

Содержание

Предисловие переводчиков	xv
Предисловие к русскому изданию	xvii
Благодарности	xix
Сокращения	xx
Введение	xxi

Глава 1. Завершающие заключения для третьего лица. Права и обязанности сторон 1–1

§ 1.1. Понятия «заключение», «письменные заключения», «лица, составляющие заключения», «лица, получающие заключения», «авторы заключения», «запрос заключения»	1–2
§ 1.2. Правовое заключение третьего лица как часть должной осмотрительности при ведении бизнеса	1–3
§ 1.3. Обусловленность требований к заключению потребностями бизнеса	1–4
§ 1.4. Завершающее заключение. Письменное заключение как условие завершения сделки	1–5
§ 1.5. Правовое заключение как действенная подсказка в правовой системе, ориентированной на судебное разрешение споров.....	1–5
§ 1.6. Контроль клиентом передачи заключения третьему лицу при невозможности контроля содержания самого заключения	1–7
§ 1.7. Недопустимость изменения завершающих заключений третьих лиц.....	1–7
§ 1.8. Обязанность третьего лица и право получателя полагаться на правовые заключения: должны ли заключения выдаваться по запросу клиента?	1–8
§ 1.9. Элементы общепринятой практики: общепринятое словоупотребление и осмотрительность.....	1–9
§ 1.10. Проблема «пустого» заключения.....	1–10
§ 1.11. Недопустимость злоупотребления оговорками.....	1–11
§ 1.12. Сопровождающие заключения: местный, специализированный, внутренний и другие советники	1–12
§ 1.13. Корпоративные юридические отделы — внутренние советники.....	1–12

Глава 2. Терминология и словоупотребление в практике составления правовых заключений для третьих лиц..... 2–1

§ 2.1. «Настоящим заключением устанавливаем»: точно определенное заключение и заключение с оговорками	2–2
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

§ 2.1.1.	Изъятия и допущения: термин «изъятие» подразумевает заключения с оговорками и ограничениями. Форма оговорки.....	2–2
§ 2.1.2.	В каком случае заключение признается неясным?	2–3
§ 2.2.	Значение терминологии и ее употребление в обычной практике	2–3
§ 2.3.	Развернутые и краткие заключения. Концепция «чистого заключения»	2–4
§ 2.4.	Мотивировочные, или разъясненные, заключения	2–5
§ 2.5.	Стандартная оговорка.....	2–6
§ 2.6.	Сформулированные, или специальные, оговорки.....	2–7
§ 2.7.	Допустимость заключения	2–7
§ 2.7.1.	Двойственность допустимости заключения.....	2–7
§ 2.7.2.	Допустим ли составитель заключения	2–7
§ 2.7.3.	Допустимо ли содержание заключения	2–8
§ 2.8.	«Пирамида заключений» и значение каждого заключения	2–10
§ 2.9.	Параллельные заключения.....	2–11
§ 2.10.	«Зонтичные» заключения против «раздельных» заключений.....	2–12
§ 2.11.	Распространенность изъятий относительно банкротства и оговорок о средствах правовой защиты в праве справедливости вне пределов заключений о средствах правовой защиты	2–13
§ 2.12.	Различие между будущим заключением и заключением об исполнении.....	2–14
§ 2.12.1.	Необходимость заключения об исполнении.....	2–14
§ 2.12.2.	Ограничения заключений об исполнении	2–15
§ 2.12.3.	Многовариантность будущих заключений	2–15
§ 2.13.	Применение презумпции права	2–16
§ 2.14.	«Насколько мне известно» / «мне не известно»	2–17
§ 2.14.1.	Оборот «насколько мне известно» относится к вопросам фактов	2–17
§ 2.14.2.	Фактические знания могут быть оговорками.....	2–17
§ 2.14.3.	Негативное утверждение	2–17
§ 2.15.	Недопустимость ссылки на публичный порядок в качестве стандартной оговорки	2–18

Глава 3. Основные допущения, формирующие практику выдачи заключений.....

§ 3.1.	Допущения, которые формируют практику выдачи заключений	3–2
§ 3.2.	Общепринятая практика — важнейшее основание для предоставления заключений, а также критерий для определения наличия ответственности перед третьими лицами	3–2
§ 3.3.	Необходимость придерживаться консервативного подхода при выдаче заключений неклиенту по поручению клиента	3–5
§ 3.3.1.	Некоторые особенности заключений для неклиентов.....	3–5
§ 3.3.2.	Сокращение до минимума заключений с подразумеваемым смыслом	3–6

§ 3.3.3.	Недопустимость нестандартных форм заключений	3–7
§ 3.3.4.	Представители получателя заключения.....	3–8
§ 3.3.5.	«Золотое правило»	3–8
§ 3.3.6.	Указание на общепринятую практику	3–9
§ 3.3.7.	Ограничения на дальнейшее использование письменного заключения	3–9
§ 3.4.	Предпочтительность заключений, не содержащих оговорок.....	3–10
§ 3.5.	Гибкость заключения и подход «четырёх углов листа»	3–10
§ 3.6.	Оговорки в заключении с точки зрения практичности. Дата заключения	3–12
§ 3.7.	Важность оговорки, связанной с кругом рассматриваемых законов	3–13
§ 3.8.	Добросовестность и заключение, которое может ввести в заблуждение	3–14
§ 3.9.	Отсутствие обязанности получателя заключения проявлять дополнительную осмотрительность.....	3–16
§ 3.10.	Некоторые вопросы, традиционно не рассматриваемые в заключении	3–16
§ 3.11.	Заключения — это профессиональные суждения, а не гарантии.....	3–18
§ 3.12.	Соглашение АВА — альтернатива общепринятой практике	3–18
Глава 4.	Составитель заключения в роли гипотетического судьи.....	4–1
§ 4.1.	Мыслительный процесс составителя заключения	4–1
§ 4.2.	Заключения как предположения	4–3
§ 4.3.	Юрист, мыслящий как судья	4–3
§ 4.4.	Гипотетический суд: применение права, действующего на момент заключения договора, и рассмотрение фактов, существующих в этот момент	4–4
§ 4.5.	Выдача заключения по средствам правовой защиты: гипотетический суд «изучает» будущие факты, чтобы проверить обстоятельства, освобождающие от ответственности.....	4–5
§ 4.6.	Право, применимое гипотетическим судом.....	4–7
Глава 5.	Установление факта и использование фактических предположений	5–1
§ 5.1.	Центральное место фактов в заключении.....	5–2
§ 5.2.	Истина, факты и пределы экономически оправданного и основанного на соглашении сторон процесса установления фактов	5–2
§ 5.3.	Общепринятая осмотрительность в фактических вопросах	5–3
§ 5.4.	Соответствие действительности результатов поиска фактов.....	5–4
§ 5.5.	«Лоскутное одеяло» фактов и допущений.....	5–5
§ 5.6.	Вопрос о качестве «лоскутков»: предпочтительность сертификатов, выданных должностными лицами клиента.....	5–7

§ 5.7.	Допустимость клиентских и связанных с клиентом заявлений	5–8
§ 5.8.	Концепция установления фактов	5–9
§ 5.9.	Формальность процесса установления фактов	5–9
§ 5.10.	Требования к надлежащему источнику при установлении фактов. Данные регистрирующих органов как надлежащий источник	5–10
§ 5.11.	Ненадежная информация и ограничения процесса установления фактов	5–12
§ 5.12.	Использование оговорки об «окончательном факте» при составлении заключения. Фактические сертификаты, эквивалентные запрашиваемому заключению	5–12
§ 5.13.	Допустимость ссылки на информацию, полученную из государственных источников, как на окончательный факт	5–13
§ 5.14.	Подготовка и проверка фактических сертификатов	5–14
§ 5.15.	Факты и знания юриста	5–15
§ 5.16.	Использование допущений вместо фактов	5–16
§ 5.17.	Незаявленные допущения фактов и презумпция регулярности	5–17
§ 5.18.	Заявленные предположения о факте	5–18
§ 5.19.	Факты, доступные на рабочем месте составителя заключения	5–18

Глава 6. Заключение о средствах правовой защиты

§ 6.1.	Переговоры по поводу соглашения и практическое значение заключения о правовой защите	6–2
§ 6.2.	Тождественность заключения о правовой защите и заключения об исполнимости. Комплексный подход к изучению предоставленных заключений	6–3
§ 6.3.	Состав заключения о правовой защите: (1) анализ процесса заключения договора и (2) исполнимость обязательств по договору	6–4
§ 6.4.	Структура договора: соотношение понятий «обязательство» и «соглашение»	6–4
§ 6.5.	Смысл термина «обязательство»	6–5
§ 6.6.	Анализ обязательств клиента	6–5
§ 6.7.	Значение и содержание заключения о правовой защите	6–5
§ 6.8.	Содержание заключения и временные рамки	6–7
§ 6.9.	Средство правовой защиты и исполнение в натуре	6–8
§ 6.10.	Отсутствие необходимости давать определение средству правовой защиты	6–9
§ 6.11.	Оговорка о реализации воли сторон	6–9
§ 6.12.	Недопустимые формулировки заключения о реализации воли сторон	6–11
§ 6.13.	Допустимые формулировки в заключении о правовой защите	6–12
§ 6.14.	История развития заключения о правовой защите	6–12
§ 6.15.	Оговорки в заключении о правовой защите. Оговорки в договоре и специальные оговорки	6–12

§ 6.16.	Оговорки в договоре (в том числе и незаявленные оговорки), относящиеся к заключению о правовой защите.....	6–14
§ 6.16.1.	Неизбежность договорных оговорок, в том числе незаявленных оговорок.....	6–14
§ 6.16.2.	Так называемая оговорка о банкротстве	6–14
§ 6.16.3.	Оговорки о принципах права справедливости (включая разумность и добросовестность)	6–16
§ 6.16.4.	Принцип международной вежливости и дело Allied Bank.....	6–19
§ 6.16.5.	Полномочия Президента США по TWEA и IEЕРА	6–20
§ 6.16.6.	Оговорки, присущие применимому праву	6–21
§ 6.17.	Специальная оговорка в заключении о правовой защите.....	6–22
§ 6.18.	Заключение договора.....	6–22
§ 6.19.	Нарушение норм иностранного права как оговорка в заключении	6–23
§ 6.20.	Заключение о правовой защите и арбитраж.....	6–23

Глава 7.	Анализ соглашений. Правовые заключения и трансграничные сделки.....	7–1
§ 7.1.	Соглашения и заключения, относящиеся к будущим событиям....	7–1
§ 7.2.	Три категории полномочий, исследуемых в заключении	7–3
§ 7.3.	Условие об избранном (применимом) праве.....	7–4
§ 7.4.	Ограничение коллизионными нормами избранного сторонами права	7–4
§ 7.5.	«Ограниченный» юрист и трансграничные сделки	7–5
§ 7.5.1.	Составление заключения не допущенным к практике юристом	7–6
§ 7.5.2.	Не допущенные к практике юристы и составление заключений по Общему закону о корпорациях штата Делавэр	7–7
§ 7.5.3.	Запрет на предоставление не допущенными к практике юристами финансовых заключений по законам Нью-Йорка. Полезность и допустимость заключения о правовой защите в «родной» юрисдикции, полученного от не допущенного к практике юриста	7–7
§ 7.5.4.	Практика не допущенных к практике юристов по составлению заключений в сфере недвижимости.....	7–8
§ 7.5.5.	Не допущенный к практике юрист и заключения о способности вести бизнес и о благоприятном финансовом состоянии компании	7–8
§ 7.5.6.	Заключения о судебных спорах и об отсутствии противоречий другим соглашениям в условиях трансграничных сделок.....	7–9
§ 7.6.	Экономически выгодный правовой анализ для составления трансграничных заключений	7–9

Глава 8. Общепринятая форма заключения для третьего лица	8–1
§ 8.1. Краткость заключения. Проблема обывательского заключения.....	8–2
§ 8.2. Структура текста заключения.....	8–3
§ 8.3. Преимущество положений применимого права. Неиспользование положений применимого права в заключениях о судебных спорах и о нарушении.....	8–4
§ 8.4. Дата — установка для заключения.....	8–6
§ 8.4.1. Дата заключения — это обычно дата завершения	8–6
§ 8.4.2. Если заключение датировано не моментом завершения	8–7
§ 8.4.3. Передача заключения на расстоянии.....	8–8
§ 8.5. Право на ссылку	8–8
§ 8.5.1. Право адресата заключения на ссылку	8–8
§ 8.5.2. Право третьего лица на ссылку	8–9
§ 8.5.3. Установление адресата и других лиц, имеющих право на ссылку	8–10
§ 8.5.4. Кто является адресатом заключения, выданного местным или специализированным юристом, на которое ссылается составитель заключения?	8–11
§ 8.6. Требования к заключению и описание сделки	8–11
§ 8.7. Установление и описание деятельности юриста	8–12
§ 8.8. Использование терминов.....	8–14
§ 8.9. Обычаи и отклонения от общепринятой практики.....	8–14
§ 8.10. Общее правило: в заключении не используются ограничения по рассмотренным в нем вопросам.....	8–16
§ 8.11. Допущение о передаче полномочий третьему лицу	8–17
§ 8.12. Ситуации, в которых задействовано право нескольких штатов или специализированное право	8–17
§ 8.12.1. Ограничение по применению права.....	8–18
§ 8.12.2. Ссылка на мнение штатного или специализированного юриста. Согласованность по содержанию и по форме. Отсутствие ссылки	8–19
§ 8.13. Подпись	8–21
Глава 9. Типовые заключения для третьего лица	9–1
§ 9.1. Трехсоставная схема заключений	9–2
§ 9.2. Установление стороны, статус которой подлежит обсуждению	9–2
§ 9.3. Заключения о корпоративном статусе.....	9–3
§ 9.3.1. Вопросы регистрации, устройства и действительного существования юридического лица	9–5
§ 9.3.2. Благоприятное финансовое положение и способность вести бизнес.....	9–9
§ 9.4. Иски	9–11
§ 9.4.1. Иски и проявление деловой осмотрительности	9–12
§ 9.4.2. Иски, касающиеся сделки.....	9–13

§ 9.5.	Как определиться с категорией «существенности» при составлении заключения?	9–13
§ 9.6.	Заключения относительно сделки	9–14
§ 9.6.1.	Отсутствие нарушения закона	9–14
§ 9.6.2.	Нарушение других соглашений	9–15
§ 9.6.3.	Получение государственных разрешений	9–16
§ 9.6.4.	Компетенция и полномочия юридического лица	9–17
§ 9.6.5.	Отсутствие противоречий со свидетельством о регистрации и другими локальными актами	9–19

Глава 10. Правовые заключения для третьего лица с точки зрения их получателя

§ 10.1.	Как юрист получателя заключения следит за процессом составления заключения. Первоначальный и уточненный запрос заключения	10–2
§ 10.2.	Приемлемость юриста: основным критерием является знание применимого права	10–3
§ 10.3.	Приемлемость содержания правового заключения	10–4
§ 10.4.	Информация, предоставляемая в заключении	10–5
§ 10.4.1.	Информация о клиенте	10–5
§ 10.4.2.	Действительно ли запрашивалось заключение о правовой защите?	10–6
§ 10.4.3.	Правовое положение. Вопросы полномочий и их предоставления в отношении сторон по договору, органов государства, третьих лиц и представителей	10–6
§ 10.4.4.	Дополнительное указание в правовом заключении права, отличного от применимого	10–7
§ 10.5.	Заключение как часть деловой осмотрительности	10–8
§ 10.6.	Список вопросов для предварительной оценки предлагаемого заключения	10–8
§ 10.6.1.	Указание на применение общепринятой практики	10–8
§ 10.6.2.	Дата заключения	10–9
§ 10.6.3.	Допустимость юриста	10–9
§ 10.6.4.	Связь с юристом получателя	10–9
§ 10.6.5.	Связь с третьими лицами	10–9
§ 10.6.6.	Оговорка по праву	10–9
§ 10.6.7.	Заключение об исполнении	10–10
§ 10.6.8.	Допустимость оговорки об осведомленности	10–10
§ 10.6.9.	Обсуждение понятия «существенный»	10–10
§ 10.6.10.	Подпись заключения	10–10
§ 10.6.11.	Формулировка оговорки о банкротстве	10–10

Глава 11. Запросы заключений

§ 11.1.	Роль автора заключения	11–1
§ 11.2.	Первоначальный запрос заключения	11–2

§ 11.2.1.	Пересмотр первоначального запроса.....	11-2
§ 11.2.2.	Возможность обучать получателя заключения	11-3
§ 11.3.	Что делать, если запрос заключения сформулирован неопределенно	11-3
§ 11.4.	Как избежать просрочек и предвидеть затраты — работа с проблемами и с привлеченными советниками.....	11-3
§ 11.5.	Время, необходимое для полного ответа на уточненный запрос заключения	11-4
§ 11.6.	Ограничение последующего использования заключения.....	11-5
§ 11.7.	Роль клиента в проведении переговоров по запросам заключений	11-5
§ 11.7.1.	Доступ к клиенту и снижение затрат на подготовку заключения	11-6
§ 11.8.	Оговорки и сопровождающие заключения.....	11-6
§ 11.9.	Предупреждение возможных возражений со стороны советников получателя.....	11-7

Глава 12. Комитет по заключениям: внутренние стандарты составления заключения..... 12-1

§ 12.1.	Создание комитетов по заключениям как устоявшаяся практика юридических фирм, занимающихся корпоративным правом.....	12-1
§ 12.2.	Специализация и комитет по заключениям.....	12-2
§ 12.3.	Юридическая практика в нескольких штатах и многонациональная практика, слияние юридических фирм, партнеры и комитет по заключениям.....	12-2
§ 12.4.	Типовые составляющие деятельности комитета по заключениям	12-3
§ 12.4.1.	Образовательная деятельность.....	12-3
§ 12.4.2.	«Горячие линии».....	12-4
§ 12.4.3.	Редакция второго партнера.....	12-4
§ 12.4.4.	Пересмотр нестандартного заключения	12-5
§ 12.4.5.	Формальные и неформальные консультации по заключению	12-5
§ 12.4.6.	Координирующая роль руководителя практики при составлении заключения.....	12-5
§ 12.5.	Роль проверяющего партнера и ответственность по сделке	12-6
§ 12.6.	Проверка завершающих заключений	12-7

Глава 13. Этика и профессиональная ответственность..... 13-1

§ 13.1.	Этическое соответствие заключений для третьего лица	13-1
§ 13.1.1.	Справедливо, но не независимо	13-2
§ 13.1.2.	Отсутствие необходимости раскрытия третьему лицу информации о взаимоотношениях с клиентом.....	13-2
§ 13.2.	Кому принадлежит заключение: составителю или автору?	13-3
§ 13.3.	Общность интересов, этика и ответственность.....	13-4

§ 13.4.	Измененное модельное правило 2.3.....	13–4
§ 13.5.	Свод законов (третья редакция), регулирующих деятельность юристов, § 95	13–5
§ 13.6.	Общепринятая практика и ответственность	13–5
§ 13.7.	Общепринятая практика отражает национальный обычай, а не местные стандарты деятельности.....	13–6
§ 13.8.	Специалист и юрист низкой квалификации.....	13–6
§ 13.9.	Конфиденциальность клиента.....	13–7
§ 13.10.	Ответственность перед клиентом за небрежность при получении заключения	13–8
§ 13.11.	Законодательство штата Род-Айленд — запрет на предоставление правовых заключений для третьего лица	13–8

Глава 14. Заключения по неакционерным обществам и образованиям..... 14–1

§ 14.1.	Введение.....	14–1
§ 14.2.	Два вида неакционерных компаний.....	14–2
§ 14.2.1.	Организации, деятельность которых носит разрешительный характер.....	14–2
§ 14.2.2.	Организации, деятельность которых регламентируется общим правом	14–3
§ 14.3.	Определение документов, имеющих отношение к заключению	14–4
§ 14.3.1.	Организации, деятельность которых носит разрешительный характер.....	14–4
§ 14.3.2.	Организации, деятельность которых регламентируется общим правом	14–4
§ 14.4.	Заключения о правовом положении общества.....	14–5
§ 14.4.1.	Создание и устройство	14–5
§ 14.4.2.	Свидетельство существования и благоприятное финансовое положение.....	14–6
§ 14.5.	Компетенция и полномочия.....	14–6
§ 14.5.1.	Компетенция	14–6
§ 14.5.2.	Полномочия	14–7

Глава 15. Составление правовых заключений для клиентов 15–1

§ 15.1.	Введение.....	15–1
§ 15.2.	Формальное заключение или неформальный совет?	15–2
§ 15.3.	Ответственность перед клиентом: зависимость от особенностей проекта	15–2
§ 15.4.	Ответственность после завершения	15–3
§ 15.5.	Кто является вашим клиентом?	15–3
§ 15.5.1.	Клиентом является организация, а не ее должностные лица	15–3
§ 15.5.2.	Все компании, входящие в группу, могут рассматриваться как клиенты.....	15–4

§ 15.6.	Консультирование клиента по вопросам государственного регулирования	15–4
§ 15.6.1.	Преимущество требований государственных органов перед стандартами общепринятой практики	15–4
§ 15.6.2.	Закон Сарбейнса–Оксли и регулирование юридического обслуживания клиента актами SEC	15–5
§ 15.7.	Ограничения использования стандартов общепринятой практики при составлении заключений для клиентов	15–5
§ 15.7.1.	Общепринятое словоупотребление.....	15–5
§ 15.7.2.	Общепринятая осмотрительность.....	15–5
§ 15.8.	Существенные отличия заключений для клиентов от заключений для третьего лица.....	15–6
Приложение А.	Руководство АВА II	Прил. А–1
Приложение В.	Принципы АВА	Прил. В–1
Приложение С.	Завершающие заключения для третьих лиц (извлечения)	Прил. С–1
Приложение D.	Свод законов (третья редакция), регулирующих деятельность юристов (2000), § 95	Прил. D–1
Приложение E.	Свод законов (третья редакция), регулирующих деятельность юристов (2000), § 51	Прил. E–1
Приложение F.	Измененное модельное правило 2.3	Прил. F–1
Приложение G.	Свод законов (вторая редакция) о деликтах, § 299A.....	Прил. G–1
Приложение H.	Свод законов (вторая редакция) о деликтах, § 552	Прил. H–1
Типовые формы		Ф–1
Примерное заключение. Ответ на запрос, направленный юристом кредиторам юристу заемщика		Ф–1
Вариант заключения в случае, когда юрист не готов сделать выводы по праву избранной юрисдикции.....		Ф–4
Примерный образец Сертификата должностного лица Компании о внутренних постановлениях.....		Ф–5
Типовой сертификат о должностях и подписях.....		Ф–6
Образец сертификата должностного лица		Ф–8
Указатель терминов		У–1
Послесловие переводчиков		П–1

Предисловие переводчиков

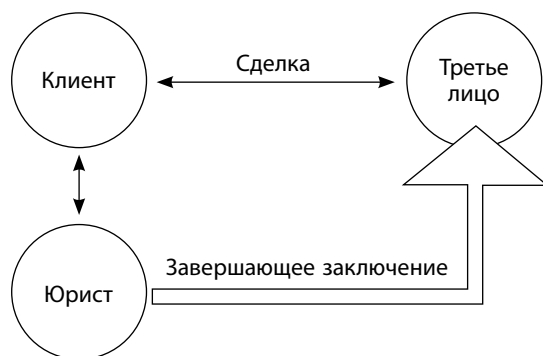
В российскую юридическую практику с недавних пор вошли такие понятия, как правовое заключение, консультативное мнение (legal opinion). Они пришли к нам из западного правового лексикона и были активно восприняты практически всеми слоями отечественного правового сообщества. Причем, как это обычно бывает, от просто названия до глубинного понимания того, что за этим стоит, — дистанция огромного размера.

Очевидно, что, прежде чем использовать какое-либо правовое понятие в своей практике, необходимо разобраться в его сущности, назначении и особенностях.

Для этого мы обратились к работе признанного профессионала в этой сфере — гуру в области подготовки правовых заключений Артуру Норману Филду. В своей книге он систематизировал процесс подготовки и представления правовых заключений и дал разъяснения для юристов, составляющих и получающих заключения.

Работа содержит ряд особенностей, на которые перед началом чтения необходимо обратить внимание.

1. Автор вводит новые для российского читателя понятия и категории. Так, автор оперирует понятием «завершающее заключение для третьих лиц», суть которого состоит в следующем. В деловом обороте в процессе совершения сделки стороны проходят ряд этапов и приготовлений, результатом которых и является завершающая (итоговая) сделка. Зачастую сторона по сделке (клиент) обращается к юристу (штатному или же в юридическую фирму) с целью анализа документации сделки, корпоративного статуса сторон, а также правовых



рисков и последствий совершаемой сделки. Результаты такого анализа передаются контрагенту по сделке, который выступает в системе подготовки заключения в качестве третьего лица. Само же заключение является правовым заключением для третьего лица.

Вместе с тем многие положения автоматически переносятся и на выдачу правовых заключений непосредственно клиенту.

2. Особенностью настоящей книги является тот факт, что она написана американским автором и его исследования основаны на англо-саксонской правовой системе с присущими ей особенностями. Так, следует учитывать наличие в ней прецедентов как источников права, а также обычного права. Кроме того, свои особенности присущи и системе права США. Соединенные Штаты Америки — федеративное государство, правовая система которого состоит из федеративного права и права штатов. Правовые нормы одного штата в значительной степени отличаются как от норм, принимаемых в другом штате, так и от правовых норм, принимаемых на уровне федерации. Причем последние носят в большей степени рекомендательный характер. Таким образом, складывается система, при которой юристы, практикующие в одном штате, не знакомы с правовой системой другого штата и не вправе готовить заключения по сделке, к которой будет применимо право этого штата.
3. Автор анализирует такую важную проблему в сфере подготовки и выдачи правовых заключений, как ответственность составителей заключения. Отмечается, что ответственность лежит не на всей юридической фирме, а на группе юристов, участвующих в процессе подготовки заключения. Такая группа несет ответственность как за качество предоставляемого исследования (поскольку предполагается, что юрист, подготавливающий заключение, обладает необходимой для этого компетенцией и осмотрительностью), так и за сохранение конфиденциальности информации клиента.

В книге рассматривается западный опыт подготовки правовых заключений, но он может быть применим и успешно применяется лидерами рынка в России уже сейчас. Систематизация и всестороннее изучение проблемы, проведенные Артуром Н. Филдом, позволяют не изобретать лишний раз велосипед.

Мы, как переводчики, открыты для обсуждения достоинств и недостатков этого исследования.

Андрей Зеленин (zelenin@legas.ru),
Екатерина Журбина (zhurbina@legas.ru)
Legas Legal Solutions
Москва, июль 2005

Предисловие к русскому изданию

У российских юристов должно быть по крайней мере две причины, чтобы заинтересоваться в завершающих заключениях для третьих лиц, составленных по американской модели:

1. В настоящее время растет количество деловых сделок между компаниями России и США. В связи с этим, вполне вероятно, к российским юристам будут обращаться с запросами о выдаче именно таких заключений. К тому же они могут выступать получателями подобных результатов правового анализа от другой стороны сделки. Следовательно, у российских юристов возникнет необходимость понять смысл этих заключений, а также объем работы, требуемый для их составления.
2. Завершающие заключения для третьих лиц помогают юристам общаться друг с другом по поводу сделки, сторонами которой являются их клиенты, а также о самих сторонах сделки и о связанных с ней обстоятельствах. Вероятно, в связи с увеличением объема деловых сделок в России российские юристы рассмотрят возможность использования при составлении заключений системы, схожей с американской.

В США уже более 100 лет юристы предоставляют другой стороне правовые заключения по большому количеству наиболее важных сделок. Они охватывают такие вопросы, как полномочия их клиентов по заключению сделок, степень, с которой может быть гарантирована судебная защита в случае нарушения условий соглашения, отсутствие нарушений закона, а также наличие или отсутствие текущих судебных разбирательств и государственных расследований.

Во время подготовки к сделке каждая сторона обязана проверить финансовое положение и репутацию своего партнера, а также его способность исполнить взятые на себя обязательства. Чтобы исследовать такие правовые последствия сделки, сторонам необходима помощь юриста. Будут ли условия соглашения приведены в исполнение судом? Если обнаружится, что представитель другой стороны не уполномочен действовать от ее имени, будет ли соглашение иметь силу? В случае нарушения какими-либо условиями соглашения требований закона, повлечет ли это за собой недействительность всего соглашения или следствием будет только уплата штрафа либо иная санкция? Ответы на эти вопросы, конечно, может дать и свой юрист. Однако традиционно большинство из этих проблем находят свое отражение в формализованных правовых заключениях, предоставляемых юристом другой стороны по сделке. Почему так происходит? Дело в том,

что чаще всего эти вопросы касаются очень тонких деталей, например дел, находящихся в производстве. Такие подробности легче выяснить юристу другой стороны у своего клиента, чем путем прямого обращения к партнеру по сделке. Конечно, на вопросы, касающиеся самого соглашения, может ответить любой его участник. Однако только юрист другой стороны может дать подробный ответ о государственных и иных ограничениях, действующих в отношении своего клиента, которые не столь очевидны, но могли бы повлиять на его способность исполнить сделку.

Завершающие заключения для третьего лица являются итогом складывавшегося в течение длительного времени обычая между профессиональными юристами. Этот обычай позволяет им понять, какой объем правового анализа осуществлен при подготовке заключения и как толковать само заключение с внесенными в него оговорками. В отсутствие общепринятой практики юристам пришлось бы каждый раз снабжать результаты своей работы подробным описанием. В таком случае заключение представляло бы документ огромного объема, поскольку потребовалось тщательное перечисление всех использованных оговорок и допущений.

Важно отметить, что правовое заключение для третьего лица не следует рассматривать как элемент защиты интересов клиента. Оно в равной степени должно быть справедливым по отношению к получателю. Поэтому заключение не просто «обоснованная догадка» или утверждение, что сделанный вывод является более вероятным, чем другие. Если вопрос, рассмотренный в заключении, представляется его составителю по некоторым причинам не до конца ясным, он должен прямо указать на это. Юристы могут предоставить заключение только в том случае, если они полностью уверены в сформулированных в нем выводах.

Завершающие заключения для третьего лица не должны использоваться для введения в заблуждение. Считается неприемлемым предоставлять заключение при завершении сделки, в отношении которой юристу известны факты мошенничества, даже если по формальным признакам оно является верным.

Из вышеизложенного со всей очевидностью вытекает, что правовое завершающее заключение для третьего лица несет в себе гораздо больше смысла, чем в нем написано. Поэтому в этом вопросе необходимо основательно разобраться. Однако настоящих экспертов в области заключений крайне мало. Те юристы, которые занимаются сопровождением сделок, в ходе своей практики постепенно приходят к пониманию того, как составлять и получать такие заключения. Эта книга помогла американским, а теперь, надеюсь, поможет и российским юристам освоить общепринятую практику, применяемую к завершающим заключениям для третьих лиц.

А.Н. Филд
Нью-Йорк,
июль 2005

Благодарности

В этой книге я излагаю свои взгляды, которые формировались в течение более двадцати лет на продолжительных и оживленных дискуссиях в Комитете по заключениям TriBar. Мой интерес к проблеме правовых заключений (как и к карьере юриста в целом) постоянно подпитывался и обогащался такими дебатами. Члены комитета — выдающиеся личности, и для меня было большой честью работать с каждым из них. Комитет в разное время возглавляли великолепные профессионалы Стэн Комарофф, Мортон Москин, Майк Сигал и Дональд Бернштейн. Комитет по правовым заключениям Секции предпринимательского права Ассоциации американских юристов (ABA) возглавляют заслуженные члены TriBar, а именно почтенные Томас Амбро, Стив Уэйз и Дональд Глезер (с кем мне, к счастью, довелось подолгу оживленно дискутировать, когда мы совместно руководили многими программами Института практического правоведения (PLI) по правовым заключениям).

Книга не была бы логически завершена без выдающегося труда Джеймса Дж. Фулда в части оформления процесса изучения правовых заключений. Проницательность Джима дополняется его теплотой и великодушием. И я с радостью выражаю ему благодарность за это.

Выражаю благодарность Карен О'Коннел и Джину Томпсону за их полезное, разумное и неутомимое участие в написании данного труда.

Сокращения

ABA (American Bar Association) — Американская ассоциация юристов

Bus. Law. (Business Lawyer) — Американский правовой журнал «Бизнес-юрист»

C.F.R. (Code of Federal Regulations) — Собрание федеральных нормативных актов

Fed. Reg. (Federal Register) — Федеральный регистр (основной документ, содержащий нормы административного права и нормы гражданско-правового представительства; выходит ежедневно)

Fed. R. Evid. (Federal Rules of Evidence) — Федеральные правила о доказательствах

F. Supp. (Federal Supplement) — сборник судебных решений Федеральных окружных судов и претензионного суда США (U.S. Court of Claims)

TriBar — Комитет по правовым заключениям TriBar

U.S.C. (The Code of the Laws of the United States of America) — Свод законов США

Ссылки на судебные решения. Общая форма:

[наименование истца] против [наименование ответчика], [том источника публикации] [название источника публикации] [первая страница дела], [ссылка на конкретную страницу] [Аббревиатура суда и дата решения]

Введение

Рекомендации по использованию книги

Эта книга предназначена для практикующих специалистов. Немногие найдут время или желание прочитать этот труд полностью. Таким образом, целью моей работы стало содействие быстрому поиску информации как о выдаваемых, так и о получаемых заключениях.

В главах 1–4 содержатся основы теоретических знаний для юристов, выдающих или получающих завершающие правовые заключения, составленные в соответствии с общепринятой практикой¹. Мы предлагаем пространное вступление со ссылками на главы, расположенные в соответствующем порядке. Эти главы служат своего рода ориентиром для тех, кто работает с заключениями.

В последнем разделе книги приведены образцы заключений и относящиеся к ним акты, а также альтернативные заключения для использования совместно с приложениями TriBar II. Кроме того, этот труд содержит приложения — источники, используемые при подготовке правовых заключений (см. ниже). Примеры заключений являются отличными шаблонами, но, как и любой образец, они должны быть приведены в соответствие с конкретным случаем, по которому выдается заключение.

Эту работу следует использовать вместе с принципами TriBar II и ABA, а также с директивами ABA II. По проблемам, которые широко освещены в указанных источниках, необходимость в использовании книги сравнительно мала. В случаях когда сфера охвата этих источников ограничена или они противоречат друг другу, значение настоящей работы возрастает.

Основные источники, используемые при подготовке правовых заключений

Ниже приведены, на наш взгляд, основные и наиболее важные, помимо прецедентного права и основных докладов коллегий адвокатов, источники норм по завершающим заключениям для третьих лиц. В книге используются

¹ Данная книга посвящена заключениям, основанным на общепринятой практике. Поскольку заключения, составленные в соответствии с Соглашением ABA (см. § 3.12 книги), не являются таковыми (а, скорее, выступают альтернативой им), в данной работе они подробно не рассматриваются.

сокращенные наименования этих актов (здесь выделены жирным шрифтом), полное их название дано рядом курсивом.

Данные источники приведены в полном объеме в приложениях к книге (соответствующие приложения указаны после сокращенных ссылок в скобках). Книга по способу изложения и по терминологии сходна с этими источниками.

TriBar II (приложение С)

Доклады Комитета по заключениям TriBar, в особенности *«Завершающие заключения для третьих лиц»*, 53 *Business Lawyer*, 591 (1998).

Руководство АВА II (приложение А)

Секция предпринимательского права Американской ассоциации юристов, Комитет по правовым заключениям — *Руководство по подготовке завершающих заключений*, 57 *Business Lawyer*, 895 (2002)².

Принципы АВА (приложение В)

Секция предпринимательского права Американской ассоциации юристов, Комитет по правовым заключениям — *Принципы правовых заключений*, 53 *Business Lawyer*, 831 (1998).

Свод законов (третья редакция), регулирующих деятельность юристов (2000), § 95 и 51 (приложения D и E)

Свод законов (вторая редакция) о деликтах (1976), § 299A и 552 (приложения G и H)

Измененное модельное правило 2.3 (приложение F)

Модельные правила профессионального поведения 2.3 (2002).

Толкование судебных решений по заключениям в делах об ответственности выдавших их юристов

В толковании судебных решений по правовым заключениям очень легко допустить ошибку. Многие из этих решений являются результатом проведения упрощенного производства. Суды не вправе отказать в рассмотрении дела в случае упрощенного производства, если им удастся установить, что заявленные утверждения могут быть доказаны. Таким образом, например, в деле *Vereins-Und Westbank*³ суд отказал в требовании об

² Предыдущую версию руководства см. 47 *Bus. Law.*, 224 (1991).

³ Дело *Vereins-Und Westbank*, AG *по*мощи Carter, 691 F. Supp. 704 (S.D.N.Y., 1988).

упрощенном производстве на основании правового заключения, в котором говорилось о том, что партнерство с ограниченной ответственностью находилось в хорошем финансовом положении, из чего был сделан вывод об определенных отчислениях наличными в пользу партнерства. С уверенностью можно сказать, что правовое заключение не обладает таким значением в обычной практике. Отказ в проведении упрощенного производства следует трактовать как наделение истца возможностью (1) доказывать, что заключение содержало сведения, указывающие на отсутствие его связи с обычной практикой, и, следовательно, оно должно толковаться расширительно, или (2) использовать результаты экспертизы о том, что выданное заключение следует толковать, как и было заявлено, в соответствии с общепринятой практикой. В обоих случаях присутствует спор о фактах, а значит, существует препятствие проведению упрощенного производства. Поэтому, изучая случаи отказа суда в проведении упрощенного производства, сложно сделать правильные выводы о содержании общепринятой практики.

В судебной практике, по сравнению с другими видами заключений, преобладают прецеденты, которые касаются заключений, выдаваемых по поводу выпуска ценных бумаг. Данные прецеденты необходимо изучать для того, чтобы определить, что именно затрагивается предметом спора: вопросы правового заключения или же нормы, касающиеся ценных бумаг. Правовые заключения, выдаваемые по поводу выпуска акций, нередко обладают природой, сходной с природой заключений по займам и сделкам по приобретению компаний (например, слияние, передача прав). Подобные заключения относятся к сфере применения обычной практики и должны быть проанализированы так же, как и аналогичные заключения по займам и сделкам по приобретению компаний. Однако если заключение выдано по вопросу выпуска ценных бумаг, оно может стать публичным материалом, т.е. частью информации, доступной потенциальным покупателям. В этом случае должны применяться правила по противодействию мошенничеству в сфере ценных бумаг. Например, в *деле Latham & Watkins*⁴ суд исследовал обычные оговорки по применению законов, указываемых в заключениях, с тем чтобы проследить соблюдение нормы 10b-5⁵. Вполне возможна ситуация, когда обычные нормы по заключениям соблюдаются, а правила по противодействию мошенничеству нет.

⁴ Дело *Resolution Trust Corp. против Latham & Watkins & Robert J. Rosenberg*, 909 F. Supp. 923 (S.D.N.Y., 1995).

⁵ Это правило принято Комиссией по ценным бумагам и биржам в соответствии с Законом о биржах 1934 года (Exchange Act, 1934) и касается недопустимости использования манипулирующих и вводящих в заблуждение приемов на рынке ценных бумаг. — Прим. перев.

Терминология

Термин «исключение» в этой работе включает понятия «оговорка» и «изъятия». По иным вопросам терминологии и словоупотребления в общепринятой практике и в этой книге смотрите § 2.1.1.

Глава 1

Завершающие заключения для третьего лица. Права и обязанности сторон

- § 1.1. Понятия «заключение», «письменные заключения», «лица, составляющие заключения», «лица, получающие заключения», «авторы заключения», «запрос заключения»
- § 1.2. Правовое заключение третьего лица как часть должной осмотрительности при ведении бизнеса
- § 1.3. Обусловленность требований к заключению потребностями бизнеса
- § 1.4. Завершающее заключение. Письменное заключение как условие совершения сделки
- § 1.5. Правовое заключение как действенная подсказка в правовой системе, ориентированной на судебное разрешение споров
- § 1.6. Контроль клиентом передачи заключения третьему лицу при невозможности контроля содержания самого заключения
- § 1.7. Недопустимость изменения завершающих заключений третьих лиц
- § 1.8. Обязанность третьего лица и право получателя полагаться на правовые заключения: должны ли заключения выдаваться по запросу клиента?
- § 1.9. Элементы общепринятой практики: общепринятое словоупотребление и осмотрительность
- § 1.10. Проблема «пустого» заключения
- § 1.11. Недопустимость злоупотребления оговорками
- § 1.12. Сопровождающие заключения: местный, специализированный, внутренний и другие советники
- § 1.13. Корпоративные юридические отделы — внутренние советники

Примечание. Введение к этой работе включает список используемых сокращений и ссылки на основные источники информации по рассматриваемой проблеме. Вводная часть также содержит предложения по толкованию судебных решений по заключениям в делах об ответственности выдавших их юристов, которые могут быть полезны читателям.

Конец ознакомительного фрагмента.
Приобрести книгу можно
в интернет-магазине «Электронный универс»
(e-Univers.ru)