. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть другие вопросы, которые можно было бы проанализировать в связи со вспомогательным производством, например, вопрос о праве, которое должно применяться судом, возбуждающим вспомогательное производство. В связи с этим ТЗМСН предписывает вспомогательному суду применять материальное право о банкротстве иностранного суда, ведущего основное производство.

## V. ДОСТУП ДЛЯ ИНОСТРАННОГО ПРЕДСТАВИТЕЛЯ ПО ДЕЛУ О НЕСОСТОЯТЕЛЬНОСТИ

92. Под термином "доступ" можно понимать процессуальный механизм, используемый иностранным представителем с целью получения признания. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о целесообразности и реальной возможности включения положений о таких процессуальных механизмах для обеспечения доступа и признания.

93. Что касается категорий процессуальных механизмов, то можно было бы провести разграничение между официальным дипломатическим процессом, процессом, предусматривающим установление прямых контактов между судами различных государств, и процессом типа экзекватуры, осуществляемым в рамках административного или квази-судебного процесса. В отношении этих возможных процедур можно отметить, что в международной практике обычно не принято, чтобы ходатайство непосредственно направлялось одним судом другому соответствующему иностранному суду. Для таких прямых контактов, как правило, необходимо наличие соглашения между двумя соответствующими государствами. В других случаях ходатайство будет направляться по дипломатическим каналам. Этот типичный подход кодифицирован в многосторонней Гаагской конвенции о сборе доказательств за границей (1970 год), которая предусматривает передачу ходатайств через "центральные власти" двух соответствующих государств.

94. В то же время можно напомнить, что в различных национальных правовых системах, а также в Стамбульской конвенции и проекте ЕС иностранное производство по делу о несостоятельности, включая полномочия иностранного управляющего, признаются ipso jure при условии выполнения конкретных требований. Таким образом, беспрепятственный "доступ" предоставляется без какого-либо вмешательства суда или других формальностей.

95. Представляется важным, чтобы либо в раздел "доступ", либо в любой другой раздел было включено положение о том, что явка иностранного представителя, добивающегося признания, не влечет за собой распространение на этого представителя юрисдикции суда в полном объеме. Другие вопросы, которые могли бы быть рассмотрены применительно к обсуждаемому режиму, включают вид доказательственных материалов, которые должен предоставить представитель, добивающийся доступа, и вопрос о том, какое учреждение должно ходатайствовать о признании.

## VI. СУДЕБНОЕ СОТРУДНИЧЕСТВО

96. Хотя понятие судебного сотрудничества можно рассматривать как тесно переплетающееся с понятиями доступа и признания, что создает базу для целого спектра мероприятий по линии сотрудничества между судебными системами, занимающимися вопросами трансграничной несостоятельности, представляется полезным, по крайней мере на данном этапе, рассмотреть, насколько это возможно, эти концепции в отдельности. Соответственно Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, какие аспекты или процедуры могли бы быть включены в

раздел, посвященный судебному сотрудничеству. Таким образом, перечисленные ниже аспекты не претендуют на всеобъемлющее освещение всех возможных вопросов в этой области.

### A. Одобрение специальных протоколов

97. Одним из аспектов судебного сотрудничества может быть одобрение судами соответствующих стран специальных протоколов, которые согласованы сторонами и которые касаются различных аспектов регулирования дела о трансграничной несостоятельности и установления режима сотрудничества. Такие протоколы могут представлять особую ценность в тех случаях, когда значительная часть предпринимательской деятельности должника осуществляется в нескольких странах, что приводит к тому, что первичной юрисдикцией по соответствующему делу могут обладать суды нескольких государств.

98. Наглядные примеры успешного применения таких протоколов встречаются в ряде крупных дел, связанных с трансграничной несостоятельностью. Кроме того, Комитет J Секции предпринимательского права МАЮ недавно разработал типовой образец для таких специальных протоколов (под названием "Конкордат о трансграничной несостоятельности"). Цель такого конкордата, основополагающим принципом которого является применение норм частного международного права, состоит в том, чтобы обеспечить соответствующие нормы, некоторые из которых могут применяться в отношении любых случаев трансграничной несостоятельности и которые участники или суды могут применять для решения самых разнообразных вопросов. К числу таких вопросов относятся, например, назначение административного форума, применение правил очередности такого форума, отдельные нормы для случаев, когда имеется более одного административного форума, и определение применимых норм в целях признания недействительности перевода активов в период, предшествующий несостоятельности.

### B. Сношения между судебными органами

99. Другой вопрос, который мог бы быть рассмотрен в разделе, посвященном судебному сотрудничеству, касается сношений между судьями различных судебных систем, участвующими в производстве по делу о трансграничной несостоятельности. Такие сношения могут быть особенно полезными в целях создания возможностей для получения судьями достоверной информации и для координации их действий, судебных процедур и постановлений.

100. Несмотря на свою потенциальную полезность, сношения между судьями могут породить различной сложности вопросы, в частности в правовых системах, для которых подобные инициативы судей являются необычными, а также поставить ряд проблем, касающихся процессуальных гарантий для сторон. Для решения этих проблем можно рассмотреть целый ряд способов, включая, например, один или несколько из следующих вариантов: уведомление сторонами о подготавливаемых сношениях; возможность личного присутствия при сношениях; предоставление сторонам протоколов сношений; осуществление сношений через третью сторону-посредника, согласованную сторонами.

## VII. ДОПОЛНИТЕЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ

101. Как уже отмечалось в самом начале, в настоящей записке не предполагалось охватить все вопросы, которые могут иметь отношение к проекту по трансграничной несостоятельности. В связи с этим Рабочая группа может пожелать рассмотреть другие возможные аспекты, которые следует урегулировать, в том числе, возможно, следующие вопросы, которые излагаются в целях содействия обсуждению.

### A. Обязанность информировать кредиторов

102. Кредиторы нередко с опозданием получают информацию о возбуждении производства по делу о несостоятельности в другой стране или не получают ее совсем. Представляется желательным и достижимым разработать типовое положение, предусматривающее, что, как только производство по делу о несостоятельности возбуждено, компетентный орган или управляющий должны незамедлительно и в индивидуальном порядке информировать известных кредиторов, проживающих в другой стране. Примеры возможных законодательных решений можно встретить в статье 30 Стамбульской конвенции и статье 32(1) проекта ЕС.

### B. Обязанность управляющих обмениваться информацией

103. Предполагается, что сотрудничество в области трансграничной несостоятельности было бы более эффективным, если бы управляющие, назначенные в рамках основного производства по делу о несостоятельности и территориального (вторичного) производства по делу о несостоятельности, обменивались между собой информацией, которая может иметь отношение к другому производству (см. статью 25 Стамбульской конвенции и статью 24 проекта ЕС).