

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
7 February 2023
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Шестьдесят вторая сессия
Нью-Йорк, 17–20 апреля 2023 года**

**Применимое законодательство в производстве по делам
о несостоятельности****Записка Секретариата****Содержание**

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Проекты законодательных положений с сопроводительным комментарием	2
A. Цель и задачи	2
B. Сфера применения законодательных положений	5
C. Определения	10
D. Примат международных обязательств	12
E. Исключение на основании публичного порядка	13
F. Толкование	14
G. Стандартное правило в отношении законодательства, применимого в производстве по делу о несостоятельности: <i>lex fori concursus</i>	14
H. Исключения из правила <i>lex fori concursus</i>	31



I. Введение

1. Общая информация о проекте в области применимого законодательства в производстве по делам о несостоятельности, работу над которым Комиссия поручила Рабочей группе на своей пятьдесят четвертой сессии в 2021 году¹, приводится в предварительной повестке дня шестьдесят второй сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.V/WP.185). На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа просила секретариат пересмотреть проекты законодательных положений и комментария и свести их в единый документ для рассмотрения на ее следующей сессии. Рабочая группа исходила из того понимания, что на данный момент основным рабочим вариантом является подготовка типового закона². Рабочей группе все еще предстоит согласовать окончательную форму документа и то, как окончательный текст будет взаимодействовать с существующими текстами ЮНСИТРАЛ в области законодательства о несостоятельности.

2. Секретариат приводит пересмотренные проекты законодательных положений и комментария в главе II ниже. Выделенные жирным шрифтом сноски, сопровождающие проекты законодательных положений и комментария, указывают на источник внесенных изменений. Другие сноски, сопровождающие эти материалы, предполагается оставить в окончательном тексте в надлежащем виде в зависимости от его окончательной формы. Перед проектами материалов изложены вопросы для рассмотрения Рабочей группой. В предварительном порядке секретариат сохраняет ссылки на законодательные положения при том понимании, что в должное время они будут заменены ссылками, соответствующими согласованной форме документа.

II. Проекты законодательных положений с сопроводительным комментарием

A. Цель и задачи

3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть данный проект законодательного положения и комментариев к нему, которые были пересмотрены с учетом обсуждений на шестьдесят первой сессии Рабочей группы. В частности, проект комментария был дополнен разъяснением термина «злоупотребления с целью поиска удобного суда», включенного в проект законодательного положения. Как об этом согласилась Рабочая группа, формулировка «злоупотребления с целью» была заключена в квадратные скобки в этом проекте законодательного положения для ее дальнейшего рассмотрения Рабочей группой³. Кроме того, в конце проекта комментария был включен дополнительный текст, поясняющий сферу применения законодательных положений. В нем отражено согласие, достигнутое Рабочей группой по этому вопросу на ее шестьдесят первой сессии (см. проект законодательного положения о сфере применения законодательных положений в разделе B ниже). В свете этой договоренности в проект текста были внесены изменения, чтобы лучше передать узкую сферу охвата проекта.

1. Проект законодательного положения

Преамбула

Цель настоящих законодательных положений состоит в том, чтобы установить ясные правила для определения законодательства, регулирующего открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, а также их последствия («регулирующее законодательство»), в том числе в рамках параллельных производств, в отношении одного должника или

¹ Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/76/17), пп. 215–217.

² A/CN.9/1126, п. 80.

³ Там же, п. 58.

членов предпринимательской группы, с тем чтобы обеспечить достижение ключевых целей эффективного и действенного производства по делу о несостоятельности⁴, включая правовую определенность и предсказуемость⁵, и снизить риск [злоупотреблений с целью]⁶ поиска удобного суда и других действий, наносящих ущерб кредиторам и другим заинтересованным сторонам.

2. Проект комментария

1. Законодательные положения предусматривают правила для определения законодательства, регулирующего открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности проведение и управление им, а также их последствия («регулирующее законодательство»). Их цель — внести ясность в этом отношении, особенно применительно к производствам по делам о несостоятельности, связанным с активами или сторонами, находящимися в разных юрисдикционных системах.

2. Достижение ясности в этих вопросах является желательным по нижеследующим причинам. Критерии для определения законодательства, регулирующего процессуальные аспекты производства по делу о несостоятельности, такие как открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, незначительно отличаются в разных юрисдикционных системах — эти вопросы регулируются правом места открытия производства по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*). Вместе с тем для определения законодательства, регулирующего последствия производства по делу о несостоятельности для определенных видов активов, прав и требований (например, вещных прав, прав на зачет), используются различные критерии. В этих случаях в некоторых юрисдикционных системах встречаются исключения из применения правила *lex fori concursus*, в то время как в других юрисдикционных системах закон может молчать по этим вопросам или решать их лишь частично. Разнообразие в числе и объеме этих исключений или отсутствие каких-либо правил по этим вопросам, в результате чего судам приходится определять регулирующее законодательство в каждом конкретном случае, создает неопределенность и непредсказуемость.

3. Точное выяснение регулирующего законодательства усложняется, когда в отношении одного и того же должника или членов предпринимательской группы одновременно ведется несколько производств, каждое из которых подчиняется собственным правилам определения регулирующего закона. Параллельные производства могут представлять собой любое сочетание основного иностранного производства (одно из которых может стать плановым производством в соответствии с Типовым законом ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп⁷ (ТЗНПГ)), неосновного иностранного производства и производства по делу о несостоятельности, которое не является ни основным, ни неосновным иностранным производством, а которое было открыто по месту нахождения активов должника (см. статью 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности⁸ (ТЗТН)). Некоторые из этих производств могут стать предметом процедур по признанию в других

⁴ Рабочая группа согласилась заменить формулировку «законодательства о несостоятельности» формулировкой «производства по делу о несостоятельности». Там же, п. 57 (b).

⁵ Рабочая группа согласилась добавить ссылки на правовую определенность и предсказуемость. Там же, п. 57 (a).

⁶ Рабочая группа просила включить формулировку «злоупотребления с целью» в квадратных скобках в этот проект законодательного положения для ее дальнейшего рассмотрения. Там же, п. 58.

⁷ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.20.V.3. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп с Руководством по принятию (2019 год) размещены на вебсайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

⁸ Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.14.V.2. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год) размещен на вебсайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

государствах, которые могут открыть или не открыть местное вспомогательное производство по делу о несостоятельности. Признающее государство может применять собственное законодательство по таким вопросам, как объем автоматически предоставляемой судебной помощи, вытекающей из признания основного иностранного производства (статья 20 (2) ТЗТН), дискреционная судебная помощь (статьи 19 (1) (с) и 21 (1) (g) ТЗТН), дополнительное содействие (статья 7 ТЗТН) и распределение активов между различными видами производств (статьи 21 (3), 23 (2), 28 и 29 (с) ТЗТН). Признающее государство может признать или не признать последствия иностранного *lex fori concursus* (основного, неосновного или иного производства по делу о несостоятельности). Такие параллельные производства требуют уточнения регулирующего законодательства или координации применения нескольких регулирующих законов.

4. В более ранних текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности эти вопросы не рассматриваются, и они лишь в некоторой степени облегчают трансграничное признание и принудительную реализацию последствий *lex fori concursus* основного иностранного производства.

5. Основная цель законодательных положений состоит в том, чтобы заполнить эти лакуны, предложив простые и ясные правила для определения регулирующего законодательства, которые государства могут включить в свое внутреннее законодательство. Законодательные положения обеспечивают такой порядок следующим образом: а) установление общего правила, согласно которому законодательство государства открытия производства по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*) будет регулировать все аспекты открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им, а также их последствия для лиц, прав, требований и процессуальных действий; b) уточнение значения и сферы действия соответствующего законодательства; c) установление ограниченного числа исключений из этого правила; d) четкое определение сферы применения каждого исключения и указание на то, когда каждое из них будет применяться; [и e) установление правил для определения регулирующего законодательства или координации применения нескольких регулирующих законов при параллельных производствах в отношении одного должника или членов предпринимательской группы].

6. Соблюдение базовых норм, предлагаемых в законодательных положениях, поможет, как ожидается, ослабить разночтения и заполнить лакуны, оставленные фрагментированными и неполными правилами по вопросам, которые регулируются в законодательных положениях. Это в свою очередь, как ожидается, будет способствовать: а) повышению определенности и предсказуемости результатов производства по делу о несостоятельности для прав и требований сторон, затронутых таким производством; b) повышению эффективности и ответственности производства по делу о несостоятельности за счет снижения сложности и стоимости производства; c) улучшению координации производств по делам о несостоятельности, связанных с трансграничными аспектами; и d) расширению торговли и инвестиций.

7. Кроме того, с помощью использования законодательных положений государства могут снизить риск [злоупотреблений с целью]⁹ поиска удобного суда и других действий, наносящих ущерб кредиторам и другим заинтересованным сторонам. Смысл понятия «злоупотребление» будет определяться судами в каждом конкретном случае. Определение оптимальной юрисдикционной системы для определенной сделки или действий, включая реструктуризацию или реорганизацию, и принятие мер с целью обеспечения применения законодательства этой системы представляют собой общепринятое поведение во многих юрисдикционных системах. В то же время выбор, сделанный с целью занятия более благоприятных правовых позиций в ущерб общей массе кредиторов или с

⁹ Рабочая группа просила включить формулировку «злоупотребления с целью» в квадратных скобках и объяснить ее предполагаемое значение в проекте комментария, что должно позволить Рабочей группе на ее следующей сессии принять решение по вопросу о том, следует ли сохранить эту формулировку (A/CN.9/1126, п. 58).

иными ненадлежащими целями, обычно считается злоупотреблением. Такие цели включают использование преимуществ благоприятных законов для укрытия активов от последствий законодательства о несостоятельности, под действие которого одна или обе стороны подпадают незамедлительно или в перспективе, или же уклонение от иных обязательств или ответственности, в том числе путем воспрепятствования приведению в исполнение судебного решения.

8. Законодательные положения направлены на достижение надлежащего баланса между конкурирующими соображениями, которые могут существовать при производстве по делу о несостоятельности. Например, по соображениям эффективности может быть отдано предпочтение суду, который находится в государстве открытия производства по делу о несостоятельности и который применяет *lex fori concursus* ко всем вопросам, возникающим в ходе производства по делу о несостоятельности, поскольку суд обладает наилучшими возможностями для ясного изложения и применения своих собственных законов; в тех случаях, когда суд применяет иностранный закон, он может столкнуться с необходимостью изучить содержание и толкование этого другого закона и иметь дело с иностранными правовыми категориями, которые могут быть неизвестны его правовой системе¹⁰. Другие соображения — например, в отношении трудовых договоров и трудовых отношений — могут перевесить соображения эффективности и потребовать применения иностранного законодательства.

9. Сфера действия настоящих законодательных положений ограничивается вопросами регулирующего законодательства и не распространяется на правила для определения законодательства, применимого к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности. Это законодательство по-прежнему определяется нормами международного частного права (коллизийными нормами) (далее именуемыми «МЧП» или «нормами МЧП») государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, или другого государства суда, в котором может быть возбуждено производство, связанное с несостоятельностью (например, адьюдикативное рассмотрение требований или исков о расторжении сделок)¹¹. Производство по делу о несостоятельности не заменяет эти правила, но может повлиять на действительные и имеющие юридическую силу права, которые существовали до открытия производства, например, приостановить или прекратить такие права, как право на открытие арбитражного разбирательства в соответствии с арбитражным соглашением, заключенным до открытия производства по делу о несостоятельности; право кредитора на зачет своих требований против должника; права, возникающие из сделок, которые были расторгнуты в ходе производства по делу о несостоятельности; и права на приведение в исполнение.

В. Сфера применения законодательных положений

4. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть данный проект законодательного положения и комментариев к нему, которые были пересмотрены с учетом обсуждений на шестьдесят первой сессии Рабочей группы¹². В частности, она может рассмотреть вопрос о том, следует ли сохранить текст, заключенный в квадратные скобки в пункте 2.

¹⁰ Текст пересмотрен с учетом замечаний, высказанных в Рабочей группе (там же, п. 59).

¹¹ Там же, п. 60.

¹² Там же, пп. 60–62.

1. Проект законодательного положения

Сфера применения

1. Законодательные положения устанавливают правила для определения регулирующего законодательства.
2. Законодательные положения не устанавливают правил для определения законодательства, применимого к действительности и юридической силе прав и требований, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности. [Законодательство, применимое к действительности и юридической силе прав и требований, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности, определяется *[указать нормы международного частного права государства, принимающего законодательные положения]*. Если иное не предусмотрено настоящими законодательными положениями, то производство по делу о несостоятельности не заменяет эти правила¹³.]
3. Законодательные положения не применяются к производству, касающемуся *[указать любые виды субъектов, таких как банки или страховые компании, в отношении которых в настоящем государстве установлен специальный режим несостоятельности и которые настоящее государство желает исключить из сферы применения настоящих законодательных положений]*¹⁴.

2. Проект комментария

Общие соображения

1. Сфера применения законодательных положений связана с понятиями «производство по делу о несостоятельности»¹⁵ и «открытие производства по делу о несостоятельности»¹⁶. В текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности приводится сводный перечень необходимых требований, которым должно отвечать производство, чтобы считаться «производством по делу о несостоятельности»: а) коллективное производство (судебное или административное)¹⁷; б) производство проводится в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности (включая законодательство, регулирующее деятельность компаний)¹⁸; в) под контролем или надзором суда (в том числе при сохранении владения за должником)¹⁹; d) в отношении должника (физического или юридического лица), находящегося в тяжелом финансовом положении или являющегося

¹³ Текст пересмотрен с учетом замечаний, высказанных в Рабочей группе (там же, п. 60).

¹⁴ Текст добавлен с учетом замечаний, высказанных в Рабочей группе (там же, п. 61).

¹⁵ Определения терминов (s) и (u), содержащихся в глоссарии Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности («Глоссарий» и «Руководство»), следует читать совместно, а также с учетом разъяснений, приводимых в части первой, п. 2; Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности (ТЗСРН) (РП), пп. 22, 48 и 49; и Руководство по принятию и толкованию ТЗТН (РПТ), пп. 48–51 и 65–80.

¹⁶ Рекомендации 14–29 Руководства. «Открытие производства [по делу о несостоятельности]: дата фактического начала производства по делу о несостоятельности, установленная будь то законом или судебным решением» (Глоссарий, определение термина (h)).

¹⁷ РПТ, пп. 69–72.

¹⁸ РПТ, пп. 73.

¹⁹ Рекомендация 112 Руководства и РПТ, пп. 71, 74–76 и 86.

неплатежеспособным²⁰; и е) с целью ликвидации или реорганизации этого должника как коммерческого субъекта²¹.

2. «Производство по делу о несостоятельности» в соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности охватывает а) «ликвидацию», определяемую как производство для продажи и реализации активов с целью распределения среди кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности²²; б) «реорганизацию», определяемую как процедуру, с помощью которой финансовое благополучие и жизнеспособность коммерческого предприятия должника могут быть восстановлены и деловые операции такого предприятия могут быть продолжены за счет применения различных методов, которые могут включать списание долгов, пересмотр сроков погашения задолженности, конверсию задолженности в акции и продажу коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы²³; с) «ускоренное реорганизационное производство», сочетающее добровольные переговоры о реструктуризации и принятие плана с ускоренной процедурой, проводимой в соответствии с законодательством о несостоятельности для утверждения этого плана судом²⁴; d) упрощенное производство по делу о несостоятельности²⁵; и е) временное производство, реструктуризация и любое другое производство, которое суд может установить в каждом конкретном случае как отвечающее изложенному выше сводному перечню необходимых требований²⁶.

3. Любое другое производство, не отвечающее изложенным выше необходимым требованиям, не попадает в сферу применения законодательных положений. Например, исключаются производства по взысканию долга или управлению имуществом, возбужденные конкретным кредитором или группой кредиторов, или сбор активов в ходе обычного конкурсного производства или производства, организованного с целью консервации, которые не предусматривают мер по удовлетворению требований других кредиторов²⁷. Исключается также судебное или административное производство в отношении платежеспособного субъекта, который стремится не реорганизовать свою финансовую деятельность, а скорее упразднить свой правовой статус²⁸. Меры финансовой корректировки или соглашения, заключенные между должником и некоторыми из его кредиторов на чисто договорной основе в отношении некоторых долгов, если переговоры не приводят к открытию производства по делу о несостоятельности, проводимого в соответствии с законодательством о несостоятельности, также не будут подпадать под действие законодательных положений²⁹. Кроме того,

²⁰ РПТ, пп. 1, 48, 49, 65 и 67 с перекрестными ссылками на рекомендации 15 и 16 Руководства, в которых изложены стандарты для открытия производства по делу о несостоятельности. В ситуации, когда должник подает заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, применяются следующие стандарты: должник в целом не в состоянии или будет не в состоянии выплатить свои долги по наступлении срока их погашения или его обязательства превышают стоимость его активов (в Руководстве рекомендуется, в рамках упрощенного производства по делу о несостоятельности, разрешить должникам, отвечающим соответствующим критериям, подавать заявление об открытии упрощенного производства по делу о несостоятельности на раннем этапе тяжелого финансового положения без необходимости доказывать свою неплатежеспособность (рекомендация 294)). В ситуации, когда кредитор(-ы) подает(-ют) заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, применяются следующие стандарты: должник в целом не в состоянии выплатить свои долги по наступлении срока их погашения или его обязательства превышают стоимость его активов.

²¹ РПТ, пп. 77–78.

²² Глоссарий, определение термина (w).

²³ Глоссарий, определение термина (kk).

²⁴ См. текст о целях законодательных положений, предшествующий рекомендации 160 Руководства, и РПТ, п. 75.

²⁵ Руководство, часть пятая.

²⁶ В отношении временного производства, см. РПТ, пп. 79–80. В отношении реструктуризации см. Сборник по прецедентному праву, касающемуся Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности, раздел по статье 2, п. 11.

²⁷ РПТ, п. 69.

²⁸ РП, п. 22; и РПТ, пп. 48 и 73.

²⁹ РПТ, п. 78.

исключается также производство, направленное исключительно на предотвращение распыления и утраты активов, а не на ликвидацию или реорганизацию имущественной массы, а также производство, призванное предотвратить причинение ущерба инвесторам, а не всем кредиторам³⁰.

Пункт 1

4. Законодательные положения в первую очередь касаются правил для определения регулирующего законодательства. Это законодательство регулирует а) аспекты производства по делу о несостоятельности, которые связаны с юрисдикцией, а также квалификационными и процессуальными требованиями и которые касаются, например, открытия, ведения и закрытия производства по делам о несостоятельности и управления им; б) последствия производства по делу о несостоятельности для прав и требований, существовавших до открытия производства (т. е. какой режим будет применяться в рамках производства по делу о несостоятельности к каждому такому праву и требованию); и с) права, требования, действия и споры после открытия производства.

5. Примеры вопросов, охватываемых подпунктом (а) выше, включают стандарты для открытия производства; уведомления о его открытии; отклонение заявления или отказ в открытии производства; виды производств; шаги, предпринимаемые в рамках производства; преобразование производства в другой вид; требования и механизмы, связанные с надзором и утверждением; и процедуры для представления, проверки и принятия требований.

6. Примеры вопросов, охватываемых подпунктом (б) выше, включают относительный статус требований по отношению друг к другу (т. е. очередность и приоритеты); расторжение сделок; и ограничения и изменения, которые могут потребоваться применительно к правам и требованиям, существовавшим до открытия производства, для достижения коллективных целей производства по делу о несостоятельности (например, мораторий³¹ или субординация). В их число входят также последствия производства по делу о несостоятельности для действительности и юридической силы прав на открытие арбитражного разбирательства в соответствии с арбитражными соглашениями, заключенными, действительными и действующими до открытия производства по делу о несостоятельности, и для взыскания по действительным и имеющим юридическую силу правам и требованиям, вытекающим из арбитражных решений, полученных до открытия производства по делу о несостоятельности.

7. Примеры вопросов, охватываемых подпунктом (с) выше, включают права и требования, возникающие в связи с использованием активов имущественной массы в деле о несостоятельности и распоряжением ими, а также финансирование после открытия производства; полномочия, обязанности, функции и ответственность управляющего в деле о несостоятельности и оспаривание действий этого управляющего; определение и одобрение административных расходов; оспаривание плана реорганизации; и освобождение от обязательств по долгам.

Пункт 2

8. Как указывается в пункте 2 данного законодательного положения, законодательные положения не устанавливают правил для определения законодательства, применимого к действительности и юридической силе прав и требований, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности. Для определения этого законодательства суд, осуществляющий контроль

³⁰ РПТ, п. 77.

³¹ «Мораторий»: мера, которая предотвращает возбуждение — или приостанавливает продолжение — судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязательств или ответственности должника, включая действия, направленные на придание обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон или на принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; а также предотвращает взыскание в отношении активов, входящих в имущественную массу, прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к активам или правам, входящим в имущественную массу (Глоссарий, определение термина (гг)).

или надзор над производством по делу о несостоятельности, или другой суд, выносящий решение по вопросу, связанному с несостоятельностью (например, на основании юрисдикционной оговорки в договоре с должником), будет применять нормы МЧП своего государства, включая любые международные конвенции или другие соглашения, действующие для этого государства. Этот подход отвечает рекомендации 30 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности³² («Руководство»). Например, законодательство, регулирующее договор, будет, как правило, определять, существует ли договорное требование к неплатежеспособному должнику и каковой является сумма такого требования; а законодательство государства, в котором находится имущество (*lex rei sitae*³³), будет определять, был ли создан обеспечительный интерес в недвижимом имуществе в пользу конкретного кредитора. Настоящие законодательные положения не заменяют эти нормы МЧП и применимое право, вытекающее из применения этих норм.

9. Тем не менее, как отмечается в комментарии к пункту 1 данного законодательного положения выше, производство по делу о несостоятельности создает последствия для прав и требований, существовавших до открытия производства, и эти последствия подпадают под действие регулирующего законодательства, а не норм МЧП³⁴.

10. Следовательно, законодательные положения не устанавливают правил для определения местонахождения активов. Эти правила являются частью норм МЧП и имеют, таким образом, отношение к оценке действительности и юридической силы прав и требований, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности³⁵. К этим вопросам применяются и другие международные документы³⁶.

11. Аналогичным образом, законодательные положения не устанавливают юрисдикционных правил³⁷. Хотя эти правила имеют отношение к регулируемому законодательству, в частности к признанию и принудительной реализации последствий производства по делу о несостоятельности в трансграничном контексте, они рассматриваются в других документах, включая тексты ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности³⁸. Например, в Руководстве рекомендуется, что в законодательстве о несостоятельности следует указать, какие должники имеют достаточную связь с государством, чтобы на них распространялось его законодательство о несостоятельности, а также те основания, при которых на должника может быть распространено законодательство о несостоятельности, включая наличие у должника либо центра основных интересов (ЦОИ), либо предприятия в этом государстве³⁹.

12. Аналогично, законодательные положения не устанавливают правил для распределения активов между возможными параллельными производствами

³² Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности размещено на вебсайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

³³ Глоссарий, определение термина (y).

³⁴ Примеры текстов ЮНСИТРАЛ и других международных документов, признающих последствия производства по делу о несостоятельности для прав и требований, существовавших до открытия производства, см., например, рекомендации 3 и 88 Руководства; рекомендацию 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам и комментарий к статье 94 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках; и статью 14.2 Конвенции УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг.

³⁵ **A/CN.9/1126, пп. 40 и 62.**

³⁶ Например, статьи 90 и 91 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках.

³⁷ **A/CN.9/1126, п. 62.**

³⁸ Например, статья 14 (g) ТЗСРН и пп. 110–115 РП.

³⁹ См. рекомендацию 10 и сопровождающий комментарий. В сноске к этой рекомендации отмечается, что в некоторых юрисдикционных системах используются и другие, не рекомендуемые в этом Руководстве основания, например наличие активов.

или в их рамках. К этим аспектам могут применяться и другие международные документы⁴⁰.

*Пункт 3*⁴¹

13. Законодательные положения были сформулированы таким образом, чтобы они применялись к любому производству по делу о несостоятельности, притом, однако, что в пункте 3 предусмотрена возможность того, что принимающие эти положения государства могут пожелать исключить некоторые вопросы из их сферы действия. Как и в пункте 2 статьи 1 и в ТЗТН, и в ТЗНПГ, в пункте 3 содержится ссылка на производства, касающиеся банков, страховых компаний и других аналогичных учреждений, как на примеры производств, которые принимающее государство, возможно, решит исключить из сферы применения законодательных положений.

14. При принятии пункта 3 государство может пожелать убедиться в том, что он не ограничивает, непреднамеренно и нежелательно, применение правил, содержащихся в законодательных положениях. Принимающее эти положения государство, возможно, пожелает сохранить способность применять одни и те же правила при всех производствах по делам о несостоятельности независимо от секторов, в которых проводится производство по делу о несостоятельности, и независимо от субъектов, в отношении которых открыто такое производство. Если принимающее государство желает указать возможные исключения из применения законодательных положений, то рекомендуется, чтобы исключения из сферы действия законодательных положений были прямо указаны принимающим государством в пункте 3, с тем чтобы сделать внутреннее законодательство о несостоятельности более прозрачным.

С. Определения

5. В данном проекте законодательного положения и сопроводительном комментарии к нему воспроизводится текст, который был представлен Рабочей группе на ее шестьдесят первой сессии, с незначительными поправками, внесенными в проект комментария для отражения мнений, высказанных на этой сессии⁴². Секретариат счел преждевременным предлагать какие-либо дополнительные термины для включения в раздел «Определения» проекта текста в свете нерешенных вопросов, связанных, например, со следующими терминами:

а) *lex arbitri*⁴³ — как имеющий отношение к рассмотрению Рабочей группой вопроса о законодательстве, регулирующем последствия открытия производства по делу о несостоятельности для режима текущего или предстоящего арбитражного разбирательства (см. раздел Н.3 ниже, также в отношении связанных с этим вопросов о судебных разбирательствах, которые еще не были рассмотрены Рабочей группой);

б) *lex rei sitae* — как имеющий отношение к рассмотрению в Рабочей группе вопроса о законодательстве, регулирующем последствия открытия производства по делу о несостоятельности для вещных прав, который был отложен с предыдущих сессий (см. пункт (j) перечня в положении о *lex fori concursus*); и

⁴⁰ См., например, Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета 2015/848 от 20 мая 2015 года о процедурах несостоятельности (новая редакция) («новая редакция ЕРН»), статья 15.

⁴¹ A/CN.9/1126, п. 61.

⁴² Там же, пп. 63–65.

⁴³ Там же, п. 42. «*Lex arbitri*» регулирует в основном процессуальные вопросы, такие как шаги, которые должен предпринять третейский суд для обеспечения действительности и исполнительную силу своего решения (например, вручение сторонам уведомления об арбитраже), а также взаимоотношения между третейским судом и судами в той юрисдикционной системе, в которой проводит свои заседания этот третейский суд. *Lex arbitri* не является материальным правом, который применяет третейский суд для разрешения спора, переданного ему на рассмотрение.

с) *lex societatis*⁴⁴ — как имеющий отношение к рассмотрению в Рабочей группе вопроса о законодательстве, применимом к обязанностям и ответственности директоров в период, приближающийся к несостоятельности. Хотя было выражено согласие с тем, что в следующем проекте законодательных положений в сферу действия *lex fori concursus* будут включены только те иски против директоров, которые тесно связаны с производством по делу о несостоятельности, Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о том, как это будет достигнуто (см. проект комментария к пункту (t) перечня в положении о *lex fori concursus* ниже).

1. Проект законодательного положения

Определения

Для целей настоящих законодательных положений:

а) «*lex fori concursus*» означает законодательство государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности⁴⁵.

2. Проект комментария

1. Для целей законодательных положений «*lex fori concursus*» следует толковать широко как охватывающий законодательство о несостоятельности государства открытия производства по делу о несостоятельности, а также его законодательство, не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности, но касающееся несостоятельности⁴⁶. Достаточная связь с несостоятельностью может оцениваться в каждом конкретном случае, однако обычные примеры законодательства, не имеющего прямого отношения к вопросам несостоятельности, но имеющего достаточную связь с несостоятельностью, включают а) законодательство, регулирующее обязанности и ответственность директоров в период, приближающийся к несостоятельности, в контексте производства по делу о несостоятельности⁴⁷; б) законодательство, регулирующее процедуры реструктуризации долга в рамках производства до наступления несостоятельности⁴⁸; в) законодательство об обеспеченных сделках, которое, помимо других вопросов, имеющих отношение к несостоятельности, может касаться режима финансирования до открытия производства в случае последующей несостоятельности; г) семейное право, которое может касаться режима активов, находящихся в совместной собственности, в рамках производства по делу о несостоятельности индивидуальных предпринимателей; д) трудовое законодательство, которое касается прав работников, режима и очередности трудовых требований и рассмотрения вопроса об увольнениях в случае несостоятельности; е) налоговое законодательство и законодательство о социальном обеспечении, регулирующие режим и очередность публичной задолженности; и г) законодательство об иностранных инвестициях, которое может налагать ограничения на иностранное владение определенными активами или деятельность иностранных инвесторов в определенных секторах экономики (что может иметь значение, например, в

⁴⁴ Единого толкования этого термина не существует. Этот термин может относиться к законодательству государства, которое регулирует отношения в области корпоративного права должника или его внутренние дела, см. сноску 107 выше.

⁴⁵ На шестьдесят первой сессии Рабочей группы возобладало мнение о том, что следует сохранить это законодательное положение без изменений (A/CN.9/1126, п. 63).

⁴⁶ На шестьдесят первой сессии Рабочей группы возобладало мнение о том, что следует изменить формулировку «имеющее достаточную связь с вопросами несостоятельности» формулировкой «касающееся несостоятельности» (там же).

⁴⁷ На шестьдесят первой сессии Рабочей группы возобладало мнение о том, что следует изменить формулировку пункта (а) таким образом, чтобы в нем упоминалось об обязанностях и ответственности директоров в контексте производства по делу о несостоятельности (там же, п. 64 (а)).

⁴⁸ На шестьдесят первой сессии Рабочей группы возобладало мнение о том, что следует изменить формулировку пункта (б) таким образом, чтобы в нем говорилось о процедурах реструктуризации долга в рамках досудебных процедур (там же, п. 64 (б)).

случае конверсии задолженности в акции и продажи коммерческого предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы).

2. В тех случаях, когда *lex fori concursus* содержит отсылку к праву другого государства, эта отсылка должна толковаться как ссылка только на материальные нормы внутреннего права этого государства, за исключением его норм МЧП, т. е. обратная отсылка исключается. Это соответствует подходам, принятым в других международных текстах⁴⁹. Цель такого подхода состоит в обеспечении определенности в отношении применимого законодательства. Кроме того, ссылка на право иностранного государства не будет охватывать публичное право этого государства, т. е. на право, относящееся к осуществлению суверенных полномочий иностранного государства. Тем не менее *lex fori concursus* может касаться режима и очередности иностранных публичных требований (например, налоговых требований и требований по социальному обеспечению)⁵⁰. Ссылка на право иностранного государства не охватывает также процессуальное право, поскольку суды применяют свое собственное процессуальное право и не применяют никакую иностранную норму, которая, по их мнению, является процессуальной. Как отмечается в настоящих законодательных положениях в соответствующих контекстах, некоторые вопросы (например, зачет или срок исковой давности) могут быть квалифицированы как материальные или процессуальные, в зависимости от правовой системы. Законодательные положения указывают на законодательство, которое будет регулировать эти вопросы в рамках производства по делу о несостоятельности.

D. Примат международных обязательств

6. На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа достигла согласия о том, что в окончательный текст необходимо включить положение о преимущественной силе международных обязательств, если только он не будет оформлен в виде дополнения к типовым законам ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, где такое положение уже содержится⁵¹. В свете этого еще не решенного вопроса Секретариат считал преждевременным разрабатывать проекты этого положения и сопроводительного комментария к нему. Если возникнет необходимость в их включении, то это положение и сопроводительный комментарий могут основываться на статьях 3 ТЗТН, Типового закона ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, связанных с несостоятельностью (ТЗСРН)⁵² и ТЗПГН, а также на сопровождающих их комментариях. Как это было предложено Рабочей группой, комментарий к этому положению может быть расширен ссылками на международные договоры и другие международные соглашения, в которых рассматриваются коллизии права при производствах по делам о несостоятельности, такие как Протокол по авиационному оборудованию к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаун, 2001 год) («Протокол по авиационному оборудованию»)⁵³ и Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета 2015/848 от 20 мая 2015 года о процедурах несостоятельности (новая редакция) («новая редакция ЕРН»)⁵⁴.

⁴⁹ См., например, ссылки на «внутреннее право» в статьях 5, 6 и 11 Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям.

⁵⁰ См., например, статью 13(2) ТЗТН и сноску (b) к ней, а также РПТ, пп. 119–120.

⁵¹ [A/CN.9/1126, п. 54.](#)

⁵² Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.19.V.8. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, связанных с несостоятельностью (2018 год), размещен на вебсайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

⁵³ Размещен по адресу: www.unidroit.org/instruments/security-interests/.

⁵⁴ Регламент имеет обязательную силу и прямо применяется в государствах — членах Европейского союза (ЕС). Сфера применения Регламента ограничена процедурами банкротства в отношении должника, ЦОИ которого находится в ЕС (см. п. 25 Преамбулы). Новая редакция ЕРН заменяет и отменяет Регламент Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о процедурах банкротства, в основу которого, в свою очередь, была положена Конвенция о процедурах банкротства (совершенная в Брюсселе 23 ноября 1995 года),

Е. Исключение на основании публичного порядка

7. Данный проект законодательного положения и сопроводительный комментарий остаются по существу такими же, как и на шестьдесят первой сессии Рабочей группы. На той сессии Рабочая группа не рассмотрела ожидаемого результата замены иностранного права: будет ли во всех случаях применяться *lex fori concursus* или же суд будет иметь право по своему усмотрению выбирать законодательство юрисдикционной системы, которая имеет существенно больший интерес, чем выбранная юрисдикционная система или *lex fori concursus*. Рабочая группа, возможно, пожелает сделать это на своей шестьдесят второй сессии.

1. Проект законодательного положения

Исключение на основании публичного порядка

В применении законодательства, определенного в соответствии с настоящими законодательными положениями, может быть отказано только в том случае, если последствия его применения будут явно⁵⁵ противоречить публичному порядку настоящего государства.

2. Проект комментария

1. Законодательные положения предусматривают исключение на основании публичного порядка, целью которого является предоставление судам государства, принимающего эти положения, права отказывать в применении иностранного законодательства, если применение такого законодательства будет явно противоречить публичному порядку этого государства.

2. Поскольку понятие публичного порядка основывается на нормах национального права и может быть разным в разных государствах, не предпринимается попытки дать единообразное определение этого понятия. В то же время, поскольку законодательные положения касаются вопросов международного сотрудничества, публичный порядок следует понимать более ограничительно, чем внутренний публичный порядок. В данном законодательном положении это намерение передается с помощью слова «явно». Цель состоит в том, чтобы подчеркнуть, что исключение на основании публичного порядка следует толковать и применять узко и ограничительно и применять его только в исключительных обстоятельствах, связанных с вопросами, имеющими принципиальное значение для принимающего законодательные положения государства. Такое же узкое и ограничительное толкование исключения должно применяться независимо от вида производства (ликвидация или реорганизация).

3. Наличие оснований публичного порядка должно определяться в отношении последствий применения иностранного законодательства, указанного настоящими законодательными положениями, в каждом конкретном случае. Ожидается, что на такие основания будут ссылаться, когда применение соответствующей нормы иностранного законодательства, применительно к обстоятельствам дела, может нанести ущерб безопасности или суверенитету государства или привести к результату, который настолько радикально расходится с концепциями принимающего эти положения государства об основополагающих принципах правосудия, что ее применение является недопустимо оскорбительным для основных ценностей этого государства (например, применение законодательства государства, в котором производство по делу о несостоятельности открыто для достижения политических целей, или законодательства государства, которое фактически узаконивает противоправные схемы (например, уклонение

которая не вступила в силу. Статьи 7–18 новой редакции ЕРН содержат правила о праве, применимом при процедурах банкротства.

⁵⁵ На шестьдесят первой сессии Рабочей группы в ответ на предложение исключить слово «явно» из текста этого законодательного положения возобладало мнение о том, что его следует сохранить (A/CN.9/I126, п. 66).

от выполнения императивных применимых правовых норм и обязательств, таких как обязанности в сфере охраны окружающей среды и прав человека и другие социальные обязанности)).

Е. Толкование

8. На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа достигла согласия о том, что в окончательный текст необходимо включить положение о толковании, если только он не будет оформлен в виде дополнения к типовым законам ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, где такое положение уже содержится⁵⁶. В свете этого еще не решенного вопроса Секретариат счел преждевременным разрабатывать проекты этого положения и сопроводительного комментария к нему. Если возникнет необходимость в их включении, то это положение и сопроводительный комментарий могут основываться на статьях 8 ТЗТН и ТЗСРН и статье 7 ТЗПГН и на сопровождающих их комментариях. Как это предлагалось в пункте 62 документа [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#), в будущий комментарий могут быть включены дополнительные элементы, отражающие особый масштаб проекта, в частности то, что применение законодательных положений может привести к применению иностранного законодательства и, следовательно, к определению и проверке этого законодательства и привлечению иностранных правовых культур, систем и концепций. В таких ситуациях может отмечаться повышенная тенденция к ссылке на местные понятия и правила. Если какой-либо вопрос, касающийся темы, регулируемой законодательными положениями, прямо не урегулирован в этих положениях, то ожидается, что он подлежит урегулированию в соответствии с общими принципами, на которых основаны законодательные положения. При необходимости для создания последствий, намеченных законодательными положениями, могут применяться аналогичные правовые нормы.

Г. Стандартное правило в отношении законодательства, применимого в производстве по делу о несостоятельности: *lex fori concursus*

9. В дополнение к еще не решенным вопросам, отмеченным в проекте законодательного положения о *lex fori concursus* и сопроводительном комментарии ниже, Рабочая группа, возможно, пожелает вновь обратить внимание на следующее:

а) она отложила рассмотрение вопросов о регулирующем законодательстве, возникающих в контексте параллельных производств (по делам несостоятельности и по делам, не связанным с несостоятельностью), включая вопросы, имеющие отношение к статье 29 ТЗТН (например, уважение *lex fori concursus* основного иностранного производства, в том числе в отношении объема, продолжительности, изменения и прекращения моратория)⁵⁷;

б) на шестьдесят первой сессии Рабочей группы возобладало мнение о том, что, прежде чем завершать рассмотрение Рабочей группой вопроса о законодательстве, регулирующем режим цифровых активов в рамках производства по делу о несостоятельности, необходимо дождаться результатов работы УНИДРУА по цифровым активам и частному праву⁵⁸. Рабочая группа, возможно, пожелает отметить, что на момент подготовки настоящего документа УНИДРУА не завершила работы над этим проектом, объявив о проведении по нему публичных консультаций⁵⁹;

⁵⁶ Там же, п. 55.

⁵⁷ Там же, пп. 68–72.

⁵⁸ Там же, п. 39.

⁵⁹ Цифровые активы и частное право — Публичные консультации — УНИДРУА.

с) Рабочая группа заслушала различные мнения по вопросу о том, следует ли сделать исключение из правила *lex fori concursus* для контрактов, касающихся недвижимого имущества⁶⁰;

d) была также отмечена необходимость решения конкретных вопросов, возникающих в связи с несостоятельностью физических лиц⁶¹.

10. В то же время Рабочая группа согласилась с тем, что никаких исключений из правила *lex fori concursus* в отношении режима прав и лицензий на интеллектуальную собственность (ИС) в рамках производства по делу о несостоятельности не требуется⁶².

1. Проект законодательного положения

Стандартное правило в отношении законодательства, регулирующего все аспекты открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им, а также их последствия: *lex fori concursus*

Если иное не предусмотрено настоящими законодательными положениями, то *lex fori concursus* регулирует все аспекты открытия, проведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им, а также их последствия, включая:

a) определение должников, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности;

b) определение момента, когда может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может подать заявление об открытии производства, а также решение вопроса о том, должны ли критерии открытия производства различаться в зависимости от стороны, ходатайствующей о его открытии;

c) образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности;

d) защита и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности [, включая объем, продолжительность, изменение и прекращение моратория]⁶³;

e) использование и реализация активов;

f) предложение, принятие, утверждение и выполнение плана реорганизации;

g) расторжение определенных сделок, которые могут нанести ущерб некоторым сторонам⁶⁴;

h) режим контрактов, включая оговорки об автоматическом прекращении контракта и ускорении исполнения (оговорки *ipso facto*)⁶⁵;

i) порядок зачета;

⁶⁰ A/CN.9/1126, п. 49.

⁶¹ Там же, п. 72.

⁶² Там же, п. 38.

⁶³ На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа отложила рассмотрение некоторых вопросов, связанных с этим пунктом, включая вопрос о том, следует ли в перечне упомянуть мораторий отдельно (там же, пп. 68–72).

⁶⁴ На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа согласилась сохранить пункт (g) в положении о *lex fori concursus*, однако попросила секретариат подготовить соответствующий возможный вариант (там же, п. 43). Этот вариант см. в соответствующей части пересмотренного комментария.

⁶⁵ На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа согласилась с тем, что *lex fori concursus* должен являться законодательством, регулирующим последствия открытия производства по делу о несостоятельности для действительности и юридической силы арбитражных соглашений (там же, п. 41). Этот пункт перечня в положении о *lex fori concursus* затрагивает и этот вопрос, который также отражается во всем тексте проекта комментария.

- j) [режим обеспеченных кредиторов;]⁶⁶
- k) права и обязательства должника⁶⁷;
- l) обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности⁶⁸;
- m) функции кредиторов и комитета кредиторов;
- n) режим требований⁶⁹;
- o) очередность требований⁷⁰;
- p) затраты и расходы, связанные с производством по делу о несостоятельности;
- q) распределение поступлений;
- r) закрытие производства;
- s) освобождение от ответственности; и
- t) соответствующие действия (являющиеся следствием производства по делу о несостоятельности или существенно связанные с ним)⁷¹.

2. Проект комментария

Общие соображения

1. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* регулирует все аспекты производства по делу о несостоятельности и его последствия, если прямо не указано иное. Наблюдаемое сближение материально-правовых норм о несостоятельности должно, как правило, сделать менее проблематичным применение *lex fori concursus* ко всем аспектам открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им, а также к их последствиям⁷².

⁶⁶ На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа отложила дальнейшее рассмотрение режима обеспеченных кредиторов (там же, п. 48).

⁶⁷ [A/CN.9/1094](#), п. 80. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о том, будет ли иметь преимущественную силу *lex fori concursus* или же законодательство признающего государства в случае коллизии применительно к регулированию полномочий должника представлять имущественную массу в деле о несостоятельности в признающем государстве.

⁶⁸ Там же. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о том, будет ли иметь преимущественную силу *lex fori concursus* или же законодательство признающего государства в случае коллизии применительно к регулированию полномочий управляющего в деле о несостоятельности представлять имущественную массу в признающем государстве.

⁶⁹ На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа согласилась с тем, что *lex fori concursus* должен являться законодательством, регулирующим последствия открытого производства по делу о несостоятельности для приведения и исполнение арбитражных решений ([A/CN.9/1126](#), п. 41). Этот пункт перечня в положении о *lex fori concursus* затрагивает и этот вопрос, который также отражается во всем тексте проекта комментария.

⁷⁰ [A/CN.9/1094](#), п. 82. На своей шестидесятой сессии Рабочая группа, со ссылкой на пункт 84 комментария к рекомендациям 30–34 Руководства, отложила рассмотрение вопроса о том, следует ли и, если да, то каким образом следует предусмотреть правила для установления эквивалентности между местными и иностранными требованиями при производстве по делу о несостоятельности. Рабочая группа сочла, что термины «обычные требования» и «эквивалентность», используемые в этом комментарии, были признаны неясными и требующими разъяснения.

⁷¹ На шестьдесят первой сессии Рабочей группы возобладало мнение о том, что следует сохранить этот пункт, однако с изменениями, которые позволят обеспечить соответствие с формулировкой, использованной в аналогичном контексте в ТЗСРН: «соответствующие действия (являющиеся следствием производства по делу о несостоятельности или существенно связанные с ним)» ([A/CN.9/1126](#), п. 52).

⁷² [A/CN.9/1088](#), п. 86. См., однако, [A/CN.9/1126](#), пп. 69–72: на шестьдесят первой сессии Рабочей группы было высказано мнение о том, что устанавливать юридическую силу последствий применения *lex fori concursus*, в том числе в отношении моратория, на

2. Законодательные положения делают *lex fori concursus* применимым, в первую очередь, ко всем аспектам открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им. Эти аспекты охватывают а) процессуальные вопросы (такие как вручение уведомлений, созыв собраний, установление кворума, определение правил голосования или установление сроков для предъявления требований)⁷³; и б) все права, обязанности и требования, возникающие после открытия производства по делу о несостоятельности, т. е. те, которые вытекают из производства по делу о несостоятельности, например, требования к управляющему в деле о несостоятельности или в отношении финансирования после открытия производства, реализации имущественной массы или распределения поступлений.

3. Законодательные положения делают также *lex fori concursus* применимым к последствиям, создающимся производством по делу о несостоятельности, в том числе к правам, требованиям и обязательствам, которые существовали до открытия производства. Например, хотя в соответствии с рекомендацией 4 Руководства, если обеспечительный интерес имеет силу и может быть принудительно реализован согласно иным законам за пределами законодательства о несостоятельности, то он будет признаваться в рамках производства по делу о несостоятельности в качестве имеющего силу и подлежащего принудительной реализации, а реализация обеспечительных прав может быть приостановлена в соответствии с *lex fori concursus*, если и до тех пор, пока суд не предоставит защиты от таких мер (рекомендации 46–51 Руководства). Кроме того, в соответствии с рекомендацией 88 Руководства обеспечительный интерес, который имеет силу и может быть принудительно реализован согласно нормам права за пределами законодательства о несостоятельности, может подпадать под действие положений законодательства о несостоятельности о расторжении сделок на тех же основаниях, что и другие сделки. Помимо моратория и расторжения сделок, законодательство о несостоятельности может, например, требовать субординации требований (например, требований лиц, связанных с должником (рекомендация 184 Руководства)). Оно может также запрещать принудительное исполнение некоторых положений контракта (например, оговорок *ipso facto* (рекомендация 70)) и предоставлять управляющим в делах о несостоятельности определенную свободу действий в отношении режима контрактов, включая их уступку, несмотря на ограничения, содержащиеся в контракте (рекомендация 83 Руководства), и использование и реализацию активов, включая их продажу свободно от обременений и иных интересов (рекомендации 52–62 Руководства).

а) Определение должников, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности

4. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* регулирует вопросы, касающиеся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и юрисдикции, и может предусматривать любые специальные режимы несостоятельности и режимы, которые могут применяться в зависимости от конкретных секторов экономики, размера предприятия должника, уровня задолженности должника или других критериев. Кроме того, *lex fori concursus* определяет связующие факторы для установления юрисдикции в отношении должника, а также открытия и ведения производства по делу о несостоятельности.

экстерриториальной основе было бы нецелесообразным. Рабочая группа отложила дальнейшее рассмотрение этих вопросов.

⁷³ Некоторые вопросы, которые в одних юрисдикционных системах считаются процессуальными (например, зачет или срок исковой давности), в других юрисдикционных системах могут считаться материально-правовыми. Суды выносят такое определение в соответствии с законодательством своих государств, например, с *lex fori concursus* при производстве по делу о несостоятельности.

b) Определение момента, когда может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может подать заявление об открытии производства, а также решение вопроса о том, должны ли критерии открытия производства различаться в зависимости от стороны, ходатайствующей о его открытии

5. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет стандарты для открытия производства (будь то балансовый критерий или критерий движения наличности, или их сочетание, или же какой-либо другой или дополнительный критерий). *Lex fori concursus* оговаривает также i) обстоятельства, при которых тот или иной вид производства по делу о несостоятельности может быть открыт; ii) вопрос о том, может ли только должник или также кредиторы и другие стороны подавать заявление об открытии производства по делу о несостоятельности; и iii) процессуальные действия и другие требования, которые должны быть выполнены заявителем для открытия производства (например, в некоторых юрисдикционных системах только определенное число кредиторов или кредиторы, заявляющие требования на определенную сумму, могут возбудить производство по делу о несостоятельности). *Lex fori concursus* определяет также критерии для отклонения заявления и отказа в открытии производства и устанавливает правила для уведомлений о подаче заявления и об открытии производства (в том числе применительно к содержанию таких уведомлений и к порядку их направления).

c) Образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности

6. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет, какие активы должника должны быть включены в имущественную массу в деле о несостоятельности, и время образования этой массы. Он регулирует также режим активов после открытия производства (например, активы, приобретенные после открытия производства по делу о несостоятельности, и активы, возвращаемые в результате расторжения сделок или каких-либо иных действий).

7. В контексте этого пункта может применяться не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности законодательство государства открытия производства по делу о несостоятельности, например, имущественное право, обязательства в области прав человека, законодательство об обеспеченных сделках, семейное право, гражданское процессуальное законодательство и деликтное право, в том числе в отношении характеристики активов (материальных или нематериальных, движимых или недвижимых) и прав на них (имущественных или договорных), определения права собственности и других имущественных прав, а также режима обремененных активов, активов, принадлежащих третьим лицам, активов, находящихся в совместной собственности, и иностранных активов.

8. Этот пункт тесно связан с [другим пунктом перечня в положении о *lex fori concursus* —] режимом обеспеченных кредиторов, поскольку обремененные активы могут либо быть, либо не быть частью имущественной массы в деле о несостоятельности. Кроме того, этот пункт тесно связан с положениями о примате международных обязательств, поскольку режим некоторых активов в рамках производства по делу о несостоятельности может регулироваться специальным режимом, обязательным для государства — участника соответствующего документа. Такой режим может определять, должен ли конкретный актив быть включен в имущественную массу и, если да, то — в случае параллельного производства — в рамках какого производства по делу о несостоятельности должно осуществляться управление таким активом.

d) Защита и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности [, включая объем, продолжительность, изменение и прекращение моратория]

9. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* регулирует все вопросы, связанные с мерами по защите и сохранению имущественной массы в деле о несостоятельности, включая обеспечительные меры и меры при открытии производства по делу о несостоятельности (например, мораторий, полное или ограниченное отстранение должника или режим сохранения владения за должником). Эти вопросы включают условия для предписания таких мер, их продолжительность и объем, а также основания и процедуры для получения и предоставления защиты от этих мер и других защитных мер.

10. При принудительной реализации последствий применения *lex fori concursus* для защиты и сохранения имущественной массы в деле о несостоятельности в трансграничном контексте могут возникать трудности, в частности, в связи с обеспечительными мерами и мораторием на принудительные действия обеспеченных кредиторов в отношении предмета обременения или на реализацию ими вещных прав. Такие трудности можно было бы в определенной степени смягчить за счет принятия внутреннего законодательства, основанного на типовых законах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, которые предусматривают признание иностранного производства, а также признание и приведение в исполнение судебных решений, принятых в связи с производствами по делам о несостоятельности. Вместе с тем принцип, лежащий в основе, например, ТЗТН, заключается в том, что признание иностранного производства не означает расширения последствий этого иностранного производства, которые могут предписываться законом иностранного государства (т. е. *lex fori concursus*). Вместо этого признание иностранного производства создает соответствующие последствия для этого иностранного производства, предусматриваемые законодательством признающего государства⁷⁴. Например, объем, продолжительность, изменение, приостановление или прекращение моратория и других средств правовой защиты в признающем государстве определяются положениями законодательства этого государства, а не *lex fori concursus*⁷⁵. Таким образом, они могут быть разными в государстве открытия производства по делу о несостоятельности и в признающем государстве.

11. Тем не менее, согласно текстам ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, ожидается, что государства будут в максимально возможной степени сотрудничать и координировать свои действия в делах о трансграничной несостоятельности⁷⁶. Средства для обеспечения такого максимального сотрудничества и координации могут быть различными, в том числе путем оказания помощи иностранному производству и иностранному представителю в соответствии с законодательством о несостоятельности, а также законодательством, не имеющим прямого отношения к вопросам несостоятельности. Кроме того, один из основных принципов текстов ЮНСИТРАЛ о несостоятельности заключается в том, что судебная помощь, которая считается необходимой для упорядоченного и справедливого ведения производства по делу о трансграничной несостоятельности, должна предоставляться в целях содействия иностранному производству, будь то на временной основе или в результате признания⁷⁷. Помощь в соответствии со статьями 19–21 или дополнительное содействие в соответствии со статьей 7 ТЗТН могут включать уважение к *lex fori concursus*, в том числе в отношении объема, продолжительности, изменения и прекращения моратория, если это предусмотрено внутренним законодательством признающего государства (см. статьи 20 (2) и 21 (1) (g) ТЗТН). Возможное проявление такого уважения будет оговариваться обычными мерами защиты, включая исключение на основании публичного порядка и надлежащую защиту интересов кредиторов и других заинтересованных лиц, включая должника (статьи 6, 21 (2) и 22 ТЗТН).

12. В соответствии с этими целями типовые законы ЮНСИТРАЛ о несостоятельности укрепляют гарантии против нежелательных препятствий, создаваемых последствиями применения *lex fori concursus*. Например, в статье 14 (e) ТЗСРН предусматривается, что в признании и приведении в исполнение судебного решения, принятого в связи с производством по делу о несостоятельности, может быть отказано, если это помешает ведению производства по делу о несостоятельности должника, в частности будет противоречить предписанию о приостановлении или иному предписанию, которое могло бы быть признано или

приведено в исполнение в государстве, принявшем ТЗСРН. Таким производством может быть производство, к которому относится судебное решение, или другое производство по делу о несостоятельности (т. е. параллельное производство) в отношении того же должника. Хотя понятие препятствия является достаточно широким, в этом положении приводятся примеры того, что может представлять собой такое препятствие. Несоответствие в случае моратория, например, обычно возникает, когда мораторий допускает открытие или продолжение производства в отношении индивидуальных исков в той мере, в какой это необходимо для сохранения требования, но не допускает последующего признания и приведения в исполнение какого-либо вытекающего из этого производства судебного решения. Такое препятствие также может возникнуть, если мораторий не допускает открытия или продолжения производства в отношении таких индивидуальных исков, а производство, с которым связано судебное решение, было открыто после введения моратория (и таким образом представляет собой потенциальное нарушение моратория)⁷⁸.

13. Другие международные тексты, такие как Протокол к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования по вопросам, касающимся авиационного оборудования (Кейптаун, 2001 год) («Протокол по авиационному оборудованию»)⁷⁹, предусматривают уважительное отношение к *lex fori concursus* основного иностранного производства.

е) Использование или реализация активов

14. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет i) последствия производства по делу о несостоятельности для контроля должника над предприятием, включая полное или ограниченное отстранение должника или сохранение владения за должником; ii) условия и ограничения на использование и реализацию активов (например, уведомления кредиторов, разрешения суда); iii) режим финансирования до и после открытия производства, несанкционированных сделок и сделок с лицами, связанными с должником, после открытия производства по делу о несостоятельности и основания для возбуждения иска в отношении контрагента по несанкционированным сделкам; и iv) такие понятия, как «обычные коммерческие операции», «лица, связанные с должником» и т. д.

15. К использованию и распоряжению активами может применяться не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности законодательство государства открытия производства по делу о несостоятельности, например, в следующих случаях: к использованию и реализации активов, находящихся в совместном владении должника (индивидуальный предприниматель) и членов его семьи может применяться семейное право; законодательство, запрещающее или ограничивающее иностранное владение в определенных секторах экономики, будет определять, разрешается ли реализовывать активы иностранцам и, если это разрешено, то при каких условиях; законодательство об обеспеченных сделках может применяться к использованию и реализации обремененных активов и методам их продажи; и природоохранное и иное законодательство может определять условия отказа от активов (например, экологически опасных активов или активов, опасных для здоровья и безопасности населения), а также тех, кто может заявить требование на активы, ставшие предметом отказа.

⁷⁴ РПТ п. 194.

⁷⁵ РПТ, п. 38.

⁷⁶ См., например, главу IV ТЗТН и главу 2 ТЗНПГ.

⁷⁷ РПТ, п. 35.

⁷⁸ РП, п. 107.

⁷⁹ Размещен по адресу www.unidroit.org/instruments/security-interests/. См., в частности, статью XXX (4).

16. Могут возникать определенные трудности при принудительной реализации последствий применения *lex fori concursus* в связи с трансграничным использованием и реализацией имущественной массы в деле о несостоятельности, например, применительно к недвижимому имуществу или платежам должника в ходе обычных коммерческих операций, причем последнее понятие понимается неодинаково в разных юрисдикционных системах. Как отмечалось выше в контексте защиты и сохранения имущественной массы [, включая объем, продолжительность, изменение и прекращение моратория], ожидается, что государства будут в максимально возможной степени сотрудничать и координировать свои действия в связи с делами о трансграничной несостоятельности, в том числе в отношении управления активами и деловыми операциями должника и надзора за ними.

f) Предложение, принятие, утверждение и выполнение плана реорганизации

17. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет характер и форму такого плана; когда он должен быть предложен; кому разрешено составлять план; его содержание; его одобрение кредиторами; режим в отношении несогласных кредиторов; требуется ли утверждение плана судом; последствия плана; и его выполнение.

18. Не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности законодательство государства открытия производства по делу о несостоятельности может применяться, например, к i) конверсии задолженности в акции; ii) увольнению, изменению коллективных договоров и участию работников и профсоюзов в производстве по делу о несостоятельности; iii) иностранным инвестициям и валютному контролю; и iv) защите конфиденциальной или коммерческой информации⁸⁰.

g) Расторжение определенных сделок, которые могут нанести ущерб некоторым сторонам

19. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет i) виды сделок, которые могут быть расторгнуты, и виды сделок, которые не подлежат расторжению; ii) критерии расторжения, включая элементы, которые необходимо доказать, и средства правовой защиты⁸¹; iii) продолжительность подозрительного периода и с какой даты он рассчитывается ретроактивно; iv) суды, компетентные рассматривать действия по расторжению сделок в государстве открытия производства по делу о несостоятельности; v) кто может начать процедуры расторжения сделок и при каких условиях; vi) источники покрытия расходов на действия по расторжению сделок, включая допустимость финансирования третьими сторонами, а также условия и гарантии привлечения такого финансирования; vii) последствия расторжения сделок; viii) ответственность контрагента по сделке, подлежащей расторжению, и средства правовой защиты в случае несоблюдения требований; и ix) допустимость расторжения в случае, когда производство преобразуется в другое, и, если это разрешается, степень расторжения и сделки, которые могут быть расторгнуты, а также сделки, на которые не распространяются положения о расторжении в подобных случаях.

20. Хотя настоящие законодательные положения предусматривают исключение из правила *lex fori concursus* в отношении трудовых договоров, они подтверждают, что именно *lex fori concursus* регулирует расторжение трудовых договоров или трудовых отношений. Законодательные положения предусматривают исключение из правила *lex fori concursus* в отношении расторжения только для платежей или сделок, которые имели место в платежной или расчетной системе или на регулируемом финансовом рынке. Расторжение сделок в таких случаях регулируется законодательством, применимым к данной системе или рынку.

[Рабочая группа просила секретариат подготовить проект возможного варианта на основе пункта 16 новой редакции ЕРН⁸². На рассмотрение Рабочей группы предлагается нижеследующий проект возможного варианта. Проект

комментария будет изменен с учетом результатов обсуждений Рабочей группы по этому вопросу.

«Lex fori concursus регулирует расторжение сделок, за исключением случаев, когда контрагент по сделке, являющейся предметом расторжения, представляет доказательства того, что к данной сделке применяется законодательство государства, отличающееся от lex fori concursus, и это другое законодательство не позволяет расторгнуть эту сделку в соответствующем случае.

От применения этого положения можно отказаться, если будет установлено, что законодательство этого другого государства не имеет существенной связи со сторонами или сделкой, что нет разумных оснований для применения этого законодательства к сделке и что применение этого законодательства к сделке в соответствующем случае нанесет ущерб общей массе кредиторов и других заинтересованных сторон в производстве по делу о несостоятельности.»]

h) Режим контрактов, включая оговорки об автоматическом прекращении контракта и ускорении исполнения (оговорки ipso facto)

21. В соответствии с настоящими законодательными положениями lex fori concursus определяет i) категории контрактов; ii) режим контрактов, по которым как должник, так и его контрагент еще не полностью выполнили свои соответствующие обязательства (далее в тексте — «контракты, исполнение которых продолжается»), в частности полномочия управляющего в деле о несостоятельности решать, следует ли продолжить исполнение таких контрактов или же отказаться от их исполнения или переуступить их, а также период времени, в течение которого такие полномочия могут осуществляться, и момент, с которого отказ будет ретроактивно вступать в силу; iii) имеет ли законодательство о несостоятельности преимущественную силу по сравнению с оговорками об автоматическом прекращении контракта и ускорении исполнения (также известны как «оговорки ipso facto») или эти вопросы должны решаться в соответствии с общим договорным правом и, если законодательство о несостоятельности имеет преимущественную силу, в соответствии с полномочиями управляющего в деле восстанавливать контракты, которые были расторгнуты непосредственно перед открытием производства по делу о несостоятельности, чтобы избежать применения этих имеющих преимущественную силу положений законодательства о несостоятельности; iv) исключения из полномочий управляющего в деле о несостоятельности, указанных в пунктах (ii) и (iii) выше; v) режим контрактов, заключенных после открытия производства; и vi) режим арбитражных соглашений.

22. Не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности законодательство государства открытия производства по делу о несостоятельности может применяться, например, к определению категорий контрактов, исчислению размера ущерба и режиму правительственных контрактов и арбитражных соглашений. Например, вопросы международного коммерческого арбитража в большинстве государств будут рассматриваться в соответствии с Конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк,

⁸⁰ В тех юрисдикционных системах, которые предусматривают закрытие производства по делу о несостоятельности после одобрения (или утверждения, если оно требуется) плана, к выполнению плана реорганизации могут применяться положения общего договорного права и, следовательно, нормы, выходящие за рамки настоящих законодательных положений.

⁸¹ Хотя это прямо не упоминается в Руководстве, такие средства правовой защиты могут включать положения о том, что сделка регулируется законодательством, иным чем lex fori concursus, и это законодательство не допускает каких-либо методов ее оспаривания в соответствующем случае. Некоторые государства могут не разрешить применения этого средства правовой защиты, если будет доказано, что выбор такого другого законодательства будет представлять собой злоупотребление правом и принесет вред интересам кредиторов и других сторон в производстве по делу о несостоятельности.

⁸² A/CN.9/1126, п. 43.

1958 год)⁸³ («Нью-Йоркская конвенция»), которая, среди прочего, требует от судов государств-участников придавать арбитражным соглашениям полную силу и отказывать сторонам в обращении в суд в нарушение их соглашения о передаче дела в арбитражный суд (статья II).

23. В соответствии с настоящими законодательными положениями определенные виды контрактов (например, в платежной и расчетной системе или на финансовом рынке) и некоторые аспекты трудовых договоров (например, их расторжение или продолжение) подпадают под исключение из правила *lex fori concursus*.

[Рабочая группа отложила рассмотрение контрактов, связанных с недвижимым имуществом (статья II (1) ЕРН (новая редакция)). Проект комментария, возможно, потребует изменить с учетом результатов обсуждений Рабочей группы по этому вопросу.]

i) Порядок зачета⁸⁴

24. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет, разрешается ли зачет при производстве по делу о несостоятельности и, если да, то в отношении каких обязательств и при каких условиях он допускается, в частности, i) допускается ли зачет только в отношении денежных обязательств, которые были приняты до открытия производства по делу о несостоятельности и срок погашения которых наступил до открытия, или также в отношении таких же обязательств, срок погашения которых наступит после открытия; ii) должны ли обязательства, подлежащие зачету, возникать в рамках одного контракта или же они могут возникать в рамках нескольких контрактов (т. е. они не обязательно должны быть взаимными или связанными между собой); и iii) 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. *Lex fori concursus* также регулирует 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 увеличения прав на зачет).

25. Существуют различные виды зачета (договорной, предусмотренный законом, справедливый, банковский и т. д.). Пункт (i) перечня в этом положении касается только производимого в обязательном порядке зачета в случае несостоятельности, который будет применяться независимо от каких-либо договорных соглашений между договаривающимися сторонами. Использование слова «порядок» в этом пункте призвано передать этот смысл, а также то, что *lex fori concursus* регулирует порядок зачета в рамках производства по делу о несостоятельности независимо от законодательства, которое регулирует действительность и юридическую силу прав и требований на зачет, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности.

26. Этот пункт тесно связан с другими пунктами перечня, включая пункт (d) о защите и сохранении имущественной массы в деле о несостоятельности [, включая объем, продолжительность, изменение и прекращение моратория]; пункт (g) о расторжении сделок; пункт (h) о режиме контрактов; и пункт (n) о режиме требований. Он также связан с исключением из правила *lex fori concursus* для законодательства, регулирующего последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников и действий по расторжению сделок в платежной или расчетной системе или на регулируемом финансовом рынке. Согласно этому исключению, последствия производства по делу о

⁸³ United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3. Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 год) («Нью-Йоркская конвенция») также размещена на вебсайте Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

⁸⁴ A/CN.9/1126, п. 44.

несостоятельности для прав и обязательств по зачету в этих системах и на этих рынках регулируются законодательством, применимым к этим системам и рынкам.

j) [Режим обеспеченных кредиторов]

*[Рабочая группа отложила рассмотрение данного пункта.]*⁸⁵

к) Права и обязанности должника

27. Как это отмечалось выше, в соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет, будет ли действовать режим должника, сохраняющего владение, или же режим полного или ограниченного отстранения должника. *Lex fori concursus* также регулирует права и обязанности должника, включая его директоров, при каждом из этих режимов и при конкретном деле о несостоятельности, а также условия преобразования одного режима в другой.

28. Этот пункт тесно связан с другими пунктами перечня в положении о *lex fori concursus*, в частности с пунктом (е), в котором говорится об использовании или реализации активов имущественной массы в деле о несостоятельности и, в этом контексте, который касается также определения «обычных коммерческих операций» и режима несанкционированных сделок.

29. В связи с этим пунктом может применяться законодательство, не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности, если должник является физическим лицом (в таком случае документы, касающиеся прав человека, могут регулировать степень ограничений, которые могут быть наложены на свободу передвижения должника, раскрытие личной переписки должника и иные аспекты защиты персональных данных). Может также существовать тесная взаимосвязь между законодательством о несостоятельности и гражданско-процессуальным и уголовно-процессуальным законодательством, например в отношении ордеров на раскрытие информации, проведение допросов или опросов, а также на обыск и изъятие. В контексте трансграничной несостоятельности могут применяться Гагская конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года⁸⁶ и Гагская конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 года⁸⁷.

*[Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о том, имеет ли преимущество силу *lex fori concursus* или же законодательство признающего государства в случае коллизии в отношении полномочий должника представлять имущественную массу в признающем государстве.]*

l) Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

30. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* регулирует механизмы отбора, назначения, отстранения и замены управляющего в деле о несостоятельности, включая управляющего, назначаемого на временной основе; метод расчета вознаграждения за услуги управляющего; функции суда и кредиторов в надзоре за деятельностью управляющего; и вопросы, касающиеся ответственности управляющего. В отношении последних вопросов может применяться законодательство, не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности, особенно если на управляющего в деле о несостоятельности распространяются определенные профессиональные стандарты и правила (например, для бухгалтеров, юристов и т. д.). Помимо общих обязанностей, функций и обязательств управляющего в деле о несостоятельности, *lex fori concursus* определяет полномочия, возлагаемые на управляющего в конкретном

⁸⁵ Там же, пп. 45–48. Историю рассмотрения данного пункта на предыдущих сессиях Рабочей группы, а также рассмотрения вопросов, поднятых на этих совещаниях, см. A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1, пп. 39–42.

⁸⁶ Статус этой Конвенции, а также заявлений и оговорок к ней, см. www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=17.

⁸⁷ Статус этой Конвенции, а также заявлений и оговорок к ней, см. www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=82.

деле, которые могут включать полномочия представлять производство в трансграничном контексте (статья 5 ТЗТН) или совершать в другом государстве действия в отношении судебного решения, принятого в связи с производством по делу о несостоятельности в государстве открытия производства (статья 5 ТЗСРН), осуществлять сотрудничество и непосредственные сношения с иностранными судами и представителями (статья 26 ТЗТН) и брать на себя обязательства в отношении режима требований иностранных кредиторов (см. статьи 28–32 ТЗНПГ).

31. При выполнении своих функций за границей управляющие в делах о несостоятельности должны соблюдать внутреннее законодательство иностранных государств, включая международные договоры и другие соглашения, участниками которых могут быть эти государства. В тех государствах, которые приняли законодательство, основанное на типовых законах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, управляющий в деле о несостоятельности может пользоваться ускоренным и непосредственным доступом к иностранным судам без необходимости выполнять такие формальные требования, как представление лицензий или соблюдение консульских формальностей, и не подчиняя себя и иностранное производство юрисдикции иностранного суда в каких-либо иных, нежели рассмотрение ходатайства, целях (см. статьи 9 и 10 ТЗТН)⁸⁸. Управляющий сможет запрашивать помощь в соответствии с законодательством принимающего государства⁸⁹ и возбуждать производство по делу о несостоятельности, если соблюдены внутренние условия для возбуждения такого производства (статья 11 ТЗТН)⁹⁰. После подачи ходатайства о признании иностранного производства иностранный представитель может запросить временную судебную помощь (статья 19 ТЗТН). После признания иностранного производства он может ходатайствовать о продлении такой судебной помощи или о предоставлении дополнительной судебной помощи, а также будет обладать процессуальной правоспособностью на подачу ходатайств, просьб или заявлений по таким вопросам, как защита, реализация или распределение активов должника или сотрудничество с иностранным производством (см. статью 12 ТЗТН). Он сможет также ходатайствовать о предоставлении судебной помощи для принятия в соответствии с законодательством признающего государства мер, направленных на признание недействительными действий, наносящих ущерб кредиторам, или на лишение их юридической силы иным образом (статья 23 ТЗТН), и вступать в производство, возбужденное должником или против него (статья 24 ТЗТН).

32. Эти положения ограничиваются наделением управляющего в деле о несостоятельности процессуальной правоспособностью и не предоставляют ему конкретных полномочий или прав, а также не регулируют результаты действий, которые он решит предпринять⁹¹. Решение этих вопросов будет зависеть от иностранного законодательства и судов (см., например, статьи 5 ТЗТН и ТЗСРН). Если, например, управляющий в деле о несостоятельности ходатайствует о предоставлении судебной помощи, то именно суд в признающем государстве будет решать, какую судебную помощь следует предоставить, и на управляющего будут распространяться условия, которые суд может установить в связи с предоставленной судебной помощью (см., например, статьи 19, 21 и 22 ТЗТН). Могут быть наложены ограничения на полномочия, которыми обладал бы управляющий в деле о несостоятельности в соответствии с *lex fori concursus*. Обычно устанавливаемые ограничения касаются использования и реализации недвижимого имущества должника, находящегося за границей, вывода имущества за пределы иностранной юрисдикционной системы и применения принудительных мер (например, для получения доказательств, получения доступа к бухгалтерским книгам или записям должника). В некоторых юрисдикционных системах *lex fori concursus* может рассматриваться как источник полномочий иностранного представителя, а законодательство признающего государства может рассматриваться как источник оснований для осуществления или обеспечения соблюдения этих

⁸⁸ РПТ, пп. 108–111.

⁸⁹ См. статью 7 ТЗТН и статью 6 ТЗСРН; РПТ, п. 105, и РП, п. 70.

⁹⁰ РПТ, пп. 112–114.

⁹¹ РПТ, пп. 21 (d), 115–117, 197 и 200–208; РП, п. 69.

полномочий на местном уровне, даже если некоторые из этих полномочий могут быть не предусмотрены в законодательстве признающего государства или это законодательство может не содержать соответствующих положений, если такие полномочия не запрещены внутренним законодательством и осуществляются при надлежащей защите кредиторов и других заинтересованных лиц. В таких юрисдикционных системах иностранному представителю предоставляются различные виды помощи и не только те виды, которые доступны местному управлению в деле о несостоятельности в соответствии с их законодательством. Внутреннее законодательство может фактически отдать предпочтение в пользу *lex fori concursus* в отношении обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности при условии соблюдения обычных гарантий.

[Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о том, имеет ли преимущественную силу lex fori concursus или же законодательство признающего государства в случае коллизии в отношении полномочий управляющего в деле о несостоятельности представлять имущественную массу в признающем государстве.]

m) Функции кредиторов и комитета кредиторов

33. *Lex fori concursus* регулирует механизмы и уровень участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, в частности, регулирует вопросы о том, следует ли и, если да, то когда созывать собрания кредиторов или создавать комитет кредиторов, а также о функциях этих органов по надзору за производством по делу о несостоятельности и о наличии права на участие в этих органах; вопросы, которые потребуют одобрения кредиторами; пороговые критерии для одобрения; и механизмы для получения одобрения и удостоверения того, что одобрение было получено.

34. Этот пункт тесно связан также с предыдущими двумя пунктами, касающимися прав и обязанностей должника и обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности⁹². Он также связан и с нижеследующим пунктом (режим требований)⁹³.

n) Режим требований

35. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет i) какие кредиторы обязаны представлять требования, виды требований, которые должны быть представлены, исключаемые требования и требования, на которые распространяется особый режим (например, требования лиц, связанных с должником); ii) порядок представления, проверки и признания требований, в том числе сроки подачи требований, кому они должны быть представлены и формальности в отношении представления иностранных требований⁹⁴; iii) последствия непредставления требования; iv) правила стоимостной оценки требований; v) режим оспариваемых требований; vi) последствия представления и признания требований; vii) пересмотр решений, связанных с требованиями (например, их отклонение или специальный режим); viii) режим требований после открытия производства; ix) режим требований после преобразования производства; x) начисление и выплата процентов; и xi) правила для принятия на себя обязательства в отношении режима иностранных требований, в том числе в тех случаях, когда управляющий в деле о несостоятельности уполномочен принимать на себя обязательства перед иностранными кредиторами с целью избежать открытия параллельных производств и, если да, то формальные

⁹² Описание функций кредиторов и комитетов кредиторов, в том числе применительно к надзору за действиями должника, сохраняющего владение, и управляющего в деле о несостоятельности см., например, рекомендации 126–136 Руководства и сопроводительный комментарий.

⁹³ Кредиторы могут иметь возможность брать на себя определенные функции в производстве по делу о несостоятельности (например, участие в собраниях кредиторов) после представления требований, в то время как осуществление кредиторами других функций (например, одобрение плана реорганизации) может быть обусловлено проверкой и признанием требований. См., например, рекомендации 169–184 Руководства и сопроводительный комментарий.

⁹⁴ См. статьи 13 и 14 ТЗТН и сопроводительный комментарий в пп. 118–126 РПТ.

требования, включая требования к форме и языку обязательств, применительно к тем требованиям, в отношении которых могут быть приняты эти обязательства, и процедуры получения одобрения, проверки и обеспечения выполнения таких обязательств⁹⁵ (согласно ТЗНПГ в тех случаях, когда управляющий принял на себя подобное обязательство и оно было одобрено, затронутые требования будут рассматриваться в соответствии с режимом, который был бы им предоставлен при неоткрытом параллельном производстве). Несмотря на исключение из правила *lex fori concursus* применительно к некоторым аспектам трудовых договоров и трудовых отношений, предусмотренное в настоящих законодательных положениях, *lex fori concursus* определяет статус и режим требований по трудовым договорам, при условии подобных возможных обязательств.

36. В связи с режимом требований обеспеченных кредиторов могут применяться различные законы, не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности, например законодательство об обеспеченных сделках. Кроме того, в отношении режима ложных требований наряду с законодательством о несостоятельности может применяться и уголовное право. К представлению, проверке и признанию иностранных требований могут применяться такие международные конвенции, как Гагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (от 5 октября 1961 года). Специальные правила могут применяться в отношении режима (иностраных) публичных требований и требований из арбитражных решений. В большинстве государств к режиму иностранных и внутренних⁹⁶ арбитражных решений будет применяться Нью-Йоркская конвенция.

37. Данный пункт связан с пунктами, касающимися режима обеспеченных кредиторов и зачета, а также выполнения плана реорганизации⁹⁷.

о) Очередность требований

38. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет порядок очередности удовлетворения требований из имущественной массы, включая требования управляющего в деле о несостоятельности, требования, возникающие после открытия производства по делу о несостоятельности, а также административные издержки и расходы. В нем оговариваются категории кредиторов, которые будут затронуты производством по делу о несостоятельности, а также режим этих категорий в отношении приоритетов и распределения. В тех случаях, когда предусматривается субординация, *lex fori concursus* регулирует условия и ограничения субординации. В тех случаях, когда разрешается брать обязательства в отношении очередности иностранных требований с целью избежать открытия параллельных производств⁹⁸, *lex fori concursus* определяет формальные требования, включая требования к форме и языку обязательств, применительно к тем требованиям, в отношении которых могут быть приняты эти обязательства, и процедуры получения одобрения, проверки и обеспечения выполнения таких обязательств. Согласно ТЗНПГ в тех случаях, когда управляющий принял на себя подобное обязательство и оно было одобрено, затронутые требования будут рассматриваться в соответствии с режимом, который был бы им предоставлен при неоткрытом параллельном производстве, в том числе применительно к их очередности. Несмотря на исключение из правила *lex fori concursus* применительно к трудовым договорам и трудовым отношениям, предусмотренное в настоящих законодательных положениях, *lex fori concursus*

⁹⁵ См., например, статьи 28–32 ТЗНПГ и статью 36 новой редакции ЕРН.

⁹⁶ Термин «внутренние» арбитражные решения относится к решениям, которые, хотя они и вынесены в государстве приведения в исполнение, считаются «иностранными» по законодательству этого государства, поскольку в процессуальном плане присутствует некоторый иностранный элемент, например, было применено процессуальное законодательство другого государства. См. Руководство по Нью-Йоркской конвенции, размещено по адресу <https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration>.

⁹⁷ В плане обычно рассматривается режим требований кредиторов, а также может указываться применимое право.

⁹⁸ См., например, статьи 28–32 ТЗНПГ и статью 36 новой редакции ЕРН.

определяет очередность требований из трудовых отношений, при условии подобных возможных обязательств.

39. Различные законы, не имеющие прямого отношения к вопросам несостоятельности, могут применяться к приоритету требований в рамках производства по делу о несостоятельности в целом и в рамках любого конкретного производства по делу о несостоятельности в частности, в том числе трудовое законодательство, которое может включать международные трудовые конвенции для государств — участников таких конвенций⁹⁹; налоговое законодательство; законодательство об обеспеченных сделках; и деликтное право. Специальные правила могут применяться в отношении очередности (иностранных) публичных требований.

40. Определенные трудности могут возникать в связи с признанием последствий применения *lex fori concursus* для очередности трансграничных требований, особенно публичных требований¹⁰⁰.

[Со ссылкой на пункт 84 комментария к рекомендациям 30–34 Руководства Рабочая группа отложила рассмотрение вопроса о том, следует ли и, если да, то каким образом определять правила установления эквивалентности между 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.]

р) Затраты и расходы, связанные с производством по делу о несостоятельности

41. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет критерии, касающиеся признания административных расходов, порядок оценки расходов, функции суда в утверждении расходов и распределения затрат и расходов, связанных с производством по делу о несостоятельности, в частности, какие расходы будут покрываться из имущественной массы в деле о несостоятельности, какие, возможно, потребуются покрыть кредиторам или другим заинтересованным сторонам и по каким из них личную ответственность может нести управляющий в деле о несостоятельности. *Lex fori concursus* определяет также режим должников, чьи активы и источники доходов не достаточны для покрытия расходов на управление производством по делу о несостоятельности, в частности, будет ли в таких случаях заявление отклонено или же будут использованы альтернативные механизмы покрытия расходов на управление производством по делу о несостоятельности и, если да, то какие механизмы. Он также определяет правила, касающиеся финансирования третьими сторонами.

42. Этот пункт связан с другими пунктами перечня в положении о *lex fori concursus*, в частности с пунктом (g) о расторжении сделок, пунктом (h) о режиме контрактов и пунктом (n) об очередности требований. Например, затраты и расходы, связанные с производством по делу о несостоятельности, будут включать затраты и расходы на участие управляющего в различных производствах, затрагивающих имущественную массу в деле о несостоятельности, таких как судебные или арбитражные разбирательства в отношении спорных требований или процедуры по расторжению сделок.

q) Распределение поступлений

43. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* устанавливает правила в отношении распределения поступлений, которые могут различаться при ликвидации и реорганизации, а также в отношении мер, которые должны быть приняты, если будет установлено, что распределение невозможно¹⁰¹.

⁹⁹ Например, Конвенция МОТ о защите требований трудящихся (в случае неплатежеспособности предпринимателя) 1992 года (№ 173).

¹⁰⁰ См. статью 13 (2) ТЗТН и сопроводительный комментарий.

¹⁰¹ В отношении распределения поступлений при реорганизационном производстве, если производство закрывается после одобрения (или утверждения, где это требуется) плана

44. Этот пункт тесно связан с другими пунктами перечня в положении о *lex fori concursus*, в частности с пунктом (n) о режиме требований и пунктом (o) об очередности требований. Если в соответствии с *lex fori concursus* разрешается брать обязательства в отношении режима иностранных требований с целью избежать открытия параллельных производств¹⁰², то затронутые требования будут рассматриваться в соответствии с режимом, который был бы им предоставлен при неоткрытом параллельном производстве, в том числе применительно к распределению поступлений.

г) Закрытие производства

45. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет порядок завершения и закрытия производства, предварительные условия для закрытия, надлежащие процедуры и вопрос о том, является ли само преобразование официальным закрытием преобразованного производства. *Lex fori concursus* указывает, какая сторона может ходатайствовать о закрытии производства; следует ли публиковать информацию о таком ходатайстве и о решении закрыть производство; и могут ли в связи с поданным ходатайством быть заслушаны кредиторы.

с) Освобождение от обязательств

46. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет i) общие условия освобождения от обязательств, включая долги, не подлежащие списанию; ii) процедуры и предварительные условия для освобождения от обязательств, которые могут различаться от разных видов производств (ликвидация, реорганизация, стандартное или упрощенное производство); iii) дату, с которой освобождение от обязательств вступает в силу¹⁰³; и iv) критерии для отказа в освобождении от обязательств и аннулирования освобождения от обязательств.

47. [Определенные трудности могут возникать в связи с трансграничным признанием и принудительной реализацией последствий применения *lex fori concursus* для освобождения от обязательств по долгам, регулируемых другим законодательством.]¹⁰⁴

т) Соответствующие действия (, являющиеся следствием производства по делу о несостоятельности или существенно связанные с ним)¹⁰⁵

48. Пункт (t) представляет собой всеобъемлющее положение, предназначенное для охвата действий, которые не указаны конкретно в перечне в положении о *lex fori concursus* и которые тем не менее совершаются как следствие производства по делу о несостоятельности или являются существенно связанными с производством по делу о несостоятельности. Могут быть, в том числе, приведены следующие примеры: i) связанные с несостоятельностью корректировочные меры, которые приводят к особому режиму требований лиц, связанных с должником, или требований в отношении этих лиц; и ii) меры, основанные на законодательстве о несостоятельности, для привлечения директоров к ответственности за их действия, вызвавшие несостоятельность или способствовавшие ей¹⁰⁶.

49. Что касается действий в отношении директоров — в сравнении с последствиями производства по делу о несостоятельности для обязательств и ответственности директоров, которые возникают в ходе такого производства, которые

реорганизации и происходит распределение поступлений в соответствии с правилами распределения, содержащимися в плане, будут применяться нормы общего договорного права и, следовательно, нормы, выходящие за рамки настоящих законодательных положений.

¹⁰² См., например, статьи 28–32 ТЗНПГ и статью 36 новой редакции ЕРН.

¹⁰³ С помощью ссылки на «их последствия» во вступительной части данного законодательного положения предполагается охватить обе ситуации, когда освобождение предоставляется как в ходе производства в деле о несостоятельности, так и после его закрытия (A/CN.9/1126, п. 74).

¹⁰⁴ Там же.

¹⁰⁵ Там же, п. 52.

¹⁰⁶ Там же, пп. 50 и 73.

охватываются пунктом (k) и которые всегда регулируются *lex fori concursus*, — то законодательные положения не предусматривают, что последствия производства по делу о несостоятельности для всех обязательств и ответственности директоров в период, предшествующий несостоятельности, должны регулироваться *lex fori concursus*. В большинстве случаев право, применимое к отношениям должника, регулируемым законодательством о компаниях (*lex societatis*¹⁰⁷), будет продолжать применяться к этим отношениям, невзирая на открытие производства по делу о несостоятельности. Пункт (t) призван охватить весьма ограниченные основания, которые могут привести к ответственности директоров, и порядок действий в отношении директоров после открытия производства по делу о несостоятельности в соответствии с законодательством о несостоятельности. Во всех юрисдикционных системах в число подобных оснований входят противоправные коммерческие операции и нарушение обязанности ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности. За исключением тех весьма немногих случаев, которые очень тесно связаны с законодательством о несостоятельности и производством по делам о несостоятельности, было бы неуместным ретроактивно распространять действие *lex fori concursus* на обязательства и ответственность директоров в период, предшествующий несостоятельности.

50. Например, в некоторых юрисдикционных системах директорам может грозить уголовная ответственность за то, что они не подали заявления об открытии производства по делу о несостоятельности в установленный законом срок после наступления определенных событий. В других юрисдикционных системах такого требования может не существовать и вместо этого директорам может быть рекомендовано участвовать во внесудебных переговорах по реструктуризации долга. Ограничительное толкование пункта (t) с точки зрения его применения к директорам обеспечивает, чтобы директора, входящие во вторую группу, были защищены от непредвиденной ответственности и обязательств, которые применялись бы в отношении директоров, входящих в первую группу, и ожидалось бы от них. Возможность подвергнуться рискам такой непредвидимой ответственности и обязательствам может быть различной в зависимости от того, открыто ли производство по делу о несостоятельности в месте нахождения i) ЦОИ, совпадающего с местом регистрации или инкорпорации должника или его «реальным местонахождением»; ii) ЦОИ, который отличается от места регистрации или инкорпорации должника или его «реального местонахождения»; iii) предприятия должника; или iv) активов должника. Риски являются более высокими, если производство по делу о несостоятельности открыто кредиторами в юрисдикционной системе, в которой не находится ЦОИ. В других случаях оценка в отношении *lex societatis* может проводиться так же, как и оценка ЦОИ, в результате чего *lex societatis*, скорее всего, будет совпадать с *lex fori concursus*.

51. Кроме того, если *lex fori concursus* придерживается широкого толкования понятия «директоры», как, например, это рекомендуется в части четвертой Руководства¹⁰⁸, то в зависимости от лиц, признанных фактически контролирующими предприятие должника в период, предшествующий несостоятельности, могут применяться различные соображения публичного порядка, средства правовой защиты и механизмы принудительного исполнения, включая дисквалификацию. Некоторые директора (например, институциональные кредиторы) могут не подпадать под действие иностранного *lex fori concursus*.

¹⁰⁷ Единого толкования понятия «*lex societatis*» не существует. В некоторых юрисдикционных системах используется подход «инкорпорации», в то время как в других юрисдикционных системах используется подход, основанный на «реальном местонахождении», при этом понимание последнего также не является единообразным. Согласно подходу «инкорпорации», право юрисдикционной системы, в которой компания создана или зарегистрирована, применяется ко всем аспектам управления этой компанией; согласно подходу «реального местонахождения», эти вопросы регулируются правом страны, в которой компания имеет «реальное» местонахождение (т. е. центр управления и контроля).

¹⁰⁸ В это понятие включается любое лицо, осуществляющее фактический контроль над должником (например, директора де-факто, теневые директора, акционеры, кредиторы и т. д.) (рекомендация 258 и сопроводительный комментарий).

Н. Исключения из правила *lex fori concursus*

1. Трудовые договора и трудовые отношения

11. Рабочая группа согласилась пересмотреть этот проект законодательного положения, как это изложено ниже. Проект комментария был пересмотрен с целью отразить эти изменения¹⁰⁹.

а) Проект законодательного положения

Законодательство, регулирующее последствия производства по делу о несостоятельности для трудовых договоров и трудовых отношений

Последствия производства по делу о несостоятельности для трудовых договоров и трудовых отношений регулируются законодательством, применимым к таким договорам или отношениям¹¹⁰.

б) Проект комментария

1. Согласно данному законодательному положению последствия производства по делу о несостоятельности для трудовых договоров и трудовых отношений должны регулироваться законодательством, применимым к таким договорам или отношениям. Цель ссылки на это законодательство — охватить трудовое законодательство, законодательство о несостоятельности и любое другое законодательство, которое может иметь отношение к трудовым договорам или трудовым отношениям.

2. Режим требований из трудовых отношений и очередность таких требований не подпадают под действие исключения, предусмотренного в данном положении. Применимым правом по-прежнему является *lex fori concursus* (если он отличается от законодательства, примененного к конкретному трудовому договору или конкретным трудовым отношениям; далее в тексте — «иностранное *lex fori concursus*»). То же самое относится к квалификации договора или отношений в качестве трудового договора или трудовых отношений и к расторжению трудовых договоров или любых их частей (например, необоснованные пакеты вознаграждения вследствие изменения трудовых договоров или трудовых отношений между должником и исполнительными должностными лицами или другими руководителями в период, предшествующий несостоятельности). Вместе с тем в тех случаях, когда в соответствии с *lex fori concursus* разрешается брать обязательства в отношении режима иностранных требований из трудовых отношений с целью избежать открытия параллельных производств (см. комментарий к пунктам (n), (o) и (q) перечня в положении о *lex fori concursus* выше), такие затронутые требования будут рассматриваться в соответствии с режимом, который был бы им предоставлен при неоткрытом параллельном производстве.

3. Исключение из применения *lex fori concursus*, предусмотренное в данном законодательном положении, обосновано тем, что в связи с трудовыми договорами и трудовыми отношениями возникает множество соображений, касающихся социально-экономической политики. По этой причине государства обычно устанавливают специальный режим для рассмотрения вопросов, вытекающих из трудовых договоров и трудовых отношений в случае несостоятельности. В некоторых законах о несостоятельности приоритет отдается обеспечению непрерывности занятости, например, перед другими целями производства по делу о несостоятельности, такими как максимальное увеличение стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов. Об этом может свидетельствовать уделение особого внимания продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы с передачей действующих обязательств в отношении занятости, в отличие от ликвидации или реорганизации, когда эти обязательства могут быть изменены или прекращены. Императивные нормы права,

¹⁰⁹ A/CN.9/1126, пп. 75–79.

¹¹⁰ На своей шестидесятой первой сессии Рабочая группа согласилась с этой формулировкой (там же, п. 79).

включая положения международных договоров¹¹¹, могут обеспечивать защиту работников от несправедливого увольнения и дискриминации; предусматривать систему мер по финансовой безопасности для работников; устанавливать ограничения на расторжение или изменение трудовых договоров¹¹² и условия для осуществления увольнений (в том числе с предварительным уведомлением соответствующих государственных органов); и гарантировать права работников на получение надлежащей информации по всем возникающим в связи с производством по делу о несостоятельности вопросам, которые затрагивают их статус занятости и льготы. При ликвидации и реорганизации могут применяться другие режимы. Например, в некоторых государствах работники остаются на предприятии в случае продажи в качестве функционирующей хозяйственной единицы как при ликвидации, так и при реорганизации, а в других — только при реорганизации.

4. Цель данного законодательного положения состоит в том, чтобы снизить риск возникновения неопределенности или непоследовательности в отношении режима трудовых договоров и трудовых отношений в ходе производства по делу о несостоятельности. Такой риск возрастает, если последствия производства по делу о несостоятельности для этих вопросов регулируются иностранным *lex fori concursus*. Обеспечение большей определенности и последовательности с точки зрения ожиданий работников оправдано, поскольку работники обычно имеют относительно более слабую позицию в переговорах, чем их работодатель, особенно в отсутствие коллективных договоров. Кроме того, работники могут быть не осведомлены о производстве по делу о несостоятельности и мерах защиты, предоставляемых им в случае возникновения финансовых затруднений у их работодателя, и могут не получать информации и не знать о планах, связанных с их статусом занятости. Производство по делу о несостоятельности может быть использовано для ослабления их защиты, например, когда предприятие должно быть продано в качестве функционирующей хозяйственной единицы и расторжение обременительных трудовых договоров может привести к повышению продажной цены или когда должник использует заявление о несостоятельности как средство для получения освобождения от обременительных обязательств, вытекающих из трудовых договоров или трудовых отношений.

5. Тем не менее подход, используемый в данном законодательном положении, может ограничить свободу действий, которая может быть желательной и необходимой для продолжения функционирования предприятия, сохранения занятости и гарантирования заработной платы, особенно при реорганизации. Этот подход может также способствовать эффективному ведению производства по делу о несостоятельности и управлению им, если у должника есть работники, к которым применяются различные механизмы в контексте режима трудовых договоров или трудовых отношений. Необходимость оценки всех таких различных механизмов может возникнуть, например, если у должника имеются работники в разных юрисдикционных системах, где в отношении трудовых договоров или трудовых отношений в обязательном порядке применяется местное трудовое законодательство. Такая необходимость может также возникать, когда существует свобода выбора права, применимого к трудовым договорам или трудовым отношениям. Такая свобода выбора обычно сопровождается гарантиями для защиты работников от неблагоприятных последствий их собственного, но потенциально вынужденного или неосведомленного согласия с выбранным правом. Эти гарантии могут различаться в зависимости от юрисдикционной системы (например, в отношении оговорок об отсутствии конкуренции). Такие гарантии обычно предусматривают, что выбор права не может приводить к лишению работников защиты, предоставляемой им положениями законодательства, от которых нельзя отступать по соглашению сторон и которые в отсутствие выбора были бы применимы (что для многих государств включает императивные нормы международных договоров о трудовых отношениях, а также конституционные гарантии) или которые имеют более тесную связь с трудовыми договорами или трудовыми отношениями.

¹¹¹ См., например, Конвенцию МОТ о прекращении трудовых отношений 1982 года (№ 158).

¹¹² См. рекомендацию 71 Руководства и сопроводительный комментарий.

6. В то же время без этого исключения последствия производства по делу о несостоятельности для режима трудовых договоров и трудовых отношений могут в конечном счете регулироваться применимым к производству по делу о несостоятельности законодательством, которое может играть лишь координирующую роль, не имеющую никакой связи или очень отдаленную связь с конкретными трудовыми договорами или трудовыми отношениями. Это потребовало бы согласования защиты, предоставляемой работникам согласно иностранному *lex fori concursus*, выбранному праву, где это применимо, и законодательству, которое в любом случае подлежало обязательному применению. Если будет предусмотрено определенное сочетание или иерархия применимых законов, то это может обеспечить еще одно решение, однако, способствуя сохранению гибкости, такое решение может одновременно препятствовать эффективному ведению производства по делу о несостоятельности и управлению им, поскольку, как ожидается, суды будут сравнивать последствия применения различных режимов трудовых отношений.

7. Исключение на основании публичного порядка позволило бы суду отказаться от применения иностранного права, которое явно противоречит публичному порядку его государства (например, если оно фактически узаконивает современное рабство и т. д.).

2. Платежные или расчетные системы и регулируемые финансовые рынки

12. На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа согласилась добавить слово «регулируемый» перед словами «финансовый рынок» и убрать слово «исключительно» из проекта законодательного положения, содержащегося в пункте 58 документа [A/CN.9/WG.V/WP.183/Add.1](#)¹¹³. Это достигнутое согласие отражено в данном проекте законодательного положения.

13. На той же сессии Рабочая группа поручила секретариату отразить в сопроводительном комментарии: а) содержание пункта 50 документа [A/CN.9/WG.V/WP.179](#), в котором даются разъяснения относительно предполагаемой сферы охвата этого исключения; б) возможные основания для неприменения этого исключения; и с) аспекты, связанные с цифровыми активами¹¹⁴. Проект комментария был подготовлен соответствующим образом и будет расширен в установленном порядке. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в самом законодательном положении более узко очертить сферу действия этого исключения в свете широкого спектра автономных и автоматизированных систем в цифровом мире, используемых для осуществления онлайн-платежей и расчетов, к которым это исключение, возможно, не предполагается применять.

а) Проект законодательного положения

Законодательство, регулирующее последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников платежной или расчетной системы или регулируемого финансового рынка и соответствующих действий по расторжению сделок

Последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников платежной или расчетной системы или регулируемого финансового рынка регулируются 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.

¹¹³ [A/CN.9/1126](#), п. 53.

¹¹⁴ Там же.

b) Проект комментария

1. Согласно данному законодательному положению последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников платежной или расчетной системы или регулируемого финансового рынка регулируются законодательством, применимым к такой системе или рынку.
2. Системы и рынки, которые предполагается охватить этим исключением, представляют собой тесно интегрированные многосторонние системы и рынки, на которых несостоятельность одного участника может стать причиной серии отказов от платежей по зеркальным 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 учреждения¹¹⁵. Этот эффект «домино» часто называют «системным риском»¹¹⁶.
3. Включение слова «регулируемый» в данное законодательное положение указывает на то, что, помимо платежных и расчетных систем, это исключение применяется только к регулируемым финансовым рынкам, т. е. к тем рынкам, которые подлежат надзору или контролю со стороны регулирующих органов в том государстве, в соответствии с законодательством которого функционирует соответствующий рынок. Основной функцией таких регулирующих органов является защита публичных интересов. Тот факт, что эти рынки являются регулируемыми, облегчает их идентификацию и идентификацию участников этих рынков в случае несостоятельности, поскольку регулируемые рынки обычно обязаны регистрировать себя и идентифицировать своих участников. Эти требования к регистрации и идентификации могут способствовать узкому разграничению случаев, к которым должно применяться это исключение в отношении этих рынков.
4. Ссылка на «платежные или расчетные системы» сделана отдельно от упоминания о регулируемых финансовых рынках, поскольку, хотя они и являются частью финансовых рынков и представляют собой основной компонент их инфраструктуры, «платежные или расчетные системы» могут также функционировать автономно, вне какого-либо финансового рынка. В данном законодательном положении, в отличие от финансовых рынков, понятие платежных и расчетных систем не ограничивается определением «регулируемые». Это связано с тем, что, в отличие от финансовых рынков, подобные системы редко регулируются. Тем не менее они включены в сферу действия этого исключения, поскольку, несмотря на отсутствие регулирования, многие из них считаются систематически важными. Сбой в одной системе 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 в целях защиты публичных интересов.
5. Системы и рынки, охватываемые этим исключением, не могут идти на риски, которые связаны с выбором удобного суда и непредсказуемостью регулирующего права и которые могут реализоваться, если в их отношении будет применяться законодательство, отличное от законодательства, применимого к соответствующему рынку или системе. Такие риски будут присутствовать, если последствия производства по делу о несостоятельности для таких систем и рынков будут регулироваться *lex fori concursus*: в отношении отдельного участника системы или рынка могут быть открыты производства по делам о несостоятельности в различных юрисдикционных системах, в то время как любая отдельная система или любой отдельный рынок обычно объединяет множество участников. Правовую определенность, необходимую для обеспечения бесперебойного и корректного функционирования систем и рынков, охватываемых этим исключением, можно гарантировать только посредством применения единого законодательства ко всем операциям в платежных и расчетных системах и на регулируемых финансовых рынках.

¹¹⁵ A/CN.9/1094, п. 87.

¹¹⁶ A/CN.9/WG.V/WP.179, п. 50 с перекрестной ссылкой на комментарий к рекомендациям 101–107 Руководства (см., в частности, п. 213 этого комментария).

6. Секторы, к которым применяется это исключение, действуют в соответствии со стандартными правилами, руководящими принципами и соглашениями, которые поддерживают применение законодательства соответствующей системы или рынка ко всем аспектам, связанным с этой системой или рынком, включая последствия производства по делам о несостоятельности. Любое отклонение от этих стандартов может привести к негативным последствиям не только для систем или рынков, не соблюдающих установленные требования, но и для общего инвестиционного климата в юрисдикционных системах, в которых эти системы и рынки функционируют.

7. Исключение, предусмотренное в данном законодательном положении, применяется к цифровым системам и рынкам в той степени, в которой они соответствуют критериям, изложенным выше. Это исключение не применяется к [будет доработано с учетом результатов дальнейших обсуждений Рабочей группы по этим вопросам (см. п. 13 выше в разделе, предшествующем проекту положения).]

3. Текущее или предстоящее арбитражное разбирательство

14. На шестьдесят первой сессии возобладало мнение о том, что следует предусмотреть такой порядок, при котором *lex arbitri* будет являться законодательством, регулирующим последствия производства по делу о несостоятельности для текущих или предстоящих арбитражных разбирательств. Соответственно, данный проект законодательного положения может гласить следующее.

Законодательство, регулирующее последствия производства по делу о несостоятельности для текущего или предстоящего арбитражного разбирательства

Последствия производства по делу о несостоятельности для текущего или предстоящего арбитражного разбирательства регулируются *lex arbitri*.

15. Отметив, что на той сессии Рабочая группа рассмотрела только арбитражные аспекты статьи 18 новой редакции ЕРН, на основе которой было сформулировано это правило, некоторые делегации выразили пожелание, чтобы на следующей сессии Рабочая группа рассмотрела также судебные аспекты статьи 18¹¹⁷. В свете ожидаемого рассмотрения в комплексе этих взаимосвязанных вопросов в Рабочей группе Секретариат счел преждевременным составлять проект комментария к данному проекту законодательного положения.

¹¹⁷ A/CN.9/1126, п. 81.