Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
7 October 2022
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Шестьдесят первая сессия
Вена, 12–16 декабря 2022 года

Применимое законодательство в производстве по делам о несостоятельности

Записка Секретариата

Добавление

Содержание

Стр.

III. Вопросы, рассмотрение которых было отложено . . . 2
A. Перечень вопросов, рассмотрение которых было отложено . . . 2
B. Вопросы, касающиеся пунктов перечня lex fori concursus, рассмотрение которых было отложено . . . 3
C. Исключение из правила lex fori concursus: платежные и расчетные системы и регулируемые финансовые рынки . . . 20
IV. Вопросы, еще не рассмотренные Рабочей группой . . . 21
A. Приоритет международных обязательств и императивные нормы, имеющие преимущественную силу . . . 21
B. Толкование . . . 22
C. Прочие вопросы . . . 22

V.22-22719 (R)

Просьба отправить на вторичную переработку

III. Вопросы, рассмотрение которых было отложено

A. Перечень вопросов, рассмотрение которых было отложено

1. Рабочая группа отложила для дальнейшего рассмотрения следующие вопросы, касающиеся пунктов перечня lex fori concursus:

a) в отношении пункта (c) об образовании и составе имущественной массы — будут ли последствия производства по делу о несостоятельности для режима цифровых активов, прав и лицензий на интеллектуальную собственность регулироваться lex fori concursus или другим законодательством[1];

b) в отношении пункта (d) о защите и сохранении имущественной массы и с учетом статьи 20 ТЗТН (и комментария к ней) и статья 18 новой редакции ЕРН — будут ли последствия производства по делу о несостоятельности для возможности приведения в исполнение заключенного арбитражного соглашения, вынесенного арбитражного решения или арбитражного разбирательства, открытого до открытия производства по делу о несостоятельности, регулироваться lex fori concursus или другим законодательством[2];

c) в отношении пункта (g) о расторжении сделок и с учетом статьи 16 новой редакции ЕРН — должны ли законодательные положения исключать применение lex fori concursus к расторжению какой-либо сделки, наносящей ущерб всем кредиторам, если такая сделка подпадает под действие законодательства, отличного от lex fori concursus, и такое другое законодательство не предусматривает каких-либо средств оспаривания этой сделки в соответствующем случае[3];

d) в отношении пункта (h) о режиме контрактов и с учетом статьи 11.1 новой редакции ЕРН — будут ли последствия производства по делу о несостоятельности для контракта, дающего право на приобретение или использование недвижимого имущества, регулироваться lex fori concursus или законодательством места нахождения недвижимого имущества (lex rei sitae)[4];

e) в отношении пункта (i) о режиме зачета — разъяснение аспектов зачета, подпадающих под действие lex fori concursus, и аспектов, подпадающих под действие другого применимого законодательства[5];

f) в отношении пункта (j) о режиме обеспеченных кредиторов — будет ли этот режим регулироваться lex fori concursus или другим законодательством[6];

g) в отношении пунктов (k) и (l) о правах и обязательствах должника и об обязанностях и функциях управляющего в деле о несостоятельности, соответственно, — имеет ли преимущественную силу lex fori concursus или же законодательство признающего государства в случае коллизии в отношении права должника выполнять функции представителя имущественной массы в признающем государстве. Рабочая группа решила рассмотреть этот вопрос в контексте норм применимого права, касающихся параллельных производств по делу о несостоятельности[7];

h) в отношении пункта (o) об очередности требований и с учетом пункта 84 комментария к рекомендациям 30–34 Руководства — следует ли, и если да, то каким образом, определять правила установления эквивалентности меж-

[1] A/CN.9/1094, п. 72.
[2] Там же, п. 73.
[3] Там же, пп. 74–76.
[4] Там же, п. 77.
[5] Там же, п. 78.
[6] Там же, п. 79.
[7] Там же, п. 80.

ду местными и иностранными требованиями для целей их режима в рамках производства по делу о несостоятельности. Рабочая группа сочла термины «обычные требования» и «эквивалентность» в этом комментарии неясными и требующими дальнейшего разъяснения и решила рассмотреть эти вопросы в контексте норм применимого права, касающихся параллельных производств по делу о несостоятельности[8];

i) в отношении предлагаемого дополнительного пункта (t) об обязанностях и ответственности директоров, как они рассматриваются в части четвертой Руководства, — следует ли включать этот пункт, и если да, то каковы должны быть его охват и формулировка[9];

j) следует ли расширить перечень lex fori concursus ссылкой на соответствующие действия (предусмотренные законодательством о несостоятельности и связанные с производством по делу о несостоятельности)[10].

2. Кроме того, Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о сфере действия исключения из правила lex fori concursus, содержащегося в рекомендации 32 Руководства[11].

3. Секретариат представляет приводимые ниже справочную информацию и пункты для рассмотрения в связи с этими вопросами.

B. Вопросы, касающиеся пунктов перечня lex fori concursus, рассмотрение которых было отложено

1. Режим прав и лицензий на ИС и цифровых активов в производстве по делам о несостоятельности

a) Справочная информация

4. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа отметила, что, хотя в Руководстве не содержится никаких ссылок на «цифровые активы» или «лицензии», в нем прямо говорится о правах и лицензиях на ИС при описании «нематериальных активов», составляющих имущественную массу в деле о несостоятельности[12]. Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о том, будут ли цифровые активы, права и лицензии на ИС подпадать под одну и ту же категорию и следует ли применять к ним одинаковый режим. На этой сессии было сочтено, что имеет смысл закрепить применение lex fori concursus к режиму цифровых активов и прав и лицензий на ИС в производстве по делу о несостоятельности как к части имущественной массы должника в деле о несостоятельности[13]. Было указано на специфику таких активов (в частности, сложность установления их местонахождения и определения юрисдикции).

5. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа согласилась с тем, что для окончательного решения вопроса о применимом законодательстве в контексте цифровых активов и прав и лицензий на ИС потребуются дальнейшие обсуждения. Были упомянуты проблемы локализации цифровых активов и квалификации лицензий[14]. Было признано необходимым собрать дополнительную ин-

---

[8] Там же, п. 82.
[9] Там же, п. 83.
[10] Там же, п. 71.
[11] Там же, п. 87.
[12] См. рекомендации 35–38 Руководства и сопроводительный комментарий.
[13] A/CN.9/1088, п. 91.
[14] См., например, ECJ, *Comité d'entreprise de Nortel Networks SA and Others v. Cosme Rogeau and Cosme Rogeau v Alan Robert Bloom and Others*, C-649/13, paras. 10, 15, and paras. 47-55 (https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164958&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=487075) и Canada, Superior Court of Justice, 12 May 2015 *Re Nortel Networks* Corporation, 2015 ONSC 2987 (https://kmlaw.ca/wp-content/uploads/2015/07/nortel_AllocationDec_12May15.pdf).

формацию о режиме этих активов в рамках производства по делу о несостоятельности на основе консультаций с соответствующими экспертами и организациями, такими как Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА) и Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС)[15].

6. В соответствии с этой просьбой секретариат провел консультации с ВОИС по вопросам режима прав и лицензий на ИС в производстве по делам о несостоятельности и установил, что ВОИС до сих пор не проводила работу по этому вопросу. Консультации с УНИДРУА свидетельствовали об углубленном рассмотрении темы цифровых активов, включая режим цифровых активов в производстве по делам о несостоятельности и вопросы международного частного права, связанные с цифровыми активами.

b) Режим прав и лицензий на ИС в производстве по делам о несостоятельности

7. Рабочая группа сочла также, что ей необходима дополнительная информация о режиме прав и лицензий на ИС в производстве по делам о несостоятельности, прежде чем она сможет принять решение о законодательстве, которое будет регулировать последствия производства по делам о несостоятельности для прав и лицензий на ИС[16]. За основу для приводимого ниже анализа основных положений законодательства о несостоятельности, касающихся режима прав и лицензий на ИС в производстве по делам о несостоятельности, было взято Руководство, при этом было отмечено, что Руководство не является международным договором или типовым законом, а режим прав и лицензий на ИС в производстве по делам о несостоятельности сильно различается в зависимости от юрисдикционной системы и существенно изменился с момента принятия Руководства. Режим ИС в производстве по делам о несостоятельности может зависеть от многих факторов, в частности от характера ИС (т. е. от того, подлежит ли она защите). Например, в одних юрисдикционных системах товарные знаки и коммерческая тайна защищаются, а в других нет. Различные режимы могут также применяться к отечественной и зарубежной ИС, при этом обеспечивается защита только первой категории. В рамках одной юрисдикционной системы и производства по делу о несостоятельности режим ИС может зависеть, например, от условий лицензии на ИС и от того, кто является должником — лицензиар или лицензиат.

8. Согласно Руководству, права и лицензии на ИС рекомендуется включать в состав имущественной массы, когда владельцем прав на ИС или лицензиаром является должник и ИС является частью имущественной массы должника. Если должник является лицензиатом, частью имущественной массы должника являются права и интересы должника в интеллектуальной собственности. Следовательно, в соответствии с материально-правовыми нормами законодательства о несостоятельности, рекомендуемыми в Руководстве, введение моратория не позволит контрагенту по лицензии на ИС предпринимать какие-либо действия в отношении лицензии в ходе производства по делу о несостоятельности, включая одностороннее изменение или прекращение действия лицензии.

9. Как отмечалось в документе A/CN.9/WG.V/WP.87, который был представлен Рабочей группе на ее тридцать шестой сессии в 2009 году, обсуждения в Рабочей группе указывают на то, что вопросы, связанные с ИС, затрагивались лишь дважды в ходе работы над Руководством и оба раза в контексте режима контрактов после открытия производства по делу о несостоятельности и подробно не обсуждались. Вопросы, связанные с ИС, рассматриваются в Руководстве следующим образом:

---

[15] A/CN.9/1094, п. 72.

[16] Там же.

a) в качестве фактора, обосновывающего соблюдение оговорок об автоматическом прекращении контракта или ускорении его исполнения, на том основании, что создатели ИС должны иметь возможность контролировать использование этой собственности, или с учетом последствий прекращения контракта, особенно связанного с нематериальными активами, для коммерческого предприятия контрагента (пункт 115 части второй, глава II);

b) в качестве фактора, обосновывающего отмену таких оговорок об автоматическом прекращении или ускорении исполнения, когда, например при реорганизации, контракт предусматривает использование интеллектуальной собственности, воплощенной в основном товаре, и продолжение исполнения контракта может способствовать повышению доходного потенциала коммерческого предприятия, сохранить стоимость контрактов и содействовать участию всех кредиторов в процессе реорганизации (пункт 116 части второй, глава II); и

c) в контексте двух категорий общих исключений из полномочий на продолжение исполнения, отказ от исполнения и уступку контрактов, которые предусматриваются в законодательстве о несостоятельности. Первая категория касается исключений, предусмотренных для конкретных видов контрактов, при этом приводится несколько примеров — краткосрочные финансовые контракты, договоры страхования и договоры займа. Далее в комментарии отмечается, что «Может оказаться уместным и исключение полномочий на отказ от исполнения в случае [в частности] таких контрактов, как соглашения, в которых должник выступает арендодателем или лицензиаром по договору франшизинга или договору о лицензировании интеллектуальной собственности, когда прекращение соглашения приведет к закрытию коммерческого предприятия контрагента или вызовет серьезные последствия для его коммерческих операций, особенно если преимущества для должника будут сравнительно невелики». Единственными двумя типами договоров, подробно рассмотренными в этом разделе, являются трудовые договоры и договоры об оказании незаменимых и личных услуг (пункт 143 части второй, глава II). Вторая категория исключений — контракты, которые не могут быть исполнены, так как они требуют предоставления незаменимой личной услуги. Одним из приведенных примеров является контракт, который касается конкретной интеллектуальной собственности (пункт 146 части второй, глава II).

10. Таким образом, в Руководстве режим ИС в рамках производства по делу о несостоятельности рассматривается в первую очередь в контексте режима контрактов, исполнение которых продолжается (рекомендации 69–86 и сопроводительный комментарий). На практике лицензии на ИС действительно часто относятся к категории контрактов, исполнение которых продолжается, поскольку от обеих сторон ожидается определенная форма непрерывного исполнения. Например, можно ожидать, что лицензиат будет продолжать выплачивать лицензионные платежи, чтобы иметь возможность использовать ИС, в то время как лицензиар может быть обязан продолжать воздерживаться от подачи иска против лицензиата за нарушение обязательств (если по-прежнему производятся согласованные лицензионные платежи). Тем не менее это не обязательно относится ко всем видам лицензий на ИС.

11. Согласно Руководству к контрактам, исполнение которых продолжается, применяются специальные нормы законодательства о несостоятельности. В частности, управляющий в деле о несостоятельности будет иметь возможность в течение определенного срока принять решение либо о продолжении исполнения контракта, либо о прекращении исполнения контракта (практика «снятия сливок» не допускается в соответствии с Руководством). В некоторых юрисдикционных системах исполнение контракта прекращается, если управляющий в деле о несостоятельности не принимает решения о продолжении исполнения. Предполагается, что в случае продолжения исполнения управляющий в деле о несостоятельности устранит любые нарушения обязательств по контракту, возникшие до наступления несостоятельности. Отказ от продолжения исполнения контракта считается нарушением обязательств, что влечет за

собой предъявление необеспеченного требования со стороны контрагента. Управляющий в деле о несостоятельности может также принять решение об уступке контракта, несмотря на содержащиеся в контракте ограничения. Тем не менее уступка некоторых контрактов, например, на незаменимые или личные услуги, может оказаться невозможной. Первостепенными соображениями при принятии решений о продолжении исполнения, прекращении или уступке контрактов являются максимальное увеличение стоимости и сокращения обязательств имущественной массы.

12. Если лицензии на ИС рассматриваются в качестве контрактов, исполнение которых продолжается, у управляющего в деле о несостоятельности должника-лицензиара будет несколько вариантов действий в отношении таких лицензий, как это описано выше. Отказ в праве на использование лицензии может существенно повлиять на коммерческие операции лицензиата и сохранение прав на использование лицензированной ИС. Например, в некоторых случаях материал, защищенный авторским правом, невозможно будет использовать без лицензированного товарного знака. По этой причине в некоторых юрисдикционных системах лицензиату обеспечивается определенная защита, в частности, путем предоставления лицензиату права выбирать либо a) рассматривать расторжение лицензионного соглашения как прекращение контракта и предъявлять требование к должнику-лицензиару в рамках производства по делу о несостоятельности, либо b) сохранить свои права по лицензии даже вопреки воле лицензиара. В последнем случае лицензиар (и управляющий в деле о несостоятельности) не может препятствовать осуществлению лицензиатом его прав по лицензии, даже если он отказал в праве на использование лицензии. Такое сохранение прав может быть подчинено определенным условиям и ограничениям. В частности, может быть ограничено право лицензиата передавать права по лицензии без согласия лицензиара. Кроме того, лицензиар может быть освобожден от любых обязательств по лицензионному соглашению, таких как уплата пошлин за поддержание патента в силе или предоставление лицензиату любых последующих новых или расширенных версий лицензии на ИС, в то время как лицензиат, как ожидается, будет продолжать выплачивать лицензионные платежи. Кроме того, лицензиат может быть обязан отказаться от любых требований к лицензиару и от любого права на зачет в рамках производства по делу о несостоятельности.

13. Если должником является лицензиат, это может поставить под угрозу поступление существенных доходов, от которых зависит лицензиар ИС. В случае продолжения действия лицензии любые лицензионные платежи после открытия производства по делу о несостоятельности превращаются в «административные расходы». В соответствии с некоторыми законами управляющему в деле о несостоятельности должника-лицензиата не может быть предоставлена такая же свобода действий в отношении продолжения исполнения или прекращения контракта или его уступки третьим сторонам, как и управляющему в деле о несостоятельности должника-лицензиара. Ряд судов постановили, что законодательство о патентах, товарных знаках и авторских правах запрещает уступку лицензии на ИС без согласия лицензиара. Эти суды пришли к заключению, что управляющий в деле о несостоятельности должника-лицензиата не может, таким образом, уступать лицензию без согласия лицензиара. Некоторые суды применяют критерий «фактического намерения», разрешая управляющему в деле о несостоятельности сохранять действие лицензии на ИС в отсутствие фактического намерения впоследствии ее уступить. Некоторые суды исходят из «гипотетического» критерия и не разрешают управляющему в деле о несостоятельности сохранять действие лицензии на ИС, предполагая, что впоследствии может быть осуществлена уступка лицензии на ИС. Последний подход не оставляет управляющему в деле о несостоятельности должника-лицензиата иного выбора, кроме как отказаться от использования или прекратить действие лицензии на ИС. В юрисдикционных системах, в которых разрешены «сквозные» схемы, должник-лицензиат может воспользоваться этим

вариантом при соблюдении определенных условий и гарантий (аналогичных описанным в пунктах 343–344 части пятой Руководства).

14. Вышеизложенные соображения применимы к неисключительным лицензиям на ИС, которые считаются порождающими личные, а не имущественные права и как таковые не приводят к возникновению имущественного интереса и не могут быть уступлены вопреки возражениям лицензиара. В то же время, многие суды пришли к заключению, что лицензиат по исключительной лицензии имеет право претендовать на все права лицензиара, включая права на передачу, в результате чего такой лицензиат фактически обладает имущественным интересом в ИС, принятие и уступка которого не может или не должна ограничиваться. В результате должник-лицензиат по исключительной лицензии может принимать условия лицензионного соглашения на ИС и переуступить его другому лицу вопреки желанию лицензиара.

15. Что касается законодательства, применимого к действительности и юридической силе прав и требований в отношении ИС, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности, то, согласно рекомендации 30 Руководства, оно будет определяться в соответствии с нормами МЧП государства открытия производства по делу о несостоятельности. Основным в данном случае является территориальный подход. Нормативно-правовая база в отношении режима большей части ИС согласована посредством единообразных материально-правовых норм, изложенных в таких многосторонних соглашениях, как Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) Всемирной торговой организации.

16. Что касается законодательства, применимого к последствиям производства по делу о несостоятельности для прав на ИС, то консультации экспертов, проведенные секретариатом, показали, что исключения из правила lex fori concursus не требуется. В качестве основного вопроса, возникающего в связи с режимом прав на ИС в рамках производства по делу о несостоятельности, была определена локализация прав на ИС. Этот вопрос, как отмечается в пункте 10 документа A/CN.9/WG.V/WP.183, может выходить за рамки настоящего проекта.

c) Режим цифровых активов в производстве по делу о несостоятельности

17. Рабочая группа сочла также, что ей необходима дополнительная информация о режиме цифровых активов в рамках производства по делу о несостоятельности, прежде чем она сможет принять решение по вопросу о законодательстве, регулирующем последствия производства по делу о несостоятельности для этих активов[17]. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что, хотя цифровые активы конкретно не рассматриваются в Руководстве, режим цифровых активов в рамках производства по делу о несостоятельности может зависеть от особенностей рассматриваемого актива. Например, права и обязанности в отношении некоторых цифровых активов могут возникать в рамках платежных и расчетных систем и финансовых рынков, и, следовательно, будут применяться рекомендации 32 и 101–107 Руководства.

18. Рабочая группа, возможно, пожелает также вспомнить, что на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы секретариат обратил ее внимание на текущую работу УНИДРУА в области цифровых активов и частного права[18]. Проекты принципов и комментарии по этому вопросу, представленные Рабочей группе УНИДРУА по цифровым активам и частному праву на ее шестой сессии (Рим, 31 августа — 2 сентября 2022 года), доступны на веб-сайте УНИДРУА[19]. Среди прочего, они касаются: a) норм МЧП (проект принципа 5);

[17] Там же.

[18] A/CN.9/WG.V/WP.176, п. 36.

[19] Study LXXXII – W.G.6 – Doc.2, доступно по адресу https://unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law/#1622753957479-e442fd67-036d.

b) несостоятельности попечителя (проект принципа 15); c) последствий неплатежеспособности для имущественных [и обеспечительных] прав в цифровых активах (проект принципа 21); и d) приведения в исполнение (проект принципа 20, связанный с проектом УНИДРУА по эффективному исполнительному производству[20]). Рабочая группа, возможно, пожелает отложить принятие решения о целесообразности включения в законодательные положения какого-либо исключения из правила lex fori concursus в отношении цифровых активов до тех пор, пока она не рассмотрит результаты этой работы УНИДРУА. Секретариат ЮНСИТРАЛ в надлежащее время доведет эти результаты до сведения Рабочей группы.

2. Арбитражные соглашения и арбитражное разбирательство

19. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа заслушала мнения о желательности подтверждения последствий применения lex fori concursus для арбитражных разбирательств[21]. Было отмечено, что в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности этот момент прямо не разбирается. С учетом важной роли арбитража в сфере международной торговли было выражено мнение, что этот пробел необходимо закрыть, опираясь на соответствующие комментарии, содержащиеся в уже изданных текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, например в комментарии к статье 20 ТЗТН[22]. Это предложение получило поддержку[23]. В то же время была также отмечена необходимость устранить практические трудности, которые возникают при введении моратория на арбитражное разбирательство и его приведении в исполнение за рубежом[24].

20. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа обсудила последствия открытия производства по делу о несостоятельности для: a) возможности приведения в исполнение соглашений об арбитраже и результатов арбитражного разбирательства, завершенного до открытия производства по делу о несостоятельности, отметив, что эти вопросы, возможно, уже охватываются рекомендацией 30, содержащейся в Руководстве; и b) текущего арбитражного производства, которое подлежит приостановлению в соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности. Были вновь высказаны предложения о включении в законодательные положения четких положений о применимом законодательстве, регулирующем эти аспекты. В этом контексте было высказано мнение, что подход, используемый в статье 18 новой редакции ЕРН, является устаревшим и неподходящим, поскольку место проведения арбитража может быть весьма отдаленно связанным с должником и имущественной массой. Противоположное мнение заключалось в том, что подход, предусмотренный в новой редакции ЕРН, является приемлемым с учетом затруднений, возникаю-

---

[20] Дополнительную информацию см. https://unidroit.org/work-in-progress/enforcement-best-practices/.

[21] A/CN.9/1088, п. 79.

[22] В РПТ, п. 180, отмечается, что подпункт 1 (a) статьи 20 ТЗТН охватывает действия в арбитраже, устанавливая обязательное ограничение эффективности арбитражного соглашения. Это ограничение добавляется к другим возможным ограничениям свободы сторон соглашаться на арбитраж, которые могут существовать согласно национальному праву (например, пределы в отношении возможности арбитражного разбирательства или способности заключать арбитражное соглашение), и не противоречит Нью-Йоркской конвенции.

[23] A/CN.9/1088, п. 81.

[24] Там же, п. 86. В РПТ, п. 180, признается, что с учетом особенностей международного арбитража, в частности его относительной независимости от правовой системы государства, в котором происходит арбитражное разбирательство, может быть и не всегда представится возможным осуществить в практическом смысле автоматическое приостановление арбитражного разбирательства. Например, если арбитраж не проводится ни в принимающем Типовой закон государстве, ни в государстве основного производства, то может быть затруднительным обеспечить приостановление арбитражного разбирательства.

щих при применении статьи 20 ТЗТН в контексте реорганизации, в особенности, когда речь идет о должнике, сохраняющем владение[25].

21. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что комментарий к статье 20 ТЗТН о последствиях приостановления производства для арбитражного разбирательства был включен в узкий контекст последствий признания основного иностранного производства для возбуждения или продолжения производства в отношении индивидуальных исков или отдельных процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности должника, подлежащих приостановлению после такого признания. Для сравнения, аналогичные соображения приводятся в Руководстве в более широком плане в контексте рекомендаций о мерах, применимых при открытии производства по делу о несостоятельности, и защите от этих мер[26]. Эти положения следует рассматривать вместе с рекомендацией 47 (последнее предложение) Руководства, а также статьей 20(3) ТЗТН, в которых предусматривается, что индивидуальные иски или процессуальные действия в той мере, в какой это необходимо для сохранения требования к должнику, исключаются из сферы применения моратория. Кроме того, в комментарии к статье 20 ТЗТН признается, что интересы сторон могут быть причиной разрешения продолжать арбитражное разбирательство, и такая возможность предусматривается в пункте 2 и оставлена на усмотрение законодательства принимающего Типовой закон государства.

22. В соответствии со статьей 18 новой редакции ЕРН последствия производства по делу о несостоятельности для незавершенного арбитражного разбирательства в отношении любых активов или прав, являющихся частью имущественной массы должника, должны регулироваться исключительно законодательством государства, в котором находится арбитражный суд. В пункте 73 преамбулы новой редакции ЕРН отмечается, что статья 18 не должна затрагивать национальные нормы, касающиеся признания и приведения в исполнение арбитражных решений. Поскольку участниками Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года[27] (Нью-Йоркская конвенция) являются 170 государств, вопросы, связанные с международным коммерческим арбитражем, в большинстве государств будут регулироваться этой Конвенцией.

23. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого вопроса с учетом соответствующих проектов законодательных положений (в том числе об открытии производства, защите и сохранении имущественной массы, расторжении сделок и режиме контрактов) и различных возможных сценариев, в связи с которыми могут возникать разные вопросы (например, может существовать действительное арбитражное соглашение, однако арбитражное разбирательство еще не начато; одна из сторон ходатайствует об открытии производства по делу о несостоятельности в обход арбитражного соглашения, в том числе делает это ненадлежащим образом; арбитражное разбирательство было начато до открытия производства по делу о несостоятельности; и арбитражное решение было вынесено незадолго до открытия производства по делу о несостоятельности).

3. Расторжение сделок, зачет и режим обеспеченных кредиторов

a) Справочная информация

24. На своих пятьдесят девятой и шестидесятой сессиях Рабочая группа приняла к сведению различные подходы к определению законодательства, регулирующего последствия производства по делу о несостоятельности для зачета,

[25] A/CN.9/1094, п. 73.

[26] См., например, сноску 20 к рекомендации 46 Руководства, перекрестную ссылку на статью 20 ТЗТН и рек. 49 Руководства.

[27] United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739.

вещных прав[28] (в частности, режима обеспеченных кредиторов) и исключений из применения правила lex fori concursus в отношении расторжения сделок[29]. В этой связи были упомянуты рекомендации 30–34 Руководства, комментарии к ним и история их подготовки, доклад Коллоквиума, рабочие документы (A/CN.9/WG.V/WP.176 и A/CN.9/WG.V/WP.179), новая редакция ЕРН и Глобальные принципы. Было выражено мнение, что, хотя в комментарии к рекомендациям 30–34 Руководства отмечаются различные подходы к определению права, регулирующего вопросы расторжения сделок, зачета и обеспечительных интересов в рамках производства по делу о несостоятельности, и принципы, лежащие в основе этих подходов, в комментарии нет четкого объяснения, почему эти вопросы не подпадают под исключения из сферы действия lex fori concursus[30].

25. В ходе обсуждения Рабочая группа рассмотрела вопрос о том, должна ли защита законных ожиданий сторон сделки во всех случаях перевешивать другие соображения. Было отмечено, что подходы к этим вопросам, использованные в новой редакции ЕРН, являются спорными. Некоторые усомнились в том, что они применимы на глобальном уровне и необходимы в свете правовой базы ЮНСИТРАЛ по теме несостоятельности, которая обеспечивает надлежащую защиту кредиторов и других заинтересованных лиц. Некоторые утверждали, что спорным является также вопрос о том, какие ожидания сторон сделки будут считаться законными. Было выражено мнение, что Рабочей группе следует с осторожностью подходить к вопросу о возможности отступать от принципиальных решений, которые были приняты ЮНСИТРАЛ при утверждении рекомендаций 30–34; любые такие отступления должны быть продиктованы реальными потребностями и целью упростить правила определения применимого законодательства в рамках производства по делу о несостоятельности[31].

b) Расторжение сделок

26. Что касается расторжения сделок, то Рабочая группа решила рассмотреть этот вопрос на более позднем этапе, взяв за отправную точку подход, используемый в Руководстве[32].

Подход, используемый в Руководстве

27. В свете замечаний, высказанных в Рабочей группе на ее шестидесятой сессии в другом контексте[33], секретариат хотел бы уточнить, что содержащиеся в Руководстве положения о расторжении сделок применимы к сделкам, совершенным до открытия производства по делу о несостоятельности (см. термин (c) в глоссарии). Эти положения не применяются к несанкционированным сделкам, которые могут быть заключены в ходе производства и к которым применяются отдельные правила, касающиеся использования и реализации активов. В то же время, положения о расторжении сделок могут применяться также при преобразовании одного производства в другое (например, реорганизации в ликвидацию).

---

[28] Что касается «вещных прав», то Рабочая группа на своей шестидесятой сессии отметила, что в текстах ЮНСИТРАЛ не дается определения этого термина и иллюстративный перечень того, что можно считать вещными правами, можно найти в статье 8 (2) новой редакции ЕРН. В отношении статьи 32 ТЗТН, в которой содержатся ссылки как на обеспеченные требования, так и на вещные права, Рабочая группа приняла к сведению сопроводительный комментарий в п. 241 РПТ, в котором разъясняются эти ссылки и частичное совпадение между ними и отмечается, что принимающее типовой закон государство может использовать другой термин или термины для обозначения этих концепций (см. A/CN.9/WG.V/WP.179, п 31).

[29] A/CN.9/1088, п. 83 и сноска к нему, и A/CN.9/1094, пп. 74–76 и 78.

[30] Там же, п. 78.

[31] Там же, п. 84.

[32] A/CN.9/1094, п. 76.

[33] Там же, п. 50.

28. Согласно Руководству, lex fori concursus определяет виды сделок, которые могут быть расторгнуты, и виды сделок, которые не подлежат расторжению; критерии расторжения, включая элементы, которые необходимо доказать, и средства правовой защиты [34]; продолжительность подозрительного периода и с какой даты он рассчитывается ретроактивно; суды, компетентные рассматривать действия по расторжению сделок в государстве открытия производства по делу о несостоятельности; кто может начать процедуры расторжения сделок и при каких условиях; источники покрытия расходов на действия по расторжению сделок, включая допустимость финансирования третьими сторонами, а также условия и гарантии привлечения такого финансирования; последствия расторжения сделок; ответственность контрагента по сделке, подлежащей расторжению, и средства правовой защиты в случае несоблюдения требований; и допустимость расторжения, степень расторжения и сделки, которые могут быть расторгнуты, а также сделки, на которые не распространяются положения о расторжении в случае преобразования производства. Правовые нормы, не относящиеся к законодательству о несостоятельности, могут дополнять или ограничивать положения законодательства о несостоятельности о расторжении сделок, в том числе в отношении действий, направленных на расторжение сделок, наносящих ущерб кредиторам, на которые не распространяется законодательство о несостоятельности (например, actio pauliana), инсайдерских сделок, взаимозачета при закрытии контрактов, касающихся ценных бумаг и производных инструментов, и сделок с имуществом супругов.

29. Если Рабочая группа решит применять подход, используемый в Руководстве, она, возможно, пожелает заполнить пробелы в существующих положениях. Например, в Руководстве прямо не указывается законодательство, регулирующее последствия для прав и обязанностей участников платежных и расчетных систем и регулируемых финансовых рынков (исключение из lex fori concursus в рекомендации 32; см. предлагаемый проект законодательного положения ниже) и последствия для расторжения, продолжения или изменения трудовых договоров (исключение из правила lex fori concursus в рекомендации 33; см. предлагаемый проект законодательного положения в документе A/CN.9/WG.V/WP.183). Кроме того, как было отмечено в Рабочей группе, в Руководстве ничего не говорится о причинах выбора такого подхода. Можно было бы ожидать, что в законодательных положениях будут разъяснены эти причины и устранены основания для озабоченности по поводу того, что такой подход не способствует определенности на рынке, не обеспечивает предсказуемости и не отвечает законным ожиданиям кредиторов, поскольку законодательство, не связанное или отдаленно связанное со сделкой, может не обеспечивать этого. Ответы в Рабочей группе на эти опасения до сих пор заключались в том, что с учетом норм международного права, касающихся вопросов несостоятельности, следует ожидать, что стороны коммерческих сделок будут знать, что в их отношении производство по делу о несостоятельности, скорее всего, будет открыто в юрисдикционной системе их соответствующего ЦОИ [35], и, следовательно, законодательство юрисдикционной системы ЦОИ может иметь последствия для режима их прав, требований и сделок в рамках производства по делу о несостоятельности, в частности, в результате замены законодательства, в противном случае применимого к их сделкам. Кроме того, было сочтено, что правовая база ЮНСИТРАЛ по теме трансграничной несостоятельности защищает кредиторов и других заинтересованных лиц от неприемлемых послед-

[34] Хотя это прямо не упоминается в Руководстве, такие средства правовой защиты могут включать положения о том, что сделка регулируется законодательством, которое не допускает каких-либо методов ее оспаривания в соответствующем случае. Некоторые государства могут не разрешить применения этого средства правовой защиты, если будет доказано, что такое другое законодательство не имеет существенной связи со сторонами или сделкой и не было других разумных оснований для выбора этого законодательства в качестве законодательства, регулирующего данную сделку.

[35] См., например, п. 29 РП ТЗНПГ.

ствий иностранного законодательства[36] и, при необходимости, эта база может быть усилена, с тем чтобы можно было установить законодательство, регулирующее последствия производства по делам о несостоятельности и повысить предсказуемость выявления деловых и коммерческих рисков. Решение этих проблем может облегчить трансграничное признание и реализацию последствий расторжения сделок в соответствии с lex fori concursus, включая принятие санкций в отношении нарушающих контрагентов.

Альтернативные подходы

30. В комментарии к рекомендациям 30–34 Руководства и докладе о работе коллоквиума говорится о некоторых альтернативных подходах, в том числе о том, что действия по расторжению, связанные с данной сделкой или активом, будут регулироваться законодательством, применимым к сделке, или законодательством страны, в которой находятся активы (lex rei sitae). Принцип, лежащий в основе такого подхода, заключается в том, чтобы обеспечить защиту контрагентов и подкрепить их уверенность в применении законодательства, регулирующего их сделки с должником, путем обеспечения таким контрагентам определенной степени определенности и предсказуемости в отношении того, что их сделки с должником впоследствии не станут объектом посягательств в ходе производства по делу о несостоятельности. Некоторые законы предусматривают одновременное применение lex fori concursus и законодательства, регулирующего сделку, одним из нескольких способов. Один из подходов предусматривает, что сделка не подлежит расторжению в случае несостоятельности, за исключением случаев, когда ее расторжение возможно как в соответствии с lex fori concursus, так и в соответствии с законодательством, регулирующим такую сделку. Утверждается, что подобный подход позволяет снизить стоимость кредита и коммерческих операций благодаря снижению риска расторжения сделок. Другой подход предусматривает, что сделка может быть расторгнута, если расторжение возможно либо в соответствии с lex fori concursus, либо в соответствии с законодательством, регулирующим сделку. В одном из законов, например, предусматривается, что к расторжению сделок будет применяться lex fori concursus, однако допускается применение другого законодательства, если такое другое законодательство является более строгим, чем право государства суда, и предусматривает возможность расторжения более широкого круга сделок.

31. На данный момент Рабочая группа рассмотрела подход, использованный в статье 16 новой редакции ЕРН, которая предусматривает защиту акта от расторжения, если он регулируется законодательством, отличным от lex fori concursus, и такое другое законодательство не допускает в соответствующем случае никаких средств оспаривания этого акта. В этой связи Рабочая группа отметила возможную защиту для предотвращения злоупотреблений при выборе права[37]. Обеспокоенность, выраженная в Рабочей группе по поводу такого подхода, заключается в том, что он оказывает негативное влияние на: a) справедливый режим в отношении кредиторов, находящихся в аналогичном положении, поскольку он обеспечивает дополнительную защиту лишь некоторым кредиторам; и b) определенность, простоту и административную эффективность производства по делам о несостоятельности, поскольку такой подход является громоздким (например, он требует локализации причиняющего вред акта, что может вызвать затруднения, особенно в цифровой среде).

32. Если Рабочая группа решит отойти от подхода, используемого в Руководстве, то ей необходимо будет рассмотреть альтернативные подходы и последствия каждого из них для достижения целей эффективного и действенного за-

[36] См., например, статью 6 ТЗТН об исключениях на основании публичного порядка и статьи 21 и 22 ТЗТН о защите кредиторов и других заинтересованных лиц.

[37] См., например, глобальный принцип 23.

конодательства о несостоятельности, перечисленных в рекомендации 1 Руководства. Все альтернативные подходы, перечисленные выше, потребуют, в частности, проведения судами оценки иностранного режима расторжения сделок. Хотя в различных юрисдикционных системах отмечается сходство некоторых основных понятий расторжения сделок, например, применительно к видам сделок, которые обычно расторгаются, по-прежнему существует много расхождений в отношении таких других связанных с расторжением элементов, как критерии расторжения, что подразумевается под обычными коммерческими операциями и кто будет считаться лицом, связанным с должником (см. соответствующие разделы документа A/CN.9/WG.V/WP.183). В одних юрисдикционных системах используют объективные критерии путем исключения всех сделок, имевших место в течение подозрительного периода, безвозмездных сделок и сделок с лицами, связанным с должником, в то время как в других системах используются субъективные критерии, требующие индивидуального подхода и доказывания намерения, осведомленности и т. д. В других же системах используется сочетание того и другого. В рамках одной и той же юрисдикционной системы критерии расторжения, презумпции, распределение бремени доказывания и продолжительность подозрительного периода могут различаться в зависимости от вовлеченных сторон (например, директоров или других лиц, связанных с должником) и причин расторжения сделки (например, мошенничество). Последствия расторжения также могут различаться в зависимости от всех этих факторов: некоторые сделки могут автоматически становиться недействительными, а другие могут быть признаны недействительными. В разных юрисдикционных системах могут также предусматриваться различные сроки открытия производства о расторжении сделок. Все это делает расторжение сделок сложным, длительным и непредсказуемым, особенно если необходимо доказать намерения и осведомленность сторон сделок, подлежащих расторжению. Это усугубляется необходимостью оценки в рамках внутригосударственного производства по делу о несостоятельности или отдельного производства по расторжению сделок иностранного режима расторжения сделок, который может регулироваться не только законодательством о несостоятельности, но также и применимыми правовыми нормами, не относящимися к законодательству о несостоятельности.

c) Режим зачета

33. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа отметила, что вопрос о зачете сам по себе может возникать не только в соответствии с законодательством о несостоятельности, поскольку он может быть связан с договорным правом и, возможно, с вещными правами[38]. Было отмечено, что включение в перечень lex fori concursus пункта о режиме зачета уточнит суть ключевого вопроса о том, будет ли допускаться зачет в соответствии с lex fori concursus[39]. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа решила изменить пункт (i) в перечне lex fori concursus, заменив слово «зачет», которое использовано в рекомендации 31, словами «режим зачета». Она решила разъяснить другие аспекты, имеющие отношение к этому пункту, на более позднем этапе[40]. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в связи с этим пунктом изложенные ниже аспекты и вопрос о том, могут ли они служить основой для подготовки комментария к измененному пункту (i). Секретариат использовал в качестве отправной точки подход, применяемый в Руководстве.

---

[38] Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что при подготовке ТЗТН возник вопрос о том, следует ли включать зачет в концепцию вещных прав. Впоследствии Рабочая группа сочла, что в определении термина «вещные права» нет необходимости, и оставила решение этого вопроса на усмотрение национального законодательства (A/CN.9/422, пп. 63 и 64).

[39] A/CN.9/1088, п. 65 (b).

[40] A/CN.9/1094, п. 78.

34. Существуют различные виды зачета (договорной, предусмотренный законом, справедливый, банковский и т. д.). Пункт (i) касается только производимого в обязательном порядке зачета в случае несостоятельности, который будет применяться независимо от каких-либо договорных соглашений между договаривающимися сторонами. Такой режим может регулироваться lex fori concursus. Стороны не могут отступать от этого режима.

35. Комментарий к рекомендациям 30–34 в Руководстве объясняет, почему это должно быть именно так. В комментарии признается, что права на зачет могут быть также подчинены иному праву, чем право государства суда, по причинам, связанным с ожиданиями сторон, особенно если они поддерживают регулярные коммерческие отношения. В то же время в пункте 91 комментария отмечается, что правила зачета государства суда должны применяться к требованиям на том основании, что, при несостоятельности, права зачета тесно связаны с доказыванием и определением стоимости требований, а также с принципами, регулирующими равный режим кредиторов. Далее отмечается, что, поскольку эти вопросы регулируются правом государства суда, аналогичным образом должны регулироваться и права на зачет.

36. Согласно Руководству допустимость зачета в рамках производства по делу о несостоятельности будет определяться lex fori concursus. Рекомендуемый подход к режиму зачета в случае несостоятельности описан в рекомендации 100 Руководства и сопроводительном комментарии, в котором говорится, что законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно нормам права за пределами законодательства о несостоятельности общее право на зачет, которое возникло до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применения положений о расторжении сделок. Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности, должно определяться нормами МЧП государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (рек. 30 Руководства).

37. Если зачет допускается, то lex fori concursus определяет, в отношении каких обязательств и при каких условиях он допускается, в частности: a) допускается ли зачет только в отношении денежных обязательств, срок погашения которых наступил до открытия производства по делу о несостоятельности, или также в отношении обязательств, сроки погашения которых наступят после открытия производства по делу о несостоятельности; b) должны ли обязательства, подлежащие зачету, возникать в рамках одного договора или же они могут возникать в рамках нескольких договоров (т.е. они не обязательно должны быть взаимными или связанными); и c) распространяется ли мораторий на осуществление прав на зачет, и если да, то каков режим кредиторов, предъявляющих подлежащие зачету требования (например, выступающих в качестве обеспеченных кредиторов), или же мораторий не распространяется, и, если да, производится ли зачет автоматически при открытии производства по делу о несостоятельности. В соответствии с lex fori concursus определяется также режим зачета требований, возникающих после открытия производства по делу о несостоятельности, и порядок расторжения сделок по зачету требований до открытия производства и смежных сделок (например, приобретение требований с дисконтом с целью создать права на зачет). Исключением из правила lex fori concursus в отношении зачета является зачет в рамках платежных и расчетных систем и регулируемых финансовых рынков (рек. 32 Руководства).

38. В некоторых юрисдикционных системах зачету отдается предпочтение и принято более благоприятное законодательство для применения зачета в рамках производства по делам о несостоятельности[41]. В Рабочей группе была выражена озабоченность по поводу такого подхода, поскольку установление применимого режима зачета в иностранном государстве, который может охваты-

[41] См., например, статью 9 новой редакции ЕРН.

вать не только режим зачета в случае несостоятельности, но и режим зачета в соответствии с правовыми нормами, не относящимися к законодательству о несостоятельности, может иметь серьезные последствия для ведения производства по делу о несостоятельности и управления таким производством в государстве открытия производства по делу о несостоятельности. Это потребует, в частности, установления общей допустимости зачета и допустимости зачета в конкретном случае, а также согласования права на зачет с такими другими аспектами национального производства по делам о несостоятельности, как мораторий, освобождение от моратория и сроки зачета. Кроме того, в конечном счете может оказаться, что зачет требований в рамках одного производства по делу о несостоятельности должен производиться в рамках различных правовых систем, одни из которых могут допускать зачет, а другие — нет, что повлияет на справедливость режима в отношении кредиторов, находящимся в аналогичном положении. В результате зачета некоторые необеспеченные кредиторы могут в конечном счете получить выплаты в полном объеме раньше других кредиторов. Более того, если расторжение сделок, связанных с зачетом, будет попрежнему регулироваться lex fori concursus, это же законодательство может не допускать расторжения сделок, связанных с зачетом, в соответствии с иностранным законодательством и, таким образом, препятствовать удовлетворению связанных с таким зачетом претензий других кредиторов и заинтересованных сторон, включая работников. Такие опасения можно в некоторой степени смягчить, предусмотрев исключение на основании публичного порядка и дополнительные гарантии, например гарантии, которые могут быть направлены на обеспечение достаточной защиты кредиторов и других заинтересованных сторон от необоснованного выбора законодательства и необоснованных последствий применения иностранного законодательства в отношении зачета[42]. Исключение на основании публичного порядка может также применяться, если квалификация внутреннего и иностранного режимов зачета различается, в результате чего национальный суд не будет применять какую-либо иностранную норму, которая, по его мнению, является процессуальной.

d) Режим обеспеченных кредиторов

39. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы этот вопрос рассматривался в более широком контексте вещных прав до открытия производства. Рабочая группа заслушала различные мнения относительно подходов к режиму этих прав в рамках производства по делу о несостоятельности, один из которых предусматривает регулирование вещных прав в соответствии с lex fori concursus, а другой состоит в том, чтобы изолировать вещные права от последствия любого производства по делу о несостоятельности, за исключением действий по расторжению сделок и при условии обеспечения возможной гарантии от неправомерного использования «тихих гаваней для активов»[43]. С учетом преимуществ и недостатков этих подходов было предложено найти золотую середину между этими двумя подходами, например, обусловив вещные права до открытия производства соблюдением lex rei sitae[44].

40. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа решила отложить рассмотрение этого вопроса на более поздний этап. Она приняла к сведению мнения делегаций, возражавших против отхода от принципов решения данного вопроса, принятых в текстах ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности и обеспеченных сделок, а также мнения делегаций, заявивших, что основой для поиска компромисса могло бы послужить подчинение вещных прав действию lex rei sitae[45].

---

[42] См., например, глобальный принцип 18.

[43] См., например, глобальный принцип 16.

[44] A/CN.9/1088, п. 65 (c).

[45] A/CN.9/1094, п. 79.

41. Как отмечается в документе A/CN.9/WG.V/WP.176, предложение предусмотреть исключение из правила lex fori concursus в отношении вещных прав не получило достаточной поддержки при подготовке Руководства[46]. Тем не менее в пункте 88 комментария к рекомендациям 30–34 Руководства признается, что такое исключение предусматривается в законодательстве о несостоятельности, в частности в отношении обеспечительных интересов, поскольку применение lex fori concursus может затронуть юридическую базу кредитования под обеспечение, что привносит фактор нестабильности, который может повысить стоимость финансирования на внутреннем рынке. Если иностранное производство затрагивает местные обеспечительные интересы, то ценность таких обеспечительных интересов может быть серьезно подорвана. Аналогичным образом, перенос ЦОИ в другое государство может обусловить коренное изменение в положении обеспеченной стороны.

42. Если пункт (j) останется в перечне lex fori concursus, то в сопроводительном комментарии, по-видимому, необходимо будет объяснить, почему был выбран именно этот подход. В таком случае, в соответствии с законодательными положениями, lex fori concursus будет регулировать режим обеспеченных кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности, в частности такие вопросы, как вопрос о том, являются ли обремененные активы частью имущественной массы и обязаны ли обеспеченные кредиторы предъявлять свои требования (см. рек. 172 Руководства). Согласно lex fori concursus некоторых государств, открытие производства по делу о несостоятельности может в конечном счете не затронуть права обеспеченных кредиторов, и обеспеченные кредиторы смогут предпринимать действия по реализации этих прав, не встречая препятствий в результате такого производства[47]. В соответствии с lex fori concursus других государств права обеспеченных кредиторов будут затронуты (рекомендуемый в Руководстве подход заключается в том, чтобы включить права должника в обремененных активах в имущественную массу в деле о несостоятельности (см. рек. 35 (a))). В зависимости от подхода к решению этого вопроса могут возникать или же не возникать другие вопросы, связанные с режимом обеспеченных кредиторов в рамках производства по делу о несостоятельности (например, применение моратория на исполнительные действия со стороны обеспеченных кредиторов; ходатайства об освобождении от моратория; защита обеспеченных кредиторов от сокращения стоимости обремененных активов; режим обеспеченных кредиторов и обремененных активов в контексте финансирования после открытия производства; и приоритет обеспеченных требований). Независимо от принятого подхода, обеспечительные интересы могут подпадать под действие положений lex fori concursus о расторжении сделок на тех же основаниях, что и другие сделки (см. рек. 88 Руководства).

43. В противном случае законодательные положения могут предусматривать следующее:

> «1. Последствия производства по делу о несостоятельности для [вещных прав в активах должника] [режима обеспеченных кредиторов] регулируются lex rei sitae[48] [на момент открытия производства по делу о несостоятельности].
>
> 2. Несмотря на пункт 1 настоящего [законодательного положения], действия по расторжению сделок, которые могут быть предприняты в отношении [вещных прав] [обеспечительных интересов], регулируются lex fori concursus».

---

[46] См. пп. 9, 10, 22 и 23 этого документа.

[47] См., например, статью 8 новой редакции EPH.

[48] Определение понятия «lex rei sitae» должно охватывать также ситуации, когда вещные права подлежат регистрации. В таком случае преимущественную силу будет иметь законодательство государства, в котором ведется реестр.

4. Контракты, касающиеся недвижимого имущества

44. На своих пятьдесят девятой и шестидесятой сессиях Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о необходимости установления особого режима для контрактов, касающихся недвижимого имущества[49]. В этой связи была сделана ссылка на статью 11.1 новой редакции EPH, которая предусматривает, что последствия производства по делу о несостоятельности для контракта, предоставляющего право на приобретение или использование недвижимого имущества, регулируются исключительно законодательством государства, на территории которого находится такое недвижимое имущество. Это положение распространяется на контракты на использование (аренда, лизинг) недвижимого имущества и контракты, регулирующие изменение права собственности путем передачи правового титула (например, продажа недвижимого имущества). Необходимость применения lex rei sitae к такого рода контрактам объясняется особенно тесной связью, существующей между юридическими правами в недвижимом имуществе и правовым режимом, в котором находится это имущество. Такой правовой режим отражает принципиальный выбор государств, в которых должно находиться недвижимое имущество для защиты прав владельцев и пользователей такого имущества (например, арендаторов), а также собственных интересов государства (например, в его собственной земле и в недвижимом имуществе, расположенном на этой земле)[50].

45. Руководство не предусматривает особого режима для контрактов, касающихся недвижимого имущества, ни в части применимого законодательства, ни в части материально-правовых норм о несостоятельности, касающихся режима контрактов. Вместе с тем комментарий к обеим частям содержит конкретные ссылки на контракты, касающиеся недвижимого имущества[51]. Предварительные мнения некоторых делегаций, высказанные на шестидесятой сессии Рабочей группы, были против формулирования специальных положений в отношении контрактов, касающихся недвижимого имущества[52].

46. В отсутствие специальных положений применению будут подлежать проекты законодательных положений, касающихся режима контрактов и других вопросов, включенных в перечень lex fori concursus. Проблемы с трансграничным признанием и приведением в исполнение последствий применения lex fori concursus в отношении контрактов, касающихся недвижимого имущества, могут возникать аналогично проблемам, которые возникают в связи с защитой и сохранением имущественной массы и использованием или реализацией имущественной массы.

5. Ответственность директоров должника за действия, предпринятые, когда должник был неплатежеспособным или в период, предшествующий неплатежеспособности, и право на предъявление иска, связанного с такой ответственностью, которое может быть реализовано имущественной массой должника или от ее имени

47. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы была выражена поддержка добавлению в перечень lex fori concursus ссылки на обязанности и ответственность директоров в соответствии с частью четвертой Руководства[53]. На шестидесятой сессии Рабочей группы согласия относительно добавления такой ссылки достигнуто не было. Были отмечены сложности, возникающие в отно-

[49] A/CN.9/1088, п. 83 и сноска к нему со ссылкой на статью 11 новой редакции EPH; и A/CN.9/1094, п. 77.

[50] M. Virgos and E. Schmit, Report on the Convention on Insolvency Proceedings, Brussels, 3 May 1996, (the “Virgos-Schmit Report”), paras. 116–119. Доступно по адресу: https://globalinsolvency.com/resource-article/virgos-schmit-report-convention-insolvency-proceedings-now-regulation-insolvency (по состоянию на 2 сентября 2022 года).

[51] См., например, пп. 108, 134, 137 и 138 комментария к рек. 69–86.

[52] A/CN.9/1094, п. 77.

[53] A/CN.9/1088, п. 65 (e).

шении применимого законодательства в трансграничном контексте и внутригосударственном контексте, в котором рассматривались обязанности и ответственность директоров в части четвертой Руководства. Было признано необходимым уточнить, какие аспекты обязанностей и ответственности директоров подпадают под действие законодательства, регулирующего деятельность компаний (lex societatis), и какие подпадают под действие lex fori concursus. С учетом того, что последнее необязательно будет являться lex fori concursus государства, в котором находится ЦОИ должника, было заявлено, что стандартным законодательством должно оставаться lex societatis, и при этом не будет исключено, что некоторые аспекты обязанностей и ответственности директоров, возможно, будут подпадать под lex fori concursus[54].

48. В свете этих мнений Рабочая группа, возможно, пожелает дополнительно обсудить необходимость включения прямой ссылки на обязанности и ответственность директоров в перечень lex fori concursus и, если такая ссылка будет включена, охват такой ссылки. Данный пункт в его нынешней формулировке охватывает обязанности и ответственность директоров во время производства по делу о несостоятельности и в период, предшествующий несостоятельности. Пункт (k) в перечне lex fori concursus, который касается прав и обязанностей должника, включая должника, сохраняющего владение, возможно, уже охватывает обязанности и ответственность директоров в ходе производства по делу о несостоятельности. Обязанности и ответственность директоров в период, предшествующий несостоятельности, рассматриваются в части четвертой Руководства, в которой основное внимание уделяется тем обязанностям директоров, которые могут быть включены в законодательство, касающееся несостоятельности (ссылка на «законодательство, касающееся несостоятельности» предназначена для охвата законодательства о несостоятельности и правовых норм, не относящихся к законодательству о несостоятельности, например, законодательства о компаниях) и которые могут быть принудительно исполнены после открытия производства по делу о несостоятельности[55].

49. В Руководстве признается, что режимы ответственности за невыполнение директорами своих обязанностей в период, предшествующий несостоятельности, существенно различаются в разных юрисдикциях. Отдельные аспекты таких режимов можно найти в различных законах, включая законодательство о компаниях, гражданское законодательство, уголовное законодательство и законодательство о несостоятельности. В одной и той же юрисдикционной системе они могут содержаться сразу в нескольких законодательных актах или рассредоточены по разным законам. В системах общего права они могут быть найдены в общем праве и в законодательных актах. На национальном уровне эти отдельные аспекты и законы дополняют друг друга, чтобы обеспечить последовательный и всеобъемлющий режим в отношении ответственности директоров.

50. В ходе дальнейшего рассмотрения этого вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает оценить последствия применения lex societatis отдельно или в сочетании с lex fori concursus в трансграничном контексте, в частности, вопросы о том, как будут разграничены конкретные области применения каждого режима ответственности директоров и какой режим ответственности в результате этого будет предусматриваться. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание отсутствие единообразного понимания lex societatis[56] и возможность возникновения различных соображений в зависимости от того, было ли производство по делу о несостоятельности открыто в месте нахождения: a) ЦОИ, совпадающего с местом регистрации или инкорпо-

[54] A/CN.9/1094, п. 83.

[55] Часть четвертая, раздел первый, глава I, п. 15.

[56] В некоторых юрисдикционных системах используется подход «инкорпорации», в то время как в других юрисдикционных системах используется подход, основанный на «фактическом местонахождении», при этом понимание последнего также не является единообразным.

рации должника или «фактическим местонахождением»; b) ЦОИ, который отличается от места регистрации или инкорпорации должника или его «фактического местонахождения»; c) предприятия должника; или d) активов должника. Кроме того, ссылка на «директоров» в части четвертой Руководства должна пониматься широко и включать любое лицо, осуществляющее фактический контроль над должником (например, директоров де-факто, теневых директоров, акционеров, кредиторов и т. д.) (рек. 258 и сопроводительный комментарий). В зависимости от того, какие лица, как будет установлено, фактически контролировали предприятие должника в период, предшествующий несостоятельности, могут быть задействованы различные соображения публичного порядка, средства правовой защиты и механизмы принудительного исполнения, включая дисквалификацию. Некоторые из таких лиц могут не подпадать под действие иностранного lex fori concursus (например, институциональные кредиторы).

6. Соответствующие действия (предусмотренные законодательством о несостоятельности и связанные с производством по делу о несостоятельности)

51. На шестидесятой сессии Рабочей группы со ссылкой на пункт 18 рабочего документа A/CN.9/WG.V/WP.179 было внесено предложение расширить перечень в рекомендации 31 Руководства ссылками на соответствующие действия (предусмотренные законодательством о несостоятельности и связанные с производством по делу о несостоятельности). Рабочая группа не обсуждала это предложение[57].

52. Предлагаемый дополнительный пункт поднимает вопросы разграничения действий, связанных с несостоятельностью, и действий, не связанных с несостоятельностью[58], сферы применения законодательных положений (в частности, ссылки на «производство по делу о несостоятельности») и определения понятия lex fori concursus (в частности, ссылки на «законодательство» или «законодательство о несостоятельности»). В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что в свете предполагаемого широкого толкования терминов lex fori concursus и «производства по делу о несостоятельности» вносить дальнейшие изменения в перечень lex fori concursus не потребуется[59]. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть предложенный пункт.

---

[57] A/CN.9/1094, п. 71.

[58] Действиями, связанными с несостоятельностью, считались следующие действия: действия, основанные на законодательстве о несостоятельности, по привлечению директоров к ответственности за действия, которые привели к несостоятельности, в период, предшествующий несостоятельности; расторжение сделок; оспаривание действий, предпринятых управляющим в деле о несостоятельности или комитетом кредиторов при осуществлении своих полномочий или дискреционных полномочий; и другие действия, непосредственно вытекающие из производства по делу о несостоятельности, тесно связанные с ним или характерные для законодательства о несостоятельности (например, корректировки в связи с несостоятельностью, которые приводят к особому режиму требований лиц, связанных с должником). Другие виды действий считались не связанными с несостоятельностью, включая действия управляющего в деле о несостоятельности, направленные на установление права собственности должника на имущество, или действия управляющего в деле о несостоятельности, основанные на общем договорном или коммерческом праве и направленные на взыскание денежных средств, предположительно причитающихся должнику. Такие действия, как считается, могут быть предприняты кредитором или самим должником до открытия производства по делу о несостоятельности, и они регулируются обычными нормами права, применимыми к гражданским или коммерческим делам. Тот факт, что действие предпринимается управляющим в деле о несостоятельности, не меняет характера требования и применимого к нему законодательства. См., например, дела Европейского суда: *Wiemer & Trachte GMBH, in liquidation v Tadzher*; *Nickel and Goeldner Spedition GmbH v "Kintra" UAB*; *Tunkers France v Expert France*; *CeDe Group AB*; and *Kornhaas*.

[59] A/CN.9/1088, пп. 63, 64 и 68.

C. Исключение из правила lex fori concursus: платежные и расчетные системы и регулируемые финансовые рынки

53. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа сочла, что в свете развития ситуации на финансовых рынках и цифровизации финансовых систем содержание исключения из правила lex fori concursus в отношении платежных и расчетных систем и регулируемых финансовых рынков, предусмотренного в рекомендации 32 Руководства, нужно обновить[60]. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа согласилась с тем, что следует надлежащим образом определить сферу действия исключения, приняв во внимание, что системы и рынки, которые предполагается охватить, представляют собой тесно интегрированные многосторонние системы и рынки, на которых неплатежеспособность одного участника может стать причиной серии отказов от платежа по параллельным сделкам, что может привести к финансовым затруднениям у других участников системы или рынка, а в худшем случае — к финансовому краху других контрагентов, включая регулируемые финансовые учреждения[61]. Этот эффект домино часто называют системным риском[62].

54. Консультации экспертов, проведенные секретариатом[63], показывают, что это исключение следует сохранить, а ссылки на системы и рынки не должны сводиться к регулируемым рынкам или системообразующим важным или центральным системам, поскольку все виды рынков и систем взаимосвязаны. Сбой в одном звене цепочки может привести к непредсказуемым результатам, в том числе к сбою во всей цепочке такого масштаба, который потребует вмешательства регулирующих органов в работу нерегулируемых в противном случае систем и рынков для защиты общественных интересов.

55. Внимание секретариата было также обращено на то, что, возможно, потребуется сохранить отдельные ссылки на «платежные и расчетные системы», с одной стороны, и «финансовые рынки», с другой стороны. Хотя «платежные и расчетные системы» являются частью финансовых рынков и представляют собой основной компонент их инфраструктуры, «платежные и расчетные системы» могут также функционировать автономно, вне какого-либо финансового рынка.

56. В порядке разъяснения было указано, что рассматриваемые системы и рынки не могут идти на риски, связанные с выбором удобного суда и непредсказуемостью применимого законодательства, которые могут возникнуть, если в их отношении будет применяться законодательство, отличное от законодательства, применимого к данному рынку или системе. Такие риски будут возникать, если последствия производства по делу о несостоятельности для таких систем и рынков будут регулироваться lex fori concursus: в отношении одного участника системы или рынка может быть открыто производство по делу о несостоятельности в различных юрисдикционных системах, в то время как любая отдельная система или рынок обычно объединяют множество участни-

---

[60] A/CN.9/1088, п. 71. Тогда внимание Рабочей группы было обращено (A/CN.9/WG.V/WP.176, п. 27) на то, что на своей сорок четвертой сессии в 2013 году она сочла необходимым обновить рекомендации 101–107 Руководства и сопроводительный комментарий, касающиеся финансовых контрактов и взаимозачета (A/CN.9/798, пп. 26 и 30). Эти рекомендации, среди прочего: a) предусматривают исключение финансовых контрактов из моратория, в том числе в отношении принудительного исполнения оговорок о прекращении контрактов и реализации обеспечительных интересов; b) исключают обычные переводы до открытия производства из сферы действия положений о расторжении; и c) рекомендуют признавать и защищать окончательный характер операций платежно-расчетной системы при наступлении несостоятельности одного из участников этой системы.

[61] A/CN.9/1094, п. 87.

[62] A/CN.9/WG.V/WP.179, п. 50, содержащий перекрестную ссылку на комментарий к рек. 101–107 Руководства (см., в частности, п. 213 этого комментария).

[63] Европейский центральный банк, Институт финансовой стабильности и Международная ассоциация по свопам и производным финансовым инструментам.

ков. Правовую определенность, необходимую для обеспечения их бесперебойной и корректной работы, может гарантировать только применение единого законодательства ко всем операциям в платежно-расчетных системах и на финансовых рынках.

57. В секретариат не было представлено ни одного примера, когда иное законодательство, чем законодательство, применимое к платежной или расчетной системе или финансовому рынку, регулировало бы последствия производства по делам о несостоятельности для прав и обязанностей участников такой системы или рынка. Напротив, было подтверждено, что секторы, к которым применяется это исключение, действуют в соответствии со стандартными правилами, руководящими принципами и соглашениями, которые усиливают применение законодательства данной системы или рынка ко всем аспектам, связанным с этой системой или рынком, включая последствия производства по делам о несостоятельности. Отклонение от этих стандартов может привести к негативным последствиям не только для несоответствующих систем или рынков, но и для общего инвестиционного климата в юрисдикционных системах, в которых они функционируют.

58. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить исключение в рекомендации 32 без слова «регулируемый» и с комментарием, разъясняющим ситуации, в которых предполагается применять это положение. Если исключение будет сохранено, то для повышения правовой определенности можно добавить положение, подтверждающее, что законодательство, применимое к системе или рынку, будет применяться также к любым действиям по расторжению сделок, которые могут быть предприняты в отношении платежей или операций, имевших место в рамках этой системы или рынка. В противном случае такие платежи или сделки могут стать предметом расторжения в соответствии с законодательством о несостоятельности различных участников, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, поскольку lex fori concursus будет применяться к расторжению сделок по умолчанию. Такое положение может быть сформулировано следующим образом:

> «Последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников платежной или расчетной системы или финансового рынка регулируются исключительно законодательством, применимым к такой системе или рынку. Это законодательство регулирует также действия по расторжению сделок, которые могут быть предприняты в отношении платежей или операций, имевших место в рамках этой системы или рынка».

IV. Вопросы, еще не рассмотренные Рабочей группой

A. Приоритет международных обязательств и императивные нормы, имеющие преимущественную силу

59. На шестидесятой сессии Рабочей группы было сочтено необходимым включить другие меры защиты, обеспечивающие соблюдение суверенитета государств и защиту других интересов[64]. Обычная защитная мера, которая предусматривается в текстах ЮНСИТРАЛ в этом контексте, касается приоритета международных обязательств или, в более широком смысле, императивных норм, имеющих преимущественную силу. Такие обязательства или императивные нормы содержатся в многосторонних и двусторонних международных договорах и соглашениях, которые заключаются как с государственными, так и с негосударственными субъектами и которые касаются вопросов между-

[64] A/CN.9/1094, п. 94.

народного частного права и могут указывать на иное применимое законодательство, чем законодательство, предусмотренное в законодательных положениях. Они содержатся, например, в имеющих обязательную силу правовых нормах, которые издаются региональной организацией экономической интеграции и которые применимы к членам этой организации.

60. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в надлежащее время вопрос о том, следует ли включить такую защитную меру в законодательные положения. В сопроводительном комментарии может быть указано, что излишне широкое толкование международных договоров, соглашений или правил может привести к чрезмерному ограничению действия законодательных положений, что будет препятствовать достижению единообразия, определенности и предсказуемости. По этой причине должна существовать достаточная связь между соответствующим обязательством или нормой и вопросом, рассматриваемым в рамках производства по делу о несостоятельности, чтобы такое обязательство или норма заменили собой применение противоречащего им положения в законодательных положениях.

B. Толкование

61. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в надлежащее время желательность включения положения о том, что при толковании законодательных положений следует учитывать их международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в их применении и соблюдению добросовестности. Ожидаемый эффект такого положения будет заключаться в ограничении той степени, в которой законодательные положения, после их включения в местное законодательство, будут толковаться только со ссылкой на концепции местного права.

62. Включение в законодательные положения такой оговорки, обычно встречающейся в конвенциях и типовых законах, являющихся результатом работы ЮНСИТРАЛ, можно считать необходимым и важным, поскольку законодательные положения предусматривают применение иностранного законодательства и, следовательно, определение и подтверждение такого законодательства судом в государстве открытия производства по делу о несостоятельности. Это неизбежно приведет к использованию иностранных правовых традиций, систем и концепций, которые могут быть неизвестны в государстве открытия производства по делу о несостоятельности. В таких ситуациях может отмечаться повышенная тенденция к ссылке на местные понятия и правила. Такое законодательное положение может служить напоминанием о том, что для достижения единообразного толкования и применения законодательных положений следует избегать подобных тенденций. Оно послужило бы также напоминанием о том, что, если какой-либо вопрос, касающийся темы, регулируемой законодательными положениями, прямо не урегулирован в этих положениях, ожидается, что он подлежит урегулированию в соответствии с общими принципами, на которых основаны законодательные положения. При необходимости для достижения результатов, предусмотренных законодательными положениями, могут применяться аналогичные правовые нормы.

C. Прочие вопросы

63. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа провела предварительный обмен мнениями по положениям типовых законов ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, затрагивающих вопросы применимого законодательства[65]. Мнения относительно своевременности их рассмотрения разошлись[66]. Рабочая группа

[65] A/CN.9/1094, п. 97.
[66] A/CN.9/1094, п. 97.

отложила рассмотрение отдельных вопросов в контексте параллельных производств (см. п. 1 (g) и (h) выше).

64. Некоторые из выявленных положений рассматриваются в проекте комментария. Другие требуют дальнейших разъяснений или решений Рабочей группы. Так, например, хотя в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности не устанавливается жесткой иерархии между производствами, определенный приоритет в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности отдается основному иностранному производству[67], а в контексте несостоятельности предпринимательских групп — плановому производству[68]. Один из доводов в пользу того, чтобы избегать установления жесткой иерархии параллельных производств, заключается в том, что не следует без необходимости ограничивать способность судов и управляющих в делах о несостоятельности сотрудничать путем осуществления своих дискреционных полномочий на основании соответствующих положений о сотрудничестве и координации[69]. Подразумеваемая иерархия производств очевидна в положениях ТЗТН о судебной помощи[70], последствиях признания[71] и ограниченном объеме местного производства после признания основного иностранного производства[72], в статье 14 (e) и (h) ТЗСРН[73] и во всем тексте ТЗНПГ. В то же время статья 29 ТЗТН отдает местному производству определенный приоритет перед иностранным производством, будь то основным или неосновным, требуя, чтобы судебная помощь для поддержки иностранного производства должна быть согласована с производством в принимающем закон государстве.

---

[67] См., например, пп. 1, 21, 31, 44, 132–133, 144, 175, 193 и 202 РПТ.

[68] См., например, статьи 20, 23 и 24 ТЗНПГ и сопроводительный комментарий.

[69] A/52/17, п. 108.

[70] См., например, статьи 19.4, 21.3, 23.2, 29 (c) и 30 ТЗТН.

[71] Статья 20 ТЗТН.

[72] Статья 28 ТЗТН.

[73] См. РП, пп. 107 и 118.