Организация Объединенных Наций A/CN.9/WG.V/WP.190

Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
4 September 2023
Russian
Original: English

Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Шестьдесят третья сессия
Вена, 11–15 декабря 2023 года

Применимое законодательство в производстве по делам о несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

Стр.

I. Введение . . . 2
II. Проект законодательных положений с сопроводительным комментарием . . . 2
Глава I. Общие положения . . . 2
A. Цель и задачи . . . 2
B. Сфера применения законодательных положений . . . 5
C. Определения . . . 11
D. Примат международных обязательств . . . 13
E. Исключение на основании публичного порядка . . . 13
F. Толкование . . . 15
Глава II. Регулирующее законодательство в рамках единого внутреннего производства по делу о несостоятельности . . . 15
A. Стандартное правило lex fori concursus . . . 15
B. Исключения из правила lex fori concursus . . . 33
Глава III. Применимое законодательство в процедурах трансграничного признания и исполнительного производства . . . 44
Глава IV. Применимое законодательство в параллельных производствах в отношении одного и того же должника или разных должников из одной и той же предпринимательской группы . . . 47

V.23-17059 (R)

Просьба отправить на вторичную переработку

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 году[1], приводится в предварительной повестке дня шестьдесят третьей сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.V/WP.188). На своей шестьдесят второй сессии (Нью-Йорк, 17–20 апреля 2023 года) Рабочая группа просила секретариат пересмотреть проекты законодательных положений и комментария с учетом обсуждений на этой сессии.

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 самых последних 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. Хотя Рабочая группа согласилась исходить из рабочего предположения, что текст примет форму типового закона[2], в предварительном порядке секретариат сохраняет ссылки на законодательные положения при том понимании, что в должное время они будут заменены ссылками, соответствующими согласованной форме документа. В текст необходимо будет внести и другие изменения в зависимости от окончательной формы текста и от того, как он будет соотноситься с другими текстами ЮНСИТРАЛ по вопросам законодательства о несостоятельности.

II. Проекты законодательных положений с сопроводительным комментарием

Глава I. Общие положения

A. Цель и задачи

3. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть данный проект законодательного положения и комментарий к нему, которые были пересмотрены с учетом обсуждений Рабочей группы на ее шестьдесят второй сессии. Рабочая группа еще не решила, следует ли сохранять ссылку на «злоупотребления с целью поиска удобного суда». На шестьдесят второй сессии было предложено заменить формулировку «злоупотребления с целью поиска удобного суда» словами «поиск удобного суда, наносящий ущерб»[3]. Это предложение было включено в квадратных скобках для рассмотрения Рабочей группой.

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 членов предпринимательской группы, с тем чтобы обеспечить достижение ключевых целей эффективного и действенного производства по делу о несостоятельности, включая правовую определенность и предсказуемость, и снизить

[1] *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17* (A/76/17), пп. 215–217.
[2] A/CN.9/1126, п. 80.
[3] A/CN.9/1133, п. 29(b).

риск [злоупотреблений с целью][4] поиска удобного суда [, наносящего ущерб,][5] 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 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 государствах.

2. Достижение ясности в этих вопросах является желательным по различным причинам. В разных государствах в целом считается, что процессуальные аспекты производства по делу о несостоятельности, такие как открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, обычно 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 в отношении определенных видов активов, прав и требований (например, вещных прав, прав на зачет), используются иные критерии. В некоторых государствах в этих случаях встречаются исключения из применения правила lex fori concursus, в то время как в других государствах законодательство может не предусматривать решений по этим вопросам или решать их лишь частично. Разнообразие в количестве и объеме этих исключений или отсутствие каких-либо правил по этим вопросам, из-за чего судам приходится определять регулирующее законодательство в каждом конкретном случае, создает неопределенность и непредсказуемость.

3. Точное установление регулирующего законодательства усложняется, когда в отношении одного и того же должника или членов предпринимательской группы одновременно ведется несколько параллельных производств, каждое из которых подчиняется собственным правилам определения регулирующего законодательства. 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 групп[6] (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 несостоятельности[7] (ТЗТН)). Некоторые из этих производств могут стать предметом процедур признания в других 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) (c) 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 (c) ТЗТН). Признающее государство может признать или не признать последствия иностранного lex fori concursus

[4] **A/CN.9/1126, п. 58.**

[5] **A/CN.9/1133, п. 29(b).**

[6] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.20.V.3. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп и Руководство по его принятию (2019 год) | Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

[7] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под № R.14.V.2. Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 год) | Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.

(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 прямо не рассматриваются[8]. Эти тексты лишь в некоторой степени облегчают трансграничное признание и обеспечение реализации последствий применения lex fori concursus основного иностранного производства.

5. Основная цель настоящих законодательных положений состоит в том, чтобы заполнить эти пробелы, предложив простые и ясные правила для определения регулирующего законодательства, которые государства могут включить в свое внутреннее законодательство. Законодательные положения обеспечивают такой порядок следующим образом: a) 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 применяется; [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][9].

6. Соблюдение базовых норм, предлагаемых в законодательных положениях, может содействовать ослаблению различий и заполнению пробелов, оставленных фрагментированными и неполными правилами по вопросам, которые регулируются в законодательных положениях. Это в свою очередь, как ожидается, будет способствовать: a) повышению определенности и предсказуемости результатов производства по делу о несостоятельности для прав и требований сторон, затронутых таким производством; b) повышению эффективности и действенности производства по делу о несостоятельности за счет снижения сложности и стоимости производства; c) улучшению координации трансграничных производств по делам о несостоятельности; и d) расширению торговли и инвестиций.

7. Кроме того, с помощью использования законодательных положений государства могут снизить риск [злоупотреблений с целью] поиска удобного суда [, наносящего ущерб,] и других действий, наносящих ущерб кредиторам и другим заинтересованным сторонам. Что будет считаться [«злоупотреблением»] [«нанесением ущерба»], будет определяться судом в каждом конкретном случае. Определение оптимального суда, в том числе для реструктуризации или реорганизации, представляет собой общепринятое поведение во многих государствах. В то же время выбор, сделанный в ущерб общей массе кредиторов или в иных ненадлежащих целях (например, для уклонения от обязательств или ответственности, укрытия активов от последствий применимого в противном случае законодательства о несостоятельности), обычно считается [злоупотреблением] [нанесением ущерба].

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 оправдано применение судом, который находится в государстве открытия производства по делу о несостоятельности, lex fori concursus ко всем вопросам, возникающим в ходе производства по делу о несостоятельности, поскольку этот 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

[8] **A/CN.9/1133, п. 29(a).**

[9] **Там же, п. 28.**

изучить содержание и толкование этого другого закона и иметь дело с иностранными правовыми категориями, которые могут быть неизвестны в его правовой системе. В то же время другие соображения — например, в отношении надлежащего режима трудовых договоров и трудовых отношений — могут перевесить соображения эффективности и потребовать применения иностранного законодательства.

9. Сфера действия настоящих законодательных положений ограничивается правилами для определения 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 общепримени мыми нормами международного частного права (коллизионными нормами) (далее именуемыми «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, адъюдикативное рассмотрение требований или расторжение сделок). Производство по делу о несостоятельности и регулирующее законодательство не заменяют эти общепримени мые нормы МЧП, но могут 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 должником со своими кредиторами до открытия производства по делу о несостоятельности; право кредитора на зачет своих требований в отношении должника; права, возникающие из сделок, которые были расторгнуты в ходе производства по делу о несостоятельности; и права на приведение в исполнение[10].

B. Сфера применения законодательных положений

4. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть данный проект законодательного положения и комментарий к нему, которые были пересмотрены с учетом обсуждений на шестьдесят второй сессии Рабочей группы. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что на этой сессии в связи с определением понятия «производство по делу о несостоятельности», используемым на тот момент в проекте принципов УНИДРУА в отношении цифровых активов и частного права[11], Рабочей группе было предложено рассмотреть вопрос о том, следует ли применять законодательные положения также и к процедурам реструктуризации, которые могут не подпадать под принятое ЮНСИТРАЛ определение понятия «производство по делу о несостоятельности»[12]. Она, возможно, пожелает также принять во внимание, что в Рабочей группе прозвучало предложение включить в комментарий к перечню производств, охватываемых принятым ЮНСИТРАЛ определением производства по делу о несостоятельности, ссылку на подготовленные банкротства и разъяснить этот термин[13]. Рабочая

[10] **Там же, п. 29(a).**

[11] Ссылки на «производство по делам о несостоятельности» в этом тексте с тех пор изменились на ссылки на «производство по делам, связанным с несостоятельностью», которое определяется в Принципах, принятых Советом управляющих УНИДРУА на его 102-й сессии (Рим, 10–12 мая 2023 года), как «коллективное судебное или административное производство, включая временное производство, в котором для целей реорганизации или ликвидации к активам и деловым операциям должника применяется по меньшей мере одно из следующих условий: a) они подлежат контролю или надзору со стороны суда или другого компетентного органа; b) способность должника управлять или распоряжаться ими ограничена законом; c) способность кредиторов должника обращать на них взыскание ограничена законом» (принцип 2(6)). Принятые Принципы доступны по адресу https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/04/C.D.-102-6-Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law.pdf.

[12] A/CN.9/1133, пп. 25 и 29(f).

[13] Там же, п. 29(e).

группа, возможно, пожелает также принять во внимание, что на этой же сессии было внесено предложение привести перечень организаций, выведенных из-под действия законодательных положений, либо в тексте самого положения о сфере применения, либо в сопроводительном комментарии (включив в такой перечень, помимо прочего, страховые и перестраховочные компании, банковские учреждения и публично-правовые компании)[14]. Рабочая группа не рассматривала эти вопросы на данной сессии и, возможно, пожелает сделать это на своей шестьдесят третьей сессии.

5. В отношении первого вопроса, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание свои обсуждения, которые привели к внесению поправок в Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года и принятию ЮНСИТРАЛ в 2013 году пересмотренного варианта Руководства, которое получило название «Руководство по принятию и толкованию» (РПТ). В то время Рабочая группа обсуждала, среди прочего, смешанное производство и прецедентное право, касающееся ТЗТН, связанное с определением понятия «иностранное производство»[15]. В результате этих обсуждений был расширен сводный перечень требований ЮНСИТРАЛ для того, чтобы производство считалось иностранным производством, в частности требования в отношении трудного финансового положения должника (фактическая или неминуемая несостоятельность) и контроля или надзора (текущего, прошлого или потенциального) за активами и деловыми операциями должника со стороны суда[16]. Комментарии к определению понятия «производство по делам о несостоятельности» в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности (ТЗСРН)[17], и ТЗНПГ[18] основываются на комментарии к определению понятия «иностранное производство» в РПТ и содержат перекрестные ссылки на него[19]. В отношении «подготовленных банкротств» Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что, как отмечается в проекте комментария ниже, термин «реорганизация», используемый в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, включает продажу предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, охватываются ли поэтому различные виды процедур подготовленных банкротств[20] ускоренными реорганизационными производствами[21]. Что касается пункта 3 проекта законодательного положения, то Рабочая группа, возможно, пожелает согласовать его формулировку, которая будет определять содержание сопроводительного комментария[22].

---

[14] Там же, п. 29(c).

[15] См., например, A/CN.9/738, п. 15.

[16] РПТ, пп. 48–51 и 65–78.

[17] Издание Организации Объединенных Наций, в продаже под номером R.19.V.8. Доступно по адресу https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/mlij.

[18] См. Руководство по принятию ТЗСРН, пп. 48–49, и Руководство по принятию ТЗНПГ, п. 40.

[19] О соответствующих обсуждениях в Рабочей группе во время подготовки этих типовых законов см., например, A/CN.9/937, п. 113; A/CN.9/966, пп. 121–122, 127–129 и 131–132; и A/CN.9/972, п. 37.

[20] Общей чертой таких процедур является то, что договоренности в отношении несостоятельного или находящегося в трудном положении предприятия обсуждаются между заинтересованными и затронутыми сторонами и принимаются до открытия производства по делам о несостоятельности, например продажа предприятия (или его частей) в качестве функционирующей хозяйственной единицы заранее определенному покупателю. Результаты этих договоренностей представляются на утверждение суду. После утверждения в отношении должника проводится ускоренная ликвидация или реорганизация.

[21] Рекомендации 160–168 Руководства и сопроводительный комментарий.

[22] На данном этапе секретариат не имел возможности подготовить комментарий, поскольку Рабочая группа еще не решила, что: a) законодательные положения предназначены для применения к любому производству по делу о несостоятельности без каких-либо исключений; b) законодательные положения предлагается применять ко всем производствам по делам о несостоятельности, признавая в то же время, что государства могут исключить из сферы применения законодательных положений некоторые производства, например касающиеся финансовых, страховых и перестраховочных учреждений, а также публично-

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 нормами международного частного права государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, или другого соответствующего государства суда. Если это не предусмотрено настоящими законодательными положениями, то настоящие законодательные положения не заменяют эти нормы.

3. [Законодательные положения не применяются к производству, касающемуся финансовых, страховых и перестраховочных учреждений, а также публично-правовых компаний].

2. Проект комментария

Общие соображения

1. Сфера применения законодательных положений связана с понятиями «производство по делу о несостоятельности»[23] и «открытие производства по делу о несостоятельности»[24]. В текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности приводится сводный перечень необходимых требований, которым должно отвечать производство, чтобы считаться «производством по делу о несостоятельности»: a) коллективное производство (судебное или административное)[25]; b) производство проводится в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности (включая законодательство, регулирующее деятельность компаний)[26]; c) под контролем или надзором суда (в том числе при сохранении владения за должником)[27]; d) в отношении должника (физического или юридического лица), находящегося в тяжелом финансовом положении или

правовых компаний, но такие исключения не приветствуются; c) законодательные положения предлагается применять ко всем производствам по делам о несостоятельности, признавая в то же время, что государства могут исключить из сферы применения законодательных положений некоторые производства, например касающиеся финансовых, страховых и перестраховочных учреждений, а также публично-правовых компаний, и такие исключения приветствуются; или d) прямо предполагается, что законодательные положения не будут применяться к производствам по делам о несостоятельности в отношении некоторых предприятий, например финансовых, страховых и перестраховочных учреждений, а также публично-правовых компаний (последний подход отражен в проекте в соответствии с предложением, принятым на шестьдесят второй сессии Рабочей группы).

[23] 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 Руководства, 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.

[24] Рекомендации 14–29 и 292–309 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)).

[25] РПТ, пп. 69–72.

[26] РПТ, пп. 73.

[27] Рекомендация 112 Руководства и РПТ, пп. 71, 74–76 и 86.

являющегося несостоятельным[28]; и e) с целью ликвидации или реорганизации этого должника как коммерческого субъекта[29].

2. «Производство по делу о несостоятельности» в соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности охватывает a) «ликвидацию», определяемую как производство для продажи и реализации активов с целью распределения среди кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности[30]; b) «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 единицы[31]; c) «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 судом[32]; d) упрощенное производство по делу о несостоятельности[33]; и e) временное производство, реструктуризация и любое другое производство, которое суд может установить в каждом конкретном случае как отвечающее изложенному выше сводному перечню необходимых требований[34].

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 кредиторов[35]. Исключается также судебное или административное производство в отношении платежеспособного субъекта, который стремится не реорганизовать свою финансовую деятельность, а скорее упразднить свой правовой статус[36]. 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,

---

[28] 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 то же время 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 представления доказательств факта неплатежеспособности (рекомендация 294). В ситуации, когда кредитор(-ы) подает(-ют) заявление об открытии производства по делу о несостоятельности, применяются следующие стандарты для открытия производства: должник в целом не в состоянии выплатить свои долги по наступлении срока их погашения или его обязательства превышают стоимость его активов.

[29] РПТ, пп. 77–78.

[30] Глоссарий, определение термина (w).

[31] Глоссарий, определение термина (kk).

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

[33] Руководство, часть пятая.

[34] 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.

[35] РПТ, п. 69.

[36] РП, п. 22; и РПТ, пп. 48 и 73.

также не подпадают под действие законодательных положений[37]. Кроме того, 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 кредиторам[38].

Пункт 1

4. Законодательные положения устанавливают правила для определения регулирующего законодательства. Это законодательство регулирует a) аспекты производства по делу о несостоятельности, которые связаны с юрисдикцией, а также квалификационными и процессуальными требованиями; b) 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 c) права, требования, действия и споры после открытия производства.

5. Примеры вопросов, охватываемых подпунктом (a) выше, включают такие вопросы, касающиеся открытия, ведения и закрытия производства по делам о несостоятельности и управления им, как применимые стандарты для открытия производства; требования и порядок направления уведомлений об открытии производства по делу о несостоятельности и их содержание; основания и порядок отклонения заявления или отказа в открытии производства и их последствия; вид открываемого производства; преобразование производства в другой вид; требования и механизмы, связанные с надзором и утверждением; процедуры для представления, проверки и принятия требований; процедуры реализации активов и распределения доходов; и процедуры закрытия производства по делу о несостоятельности.

6. Примеры вопросов, охватываемых подпунктом (b) 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, мораторий[39] или субординация).

7. Примеры вопросов, охватываемых подпунктом (c) выше, включают права и требования, возникающие в связи с использованием активов имущественной массы в деле о несостоятельности и распоряжением ими, финансирование после открытия производства и действия управляющего в деле о несостоятельности; оспаривание графика ликвидации, плана реорганизации или освобождения от обязательств по долгам; а также определение и одобрение административных расходов.

Пункт 2

8. Как указывается в пункте 2 этого 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

[37] РПТ, п. 78.

[38] РПТ, п. 77.

[39] «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 (rr)). Это охватывает право возбуждать арбитражное разбирательство и приводить в исполнение арбитражное решение.

или надзор над производством по делу о несостоятельности, или другой суд, выносящий решение по вопросу, связанному с несостоятельностью, будет применять общеприменимые 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 несостоятельности[40] («Руководство»). Например, законодательство, регулирующее договор, будет, как правило, определять, существует ли договорное требование к должнику и какова сумма такого требования; а законодательство государства, в котором находятся недвижимые активы, будет определять, был ли, например, создан обеспечительный интерес в таких активах. Настоящие законодательные положения не заменяют общеприменимые нормы МЧП и применимое право, вытекающее из применения этих норм.

9. Законодательные положения не устанавливают также правил для определения местонахождения активов. Эти правила являются частью общеприменимых норм МЧП и содержатся в других международных документах[41].

10. Аналогичным образом, законодательные положения не устанавливают юрисдикционных правил. Хотя эти правила имеют отношение к регулирующему законодательству, в частности к признанию и обеспечению реализации последствий применения этого законодательства в трансграничном контексте, юрисдикционные правила рассматриваются в других текстах[42]. 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, и содержится конкретная рекомендация о том, что основания, при которых на должника может быть распространено законодательство о несостоятельности, должны включать наличие у должника либо центра основных интересов (ЦОИ), либо предприятия в этом государстве[43].

11. Аналогично, законодательные положения не устанавливают правил для распределения активов между параллельными производствами или в их рамках. К этим аспектам могут применяться другие международные документы.

12. Тем не менее производство по делу о несостоятельности создает последствия для прав и требований, существовавших до открытия производства (примеры таких последствий см. в пункте 6 выше)[44]. Согласно настоящим законодательным положениям, такие последствия определяются регулирующим законодательством, в результате чего общеприменимые нормы МЧП не применяются к этим вопросам.

Пункт 3

[*Будет дополнено, см. п. 5 текста, предшествующего проекту законодательного положения*].

[40] Доступно по адресу https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

[41] Например, статьи 90 и 91 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках.

[42] Например, статья 14(g) ТЗСРН и пп. 110–115 РП.

[43] См. рекомендацию 10 и сопроводительный комментарий. В сноске к этой рекомендации отмечается, что в некоторых государствах используются и другие, не рекомендуемые в Руководстве основания, например наличие активов.

[44] 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; а также статью 14.2 Конвенции УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг.

C. Определения

6. Хотя желательность использования латинских терминов в тексте была поставлена под сомнение, возобладало мнение о том, что следует и дальше их использовать[45]. Никаких замечаний в отношении самого определения термина «lex fori concursus» сделано не было, но было выдвинуто предложение в отношении проекта сопроводительного комментария к нему, в частности исключить примеры (d), (e) и (f)[46]. Рабочая группа не рассматривала это предложение. В разделах ниже секретариат воспроизвел само определение без изменений и сохранил примеры (d), (e) и (f) в квадратных скобках до принятия Рабочей группой решения по этому вопросу. С учетом обсуждений, состоявшихся на шестьдесят второй сессии Рабочей группы, секретариат добавил термины «lex rei sitae» и «lex societatis». Они заключены в квадратные скобки для дальнейшего рассмотрения Рабочей группой. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли расширить разъяснение термина «lex rei sitae», взятое из Руководства[47], путем ссылки на законодательство государства, под контролем которого ведется реестр, в котором зарегистрирован актив. Из-за ряда нерешенных вопросов, связанных с возможным исключением из lex fori concursus в отношении текущего арбитражного разбирательства (см. ниже), секретариат не предложил на данном этапе определение термина «lex arbiti». (О возможном дополнительном термине для включения в раздел «Определения» см. п. 12 ниже.)

1. Проект законодательного положения

Определения

Для целей настоящих законодательных положений:

a) «lex fori concursus» означает законодательство государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности;

b) [«lex rei sitae» означает законодательство государства, в котором находится актив;] и

c) [«lex societatis» означает законодательство государства, регулирующее деловые операции должника.]

2. Проект комментария

Lex fori concursus

1. «Lex fori concursus» означает законодательство государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности. Для целей законодательных положений этот термин следует толковать широко как охватывающий законодательство о несостоятельности государства открытия производства по делу о несостоятельности, а также касающиеся несостоятельности положения его законодательства, не имеющего прямого отношения к вопросам несостоятельности. Насколько положения законодательства, не имеющего прямого отношения к вопросам несостоятельности, касаются несостоятельности, может оцениваться в каждом конкретном случае, однако обычные примеры законодательства, не имеющего прямого отношения к вопросам несостоятельности, но касающегося несостоятельности, включают a) законодательство, регулирующее обязанности и ответственность директоров в период, приближающийся к несостоятельности, в контексте производства по делу о несостоятельности; b) законодательство, регулирующее процедуры реструктуризации долга в рамках производства до наступления несостоятельности; c) законодательство об обеспеченных сделках, которое, помимо других вопросов, имеющих отношение к несостоятельности, может касаться режима финансирования до открытия производства в случае

[45] A/CN.9/1133, п. 29(h).
[46] Там же, п. 29(g).
[47] Глоссарий, определение термина (y).

последующей несостоятельности; [d) семейное право, которое может касаться режима активов, находящихся в совместной собственности, в рамках производства по делу о несостоятельности индивидуальных предпринимателей; e) трудовое законодательство, которое касается прав работников, режима и очередности трудовых требований и рассмотрения вопроса об увольнениях в случае несостоятельности; f) налоговое законодательство и законодательство о социальном обеспечении, регулирующие режим и очередность публичной задолженности;] и g) 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 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 пониматься как отсылка только к материальным нормам внутреннего права этого государства, а не нормам МЧП этого государства, и это означает, что обратная отсылка не предусматривается. Это соответствует подходам, принятым в других международных текстах[48]. 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. право, относящееся к осуществлению суверенных полномочий. Тем не менее lex fori concursus может касаться режима и очередности иностранных публичных требований (например, налоговых требований и требований по социальному обеспечению)[49]. 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.

[*Lex rei sitae*

3. «Lex rei sitae» определяется как законодательство государства, в котором находится актив. Ссылки на «lex rei sitae» появляются во всех законодательных положениях и сопроводительных комментариях в контексте возможного исключения из lex fori concursus в отношении определенного вида имущества, например недвижимого имущества, и вещных прав, например обеспечительных прав.]

[*Lex societatis*

4. «Lex societatis» — это законодательство государства (законодательство о компаниях, корпоративное законодательство, законодательство о партнерских отношениях или законодательство о деловых ассоциациях), которое регулирует создание, функционирование и ликвидацию коммерческих предприятий, а также вопросы их внутреннего управления, такие как права, обязательства, обязанности и ответственность учредителей и владельцев (например, в отношении уставного капитала), принятие решений (например, руководящие органы, собрания акционеров) и механизмы решения вопросов внутреннего управления (например, споры между акционерами и руководством). Эти аспекты могут регулироваться по-разному в зависимости от вида хозяйствующего субъекта (например, товарищество, закрытое или открытое акционерное общество).

5. Единого подхода к определению lex societatis не существует. Некоторые государства придерживаются подхода, основанного на «инкорпорации», в то время как другие государства придерживаются подхода, основанного на

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

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

«реальном местонахождении», при этом понимание последнего также не является единообразным. Согласно подходу, основанному на «инкорпорации», законодательство государства, в котором создана или зарегистрирована компания, применяется ко всем аспектам управления этой компанией; согласно подходу, основанному на «реальном местонахождении» эти вопросы регулируются законодательством страны, в которой компания имеет «реальное» местонахождение (т. е. центр управления и контроля). Хотя различные связующие факторы, используемые для определения lex societatis, схожи и связаны с факторами, имеющими значение для определения ЦОИ (см. комментарий к пункту (t) по lex fori concursus ниже)[50], они не имеют прямого отношения к этим законодательным положениям. Этот термин используется в законодательных положениях просто для того, чтобы подтвердить принцип, согласно которому применение lex societatis к вопросам внутреннего управления должника не будет затронуто открытием производства по делу о несостоятельности, за исключением очень ограниченных аспектов обязательств директоров в период, предшествующий несостоятельности, возникающих в соответствии с законодательством о несостоятельности после открытия производства по делу о несостоятельности.]

D. Примат международных обязательств

7. На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа решила, 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 содержится[51]. На своей шестьдесят второй сессии Рабочая группа отметила, что, поскольку решение о форме окончательного текста еще не принято, 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 3 ТЗТН, ТЗСРН и ТЗНПГ, а также на сопроводительных комментариях к ним. Как это было предложено Рабочей группой, комментарий к этому положению может быть расширен ссылками на такие международные договоры и другие международные документы, в которых рассматриваются коллизии норм права при производствах по делам о несостоятельности, как Протокол по авиационному оборудованию к Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Кейптаун, 2001 год) («Протокол по авиационному оборудованию»)[52] и Регламент (ЕС) Европейского парламента и Совета 2015/848 от 20 мая 2015 года о процедурах несостоятельности (новая редакция) («новая редакция ЕРН»)[53].

E. Исключение на основании публичного порядка

8. Данный проект законодательного положения остается, по существу, таким же, как и на шестьдесят второй сессии Рабочей группы. Он заключен в квадратные скобки для дальнейшего рассмотрения Рабочей группой в свете мнений, высказанных на этой сессии[54]. Сопроводительный комментарий был доработан с

[50] См., например, РПТ, пп. 145–147.

[51] A/CN.9/1126, п. 54.

[52] Доступно по адресу www.unidroit.org/instruments/security-interests/.

[53] 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), которая не вступила в силу. Статьи 7–18 новой редакции ЕРН содержат правила о законодательстве, применимом при производстве по делам о несостоятельности.

[54] A/CN.9/1133, п. 29(j).

учетом замечаний, сделанных на шестьдесят второй сессии Рабочей группы. В существующей формулировке исключение на основании публичного порядка относится к главе II проекта текста (Регулирующее законодательство в рамках единого внутреннего производства по делу о несостоятельности) и может быть помещено в эту главу, а не в главу I. В зависимости от результатов рассмотрения Рабочей группой вопросов трансграничной несостоятельности (см. главы III и IV ниже), это исключение на основании публичного порядка может быть дополнено исключением на основании публичного порядка, которое будет применяться в трансграничном контексте (если только, в зависимости от окончательной формы текста, положения об исключении на основании публичного порядка в ТЗТН, ТЗСРН и ТЗНПГ не будут сочтены достаточными в этом контексте).

1. Проект законодательного положения

Исключение на основании публичного порядка

[Суд может отказать в применении законодательства, определенного в соответствии с настоящими законодательными положениями, [только][55] в том случае, если последствия применения такого законодательства будут явно[56] противоречить публичному порядку государства этого суда.][57]

2. Проект комментария

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

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 государства суда. Такое же узкое и ограничительное толкование исключения должно применяться независимо от вида производства (ликвидация или реорганизация).

3. Последствия применения законодательства, указанного настоящими законодательными положениями, для публичного порядка должны оцениваться в каждом конкретном случае. В соответствии с предполагаемым узким и ограничительным толкованием и применением этого законодательного положения можно ожидать, что на исключение на основании публичного порядка будут ссылаться, когда применение соответствующей нормы иностранного законодательства, с учетом обстоятельств дела, может нанести ущерб безопасности или

[55] **Там же. На шестьдесят второй сессии Рабочей группы в ответ на предложение исключить слово «лишь» было высказано альтернативное предложение заключить это слово или все положение в квадратные скобки и вернуться к их обсуждению позже. Были выражены сомнения в том, насколько оправдано устанавливать два набора критериев разной степени строгости для применения исключения на основании публичного порядка в контексте внутригосударственного и трансграничного признания производств.**

[56] **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.9/1126, п. 66).**

[57] **A/CN.9/1133, п. 29(j). См. сноску 55 выше.**

суверенитету государства суда или привести к результату, который настолько радикально расходится с концепциями этого государства об основополагающих принципах правосудия, что ее применение является недопустимо оскорбительным для основных ценностей этого государства. Это может иметь место, например, когда применение законодательства, указанного настоящими законодательными положениями, может фактически привести к узакониванию противоправных схем или практики (например, уклонению от выполнения применимых императивных правовых норм и обязательств, таких как обязанности в сфере охраны окружающей среды и прав человека и другие социальные обязанности, или использованию законодательства для достижения политически мотивированных целей).

4. Последствия неприменения применимого в противном случае законодательства на основании соображений публичного порядка могут быть урегулированы во внутреннем законодательстве государства суда. В зависимости от связующих факторов вместо не подлежащего применению законодательства может применяться lex fori concursus или иное законодательство[58].

F. Толкование

9. 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 содержится[59]. На своей шестьдесят второй сессии Рабочая группа отметила, что, поскольку решение о форме окончательного текста еще не принято, 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 сопроводительных комментариях к ним. 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.

Глава II. Регулирующее законодательство в рамках единого внутреннего производства по делу о несостоятельности

A. Стандартное правило lex fori concursus

10. Проекты законодательного положения и сопроводительного комментария были доработаны с учетом мнений, высказанных на шестьдесят второй сессии Рабочей группы. Части проекта комментария, в которых говорится о трудностях с трансграничным признанием и обеспечением реализации последствий

[58] **A/CN.9/1133, п. 29(k).**
[59] A/CN.9/1126, п. 55.

применения lex fori concursus, были сохранены в проекте комментария ниже в квадратных скобках для дальнейшего рассмотрения вопроса об их месте в зависимости от результатов рассмотрения Рабочей группой трансграничных аспектов (см. главы III и IV ниже). Эти части можно исключить из главы II и использовать для составления сводного комментария к трансграничным аспектам, или же их можно сохранить в главе II с соответствующими перекрестными ссылками на другие части текста, в которых будут рассматриваться такие трудности.

11. На шестьдесят второй сессии Рабочей группы было предложено упомянуть в пункте (g) «ничтожность действий»[60]. Рабочая группа, возможно, пожелает согласовать формулировку этого пункта, принимая во внимание, что нынешняя формулировка взята из рекомендации 31 Руководства. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что термин «(положения о) расторжении сделок» определяется в Руководстве как положения законодательства о несостоятельности, позволяющие аннулировать сделки, связанные с передачей активов или принятием обязательств до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишать их силы и возвращать любые такие переданные активы или их стоимость в общих интересах кредиторов[61]. Рабочая группа, возможно, пожелает также принять во внимание, что в статье 23 ТЗТН в том же контексте упоминаются «виды мер, направленных на признание недействительными действий, наносящих ущерб кредиторам, или на лишение их юридической силы иным образом». Термин «расторжение сделок», как он определен в Руководстве или с поправками, внесенными Рабочей группой для целей настоящего проекта, может быть для простоты включен в раздел «Определения» законодательных положений и последовательно использоваться по всему тексту.

12. В проект законодательного положения был включен новый пункт 2, позволяющий рассматривающему дело суду, при необходимости, применять право другого государства в каждом конкретном случае. Предлагаемое положение отличается от общепримени мых исключений из lex fori concursus, предусмотренных в проектах законодательных положений в отношении трудовых договоров, платежно-расчетных систем и регулируемых финансовых рынков. Положение о применении законодательства другого государства в конкретных случаях было разработано с учетом повторяющихся вопросов, поднимавшихся на предыдущих сессиях Рабочей группы, в частности в отношении: a) расторжения сделок[62]; b) договоров, касающихся недвижимого имущества[63]; и c) режима обеспеченных кредиторов (или, в более широком смысле, вещных прав)[64] (см. соответственно пункты (g), (h) и (j) перечня lex fori concursus). Включение этого положения позволит устранить необходимость разработки отдельного исключения или вариантов для каждого вопроса, в отношении которого были высказаны такие замечания. Никаких сопроводительных комментариев к этому новому предложенному положению до его рассмотрения Рабочей группой составлено не было. Только в комментарии или также в самом законодательном положении могут быть указаны обстоятельства, когда может потребоваться отступление от принципа lex fori concursus, например, a) когда необходимо будет обеспечить трансграничное признание и реализацию последствий внутреннего производства по делу о несостоятельности в государствах, в которых находится недвижимое имущество. В таких случаях суд, рассматривающий дело, может принять решение о применении lex rei sitae, чтобы b) свести к минимуму необходимость открытия параллельных производств, в том числе путем облегчения процесса рассмотрения в рамках внутреннего производства по делу о несостоятельности требований, которые в противном случае могли бы быть предъявлены кредитором в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве. В таких

[60] A/CN.9/1133, п. 30.
[61] Глоссарий, термин (c); а также Руководство, часть пятая, раздел второй, термин (a).
[62] A/CN.9/1133, пп. 30–36; A/CN.9/1126, п. 43; и A/CN.9/1094, пп. 74–76.
[63] A/CN.9/1133, п. 42(a); и A/CN.9/1126, п. 49.
[64] A/CN.9/1133, пп. 37–41; A/CN.9/1126, пп. 45–48; A/CN.9/1094, п. 79; и A/CN.9/1088, п. 65(c).

случаях суд, рассматривающий дело, может разрешить назначенному на местном уровне управляющему в деле о несостоятельности принимать обязательства перед иностранными кредиторами, подобные тем, которые предусмотрены статьями 28–32 ТЗНПГ; и c) обеспечить большую правовую определенность для торговли и инвестиций, в частности, с учетом вещных прав кредиторов или третьих сторон в отношении материальных или нематериальных, движимых или недвижимых активов, находящихся в другом государстве на момент открытия производства. В таких случаях законодательство о несостоятельности другого государства (например, государства, где находятся активы) может применяться для регулирования последствий производства по делу о несостоятельности для этих прав.

13. На своей шестьдесят первой сессии Рабочая группа высказала мнение о том, что в рамках проекта необходимо будет решить конкретные вопросы, возникающие в связи с несостоятельностью физических лиц[65]. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть также и этот вопрос.

1. Проект законодательного положения

Lex fori concursus в качестве стандартного регулирующего законодательства по всем аспектам открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им, а также его последствиям

1. Если иное не предусмотрено настоящими законодательными положениями, то lex fori concursus регулирует все аспекты открытия, ведения 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 введение моратория и, если это применимо, его объем, продолжительность, изменение и прекращение;

e) использование и реализация активов;

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

g) расторжение определенных сделок, которые могут нанести ущерб определенным сторонам;

h) режим договоров, включая оговорки об автоматическом прекращении и ускорении исполнения договора (оговорки ipso facto);

i) порядок зачета;

j) режим обеспеченных кредиторов;

k) права и обязательства должника;

l) обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности;

m) функции кредиторов и комитета кредиторов;

[65] A/CN.9/1126, п. 72.

n) режим требований;

o) очередность требований;

p) расходы и затраты, 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).

[2. Ничто в пункте 1 настоящего законодательного положения не препятствует государству разрешать своим судам или обязывать свои суды определять последствия внутреннего производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей кредиторов и других сторон, заинтересованных в этом производстве, включая должника, в каждом конкретном случае в соответствии с законодательством другого государства, если применение такого другого законодательства необходимо для: a) справедливого и эффективного управления этим производством; b) защиты кредиторов и других сторон, заинтересованных в этом производстве, включая должника; c) защиты и максимизации стоимости имущественной массы в деле о несостоятельности; или d) трансграничного признания и обеспечения реализации последствий этого производства.]

[Необходимость применения законодательства другого государства к последствиям внутреннего производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей кредиторов и других сторон, заинтересованных в этом производстве, включая должника, может возникать, в частности:

a) если контрагент по сделке, подлежащей расторжению, предоставит доказательства того, что законодательство государства, применимое к этой сделке, не позволяет расторгнуть сделку в соответствующем случае. Это другое законодательство [может применяться] [должно применяться] [применяется], за исключением случаев, когда оно не имеет существенного отношения к сторонам или сделке и не существует другого разумного основания для применения этого законодательства в отношении данной сделки;

b) в отношении сделок с недвижимым имуществом, находящимся в другом государстве. В этом случае [может применяться] [должно применяться] [применяется] [законодательство этого государства о несостоятельности] [lex rei sitae];

c) если вещные права кредиторов или третьих сторон распространяются на [активы должника] [имущественную массу] [активы должника, которые должны быть включены в конкурсную массу], находящиеся в другом государстве на момент открытия производства по делу о несостоятельности. В этом случае [может применяться] [должно применяться] [применяется] [законодательство этого государства о несостоятельности] [lex rei sitae];

d) в отношении морского судна, воздушного судна или другого актива, подлежащего регистрации. В этом случае [может применяться] [должно применяться] [применяется] законодательство государства, под контролем которого ведется реестр, в котором зарегистрирован актив;

e) в отношении права кредиторов в соответствии с законодательством, применимым к требованию должника, требовать зачета своих требований в счет требований должника. Это законодательство [может применяться] [должно применяться] [применяется], за исключением случаев, когда оно не имеет существенного отношения к требованию и не существует другого разумного основания для применения этого законодательства в отношении данного требования.]]

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 последствиям.

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 a) процессуальные вопросы (такие как вручение уведомлений, созыв собраний, установление кворума, определение правил голосования или установление сроков для предъявления требований)[66]; и b) 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 в рамках производства по делу о несостоятельности его следует признавать 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 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, в отношении лиц, связанных с должником (рекомендация 184 Руководства). Оно может также запрещать принудительное исполнение некоторых договорных положений (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).

a) 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, вопросы юрисдикции и связанные с этим вопросы, например какие должники имеют достаточные связи с данным государством, чтобы на них распространялось его законодательство о несостоятельности, и какой режим несостоятельности

[66] Некоторые вопросы, которые в одних государствах считаются процессуальными (например, зачет или срок исковой давности), в других государствах могут считаться материально-правовыми. Суд выносит такое определение в соответствии с законодательством своего государства, например с lex fori concursus при производстве по делу о несостоятельности.

(например, стандартный или упрощенный) должен применяться в отношении должника в зависимости от сектора экономики, в котором действует должник, размера предприятия должника, уровня задолженности должника или других критериев.

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 государствах 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 могут применяться не имеющие прямого отношения к вопросам несостоятельности положения lex fori concursus, 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 определения характера активов (материальные или нематериальные, движимые или недвижимые) и прав на них (имущественные или договорные), 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 применение моратория и, если он применим, его объем, продолжительность, изменение и прекращение

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 виды мер, которые могут быть предписаны, 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 обеспечении 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 кредиторов в отношении предмета обременения или на реализацию ими вещных прав в других активах, находящихся в иностранном государстве. Преодолению таких трудностей может в определенной степени способствовать принятие 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 государства[67]. Например, объем, продолжительность, изменение, прекращение моратория и других средств правовой защиты в признающем государстве определяются положениями законодательства этого государства, а не lex fori concursus[68]. 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 несостоятельности[69]. 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 признания[70]. Помощь в соответствии со статьями 19–21 или дополнительное содействие в соответствии со статьей 7 ТЗТН могут предусматривать отсылку к lex fori concursus, [как это предусматривается в главе III настоящего текста,] 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). Такая возможная отсылка будет обусловлена 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. Тексты ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предусматривают дополнительные гарантии, состоящие, например, в том, что в признании и приведении в исполнение или предоставлении определенной помощи может быть отказано,

если это помешает ведению производства по делу о несостоятельности должника, в частности основного иностранного производства, в том числе будет противоречить мораторию или иному предписанию, которое уже было или может быть признано или приведено в исполнение в запрашиваемом государстве. Несовместимость с мораторием, 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)[71].

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»)[72], предусматривают отсылку к lex fori concursus основного иностранного производства.]

e) 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 могут применяться не имеющие прямого отношения к вопросам несостоятельности положения lex fori concursus, 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.

[16. Могут возникать определенные трудности при обеспечении 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 государствах. Как отмечалось выше в контексте

[67] РПТ п. 194.
[68] РПТ, п. 38.
[69] См., например, главу IV ТЗТН и главу 2 ТЗНПГ.
[70] РПТ, п. 35.
[71] РП, п. 107.
[72] Доступно по адресу www.unidroit.org/instruments/security-interests/. См., в частности, статью XXX (4).

защиты и сохранения имущественной массы, 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 осуществление 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 осуществление.

18. Не имеющие прямого отношения к вопросам несостоятельности положения lex fori concursus могут применяться, например, к i) конверсии задолженности в акции; ii) увольнениям, 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 информации[73].

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 защиты; iii) продолжительность подозрительного периода и с какой даты он рассчитывается ретроактивно; iv) лица, которые могут начинать процедуры расторжения сделок и при каких условиях; v) источники покрытия расходов на действия по расторжению сделок, включая допустимость финансирования третьими сторонами, а также условия и гарантии привлечения такого финансирования; vi) последствия расторжения сделок; vii) ответственность контрагента по сделке, подлежащей расторжению, и средства правовой защиты в случае несоблюдения требований; и viii) 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. Законодательные положения предусматривают исключение из правила lex fori concursus в отношении расторжения 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. Хотя настоящие законодательные положения предусматривают исключение из lex fori concursus в отношении трудовых договоров, это исключение не распространяется на расторжение трудовых договоров или отношений, например на отмену необоснованных пакетов вознаграждения, согласованных в рамках изменения трудовых договоров до открытия производства по делу о несостоятельности. В таких случаях регулирующим законодательством будет оставаться lex fori concursus. [Тем не менее, если имеющие преимущественную силу положения применимого в противном случае трудового законодательства не позволяют предпринимать действий по расторжению трудовых договоров или отношений в целом или в соответствующем случае, обеспечение реализации последствий расторжения согласно lex fori concursus в трансграничном контексте может оказаться проблематичным.]

[73] В тех государствах, в которых предусматривается закрытие производства по делу о несостоятельности после одобрения (или утверждения, если оно требуется) плана реорганизации, к осуществлению плана могут применяться положения общего договорного права и, следовательно, нормы, выходящие за рамки настоящих законодательных положений.

h) Режим договоров, включая оговорки об автоматическом прекращении и ускорении исполнения договора (оговорки ipso facto)

21. В соответствии с настоящими законодательными положениями lex fori concursus определяет: i) категории договоров; ii) режим договоров, по которым как должник, так и его контрагент еще не полностью выполнили свои соответствующие обязательства (именуемых в Руководстве «договоры, исполнение которых продолжается»), в частности полномочия управляющего в деле о несостоятельности решать, следует ли продолжить исполнение таких договоров или же отказаться от их исполнения или переуступить их, а также срок, 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 и ускорении исполнения договора (известны также как «оговорки ipso facto») или эти вопросы должны решаться в соответствии с общим договорным правом и, если законодательство о несостоятельности имеет преимущественную силу, полномочия управляющего в деле о несостоятельности восстанавливать договоры, 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 договоров, заключенных после открытия производства; и vi) режим арбитражных соглашений.

22. Не имеющие прямого отношения к вопросам несостоятельности положения lex fori concursus и международных договоров могут применяться, например, к определению категорий договоров, исчислению размера ущерба и режиму правительственных договоров 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, 1958 год)[74] («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 договоров (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.

i) Порядок зачета

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 производства; ii) должны ли обязательства, подлежащие зачету, возникать в рамках одного договора или же они могут возникать в рамках нескольких договоров (т. е. они не обязательно должны быть взаимными или связанными между собой); iii) распространяется ли мораторий на осуществление прав на зачет или же зачет производится автоматически при открытии производства по делу о несостоятельности; и iv) каков режим кредиторов, предъявляющих подлежащие зачету требования (например, они выступают в

[74] 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.

качестве обеспеченных кредиторов или иначе). Lex fori concursus регулирует также режим зачета требований, возникающих после открытия производства по делу о несостоятельности.

25. Пункт (i) касается 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; 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 несостоятельности для прав и обязательств по зачету в этих системах и на этих рынках регулируются законодательством, применимым к этим системам и рынкам.] [*Эту часть, возможно, потребуется расширить в зависимости от результатов обсуждений Рабочей группой предлагаемого исключения из lex fori concursus в отношении ликвидационного неттинга за пределами платежных и расчетных систем и регулируемых финансовых рынков. См. соответствующий раздел ниже.*]

j) Режим обеспеченных кредиторов

27. В соответствии с законодательными положениями режим обеспеченных кредиторов в производстве по делам о несостоятельности регулируется lex fori concursus[75]. Использование слова «режим» в этом пункте призвано показать, что lex fori concursus регулирует только последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей обеспеченных кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, например обязаны ли обеспеченные кредиторы предъявлять требования в рамках производства по делу о несостоятельности[76]. Этот пункт не охватывает право, применимое к действительности и юридической силе обеспечительных интересов[77], существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности, которые по-прежнему будут определяться общепримени мыми нормами МЧП государства, в котором

[75] Это соответствует текстам ЮНСИТРАЛ в области обеспеченных сделок (см. рекомендацию 223 и главу X, пп. 80–82 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам и комментарий к статье 94 в Руководстве по вопросу о принятии Типового закона ЮНСИТРАЛ по обеспеченным сделкам (п. 500), который содержит перекрестную ссылку на рекомендацию 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам и рекомендацию 31 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по законодательству о несостоятельности.

[76] Обеспеченные кредиторы могут быть освобождены от обязанности предъявлять требования в ходе производства по делу о несостоятельности в соответствии с законодательством о несостоятельности, которое не включает обремененные активы в имущественную массу и позволяет обеспеченным кредиторам свободно реализовывать свои интересы в отношении обремененных активов. Такое исключение может применяться только в той степени, в которой требование обеспеченного кредитора будет удовлетворено за счет поступлений от продажи обремененного актива. Если стоимость обремененного актива меньше суммы требования обеспеченного кредитора, кредитору может быть предложено предъявить требование в отношении необеспеченной части в качестве обычного необеспеченного кредитора. Если поступления от продажи обремененного актива превышают сумму требования обеспеченного кредитора, то ожидается, что обеспеченный кредитор возвратит разницу в имущественную массу.

[77] «Обеспечительный интерес»: право в обремененных активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств (глоссарий, термин (pp)).

открыто производство по делу о несостоятельности[78]. Открытие производства по делу о несостоятельности не отменяет этих норм[79].

28. Помимо вопросов, упомянутых выше, lex fori concursus регулирует вопросы, касающиеся применения моратория на принудительные меры со стороны обеспеченных кредиторов; защиты обеспеченных кредиторов от уменьшения стоимости обремененных активов, если на них распространяется такой мораторий; применения положений о расторжении сделок к обеспечительным интересам; очередности обеспеченных требований; и режима обеспеченных кредиторов и обремененных активов в контексте финансирования после открытия производства. Таким образом, этот пункт тесно связан с другими пунктами перечня, включая: c) образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности; d) защита и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности; e) использование и реализация активов; n) режим требований; и o) очередность требований.

[29. Могут возникнуть трудности в связи с трансграничным признанием и обеспечением реализации последствий применения lex fori concursus в отношении обеспеченных кредиторов на основании соображений публичного порядка, повлиявших на разработку внутреннего режима обеспеченного кредитования, включая режим обеспеченных кредиторов в производстве по делам о несостоятельности. Государства могут опасаться того, что применение иностранного законодательства по этим вопросам может стать фактором нестабильности, который может привести к ограничению мер защиты и стоимости местных обеспечительных интересов, а также к росту внутренних затрат на финансирование. Перемены ЦОИ, если они в последнюю минуту приведут к непредвиденным радикальным изменениям в положении обеспеченного кредитора, могут усугубить такие опасения. Поэтому достаточные гарантии надлежащей защиты интересов обеспеченных кредиторов во внутренних производствах по делам о несостоятельности могут иметь важное значение для трансграничного признания и обеспечения реализации последствий применения lex fori concursus в отношении обеспеченных кредиторов. [См. главу III настоящего текста.]]

k) Права и обязанности должника

30. 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, в рамках каждого из этих режимов и в рамках конкретного дела о несостоятельности, а также условия преобразования одного режима в другой.

31. Этот пункт тесно связан с другими пунктами перечня в положении о lex fori concursus, в частности с пунктом (e), который касается использования или реализации активов имущественной массы в деле о несостоятельности и, в этой связи, также и определения «обычных коммерческих операций» и режима несанкционированных сделок.

32. В связи с этим пунктом положения lex fori concursus, не имеющие прямого отношения к вопросам несостоятельности, могут применяться, 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

[78] Такие нормы содержатся, например, в статьях 84–100 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (2016 год). Комментарий к нему можно найти в Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (2017 год).

[79] См. статью 94 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках и рекомендацию 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

допросов или опросов, а также на обыск и изъятие. В контексте трансграничной несостоятельности могут применяться Гаагская конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года и Гаагская конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 года.

l) Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

33. В соответствии с настоящими законодательными положениями lex fori concursus определяет случаи, когда необходимо назначать управляющего в деле о несостоятельности; 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 могут применяться положения lex fori concursus, не имеющие 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 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).

[34. В тех государствах, которые приняли соответствующие положения типовых законов 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)[80]. Управляющий сможет запрашивать помощь в соответствии с законодательством принимающего государства[81] и возбуждать производство по делу о несостоятельности, если соблюдены внутренние условия для возбуждения такого производства (статья 11 ТЗТН)[82]. 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). Тем не менее эти положения только наделяют управляющего в деле о несостоятельности процессуальной правоспособностью и не предоставляют ему конкретных полномочий или прав, а также не регулируют результаты действий, которые он решит предпринять[83]. Решение этих вопросов будет зависеть от иностранного законодательства и судов

[80] РПТ, пп. 108–111.

[81] См. статью 7 ТЗТН и статью 6 ТЗСРН; РПТ, п. 105, и РП, п. 70.

[82] РПТ, пп. 112–114.

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

(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 предоставлены различные виды помощи, причем не только те, которые доступны местному управляющему в деле о несостоятельности в соответствии с законодательством таких государств.

35. 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, которое может налагать 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 территории признающего государства и применения принудительных мер (например, для получения доказательств, получения доступа к бухгалтерским книгам или записям должника). Тем не менее в некоторых государствах lex fori concursus может рассматриваться как источник полномочий иностранного представителя, признаваемых, осуществляемых и реализуемых в соответствии с законодательством признающего государства, даже когда 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. Поэтому в таких государствах внутреннее законодательство фактически отсылает к lex fori concursus применительно к обязанностям и функциям управляющего в деле о несостоятельности при условии обеспечения обычных гарантий. [См. главу III.]]

m) Функции кредиторов и комитета кредиторов

36. 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.

37. Этот пункт тесно связан также с предыдущими двумя пунктами, касающимися прав и обязанностей должника и обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности[84]. Он также связан и с нижеследующим пунктом (режим требований)[85].

n) Режим требований

38. В соответствии с настоящими законодательными положениями lex fori concursus определяет: i) какие кредиторы обязаны представлять требования, виды требований, которые должны быть представлены, исключаемые

[84] 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.

[85] 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.

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 требований[86]; 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 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[87]. 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 и регулирует возможные обязательства в отношении таких требований.

39. В связи с режимом требований обеспеченных кредиторов также могут применяться положения lex fori concursus, не имеющие 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 Гаагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (от 5 октября 1961 года). Специальные правила могут применяться в отношении режима (иностранных) публичных требований и требований из арбитражных решений. В большинстве государств к режиму иностранных и невнутренних[88] арбитражных решений будет применяться Нью-Йоркская конвенция.

40. Данный пункт связан с пунктами, касающимися режима обеспеченных кредиторов и зачета, а также выполнения плана реорганизации[89]. В частности, перспективы трансграничного признания и обеспечения реализации последствий производства по делам о несостоятельности могут повлиять на режим требований конкретных групп кредиторов, например работников или обеспеченных кредиторов. [Могут возникнуть трудности в связи с признанием последствий применения lex fori concursus для режима требований в трансграничном контексте, особенно в отношении публичных требований[90].]

o) Очередность требований

41. В соответствии с настоящими законодательными положениями lex fori concursus определяет порядок очередности удовлетворения требований из имущественной массы, включая требования управляющего в деле о

[86] См. статьи 13 и 14 ТЗТН и сопроводительный комментарий в пп. 118–126 РПТ.

[87] См., например, статьи 28–32 ТЗНПГ и статью 36 новой редакции ЕРН.

[88] Термин «невнутренние» 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.

[89] В плане обычно рассматривается режим требований кредиторов, а также может указываться применимое право.

[90] См. статью 13(2) ТЗТН и сопроводительный комментарий. **A/CN.9/1133, п. 42(g), последнее предложение.**

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 нем оговариваются также правила установления функциональной эквивалентности между внутренними и иностранными требованиями и последствия невозможности установления такой эквивалентности[91]. 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 производств[92], 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. Несмотря на исключение из правила lex fori concursus применительно к трудовым договорам и трудовым отношениям, предусмотренное в настоящих законодательных положениях, lex fori concursus определяет очередность требований из трудовых отношений и регулирует возможные обязательства в отношении таких требований.

42. Положения lex fori concursus, 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 конвенций)[93], налоговое законодательство, законодательство об обеспеченных сделках и деликтное право. В отношении очередности (иностранных) публичных требований могут применяться специальные правила. Перспективы трансграничного признания и обеспечения реализации последствий производства по делам о несостоятельности могут повлиять на очередность требований конкретных групп кредиторов, например работников и обеспеченных кредиторов. [Могут возникнуть трудности в связи с признанием последствий применения lex fori concursus для очередности требований в трансграничном контексте, особенно публичных требований[94].]

p) Расходы и затраты, связанные с производством по делу о несостоятельности

43. 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, потребуется 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

[91] Как отмечается в Руководстве, применяемый критерий состоит в том, соответствуют ли друг другу внутренние и иностранные требования, учитывая их основное содержание и функции, в такой степени, что их можно рассматривать как «функционально взаимозаменяемые». Если ответ будет утвердительным, требования будут считаться эквивалентными и к ним будет применяться одинаковый режим в производстве по делу о несостоятельности. В случае, если эквивалентность не может быть установлена, требование обычно рассматривается как обычное требование. Критерии, обычно применяемые для оценки функциональной эквивалентности требований, включают источник обязательства, характеристику кредиторов и основополагающие интересы, обусловливающие применение преференциального режима к требованию. **A/CN.9/1133, п. 42(f).**

[92] См., например, статьи 28–32 ТЗНПГ и статью 36 новой редакции ЕРН.

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

[94] См. статью 13(2) ТЗТН и сопроводительный комментарий.

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.

44. Этот пункт связан с другими пунктами перечня в положении о lex fori concursus. 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

45. В соответствии с настоящими законодательными положениями lex fori concursus определяет правила в отношении распределения поступлений, которые могут различаться при ликвидации и реорганизации[95].

46. 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 lex fori concursus разрешает брать обязательства в отношении режима иностранных требований с целью избежать открытия параллельных производств[96], 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.

r) Закрытие производства

47. 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.

s) Освобождение от обязательств

48. 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 силу[97]; и iv) критерии для отказа в освобождении от обязательств и аннулирования освобождения от обязательств[98].

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

49. 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

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

[96] См., например, статьи 28–32 ТЗНПГ и статью 36 новой редакции ЕРН.

[97] 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.

[98] **Пункт 47 документа A/CN.9/WG.V/WP.187 был исключен. A/CN.9/1133, п. 42(i).**

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 ей.

50. В отличие от последствий производства по делу о несостоятельности для обязательств и ответственности директоров, которые возникают в ходе такого производства, которые охватываются пунктом (k) и которые всегда регулируются lex fori concursus, 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 к этим отношениям будет продолжать применяться lex societatis, невзирая на открытие производства по делу о несостоятельности. Пункт (t) призван охватить конкретные[99] основания, которые могут привести к возникновению ответственности директоров, и основания для действий в отношении директоров после открытия производства по делу о несостоятельности в соответствии с законодательством о несостоятельности. Во многих государствах 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.

51. Например, в некоторых государствах 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 государствах 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 директоры, входящие во вторую группу, были защищены от непредвиденной ответственности и обязательств, которые применялись бы в отношении директоров, входящих в первую группу, и ожидались 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 государстве, в котором 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.

52. Кроме того, если lex fori concursus придерживается широкого толкования понятия «директоры», как, например, это рекомендуется в части четвертой Руководства[100], 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

[99] **A/CN.9/1133, п. 42(j).**

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

дисквалификацию. Некоторые директоры (например, институциональные кредиторы) могут не подпадать под действие иностранного lex fori concursus.

B. Исключения из правила lex fori concursus

1. Трудовые договоры и трудовые отношения

14. На шестьдесят второй сессии Рабочей группы не было высказано никаких замечаний в отношении проекта законодательного положения, формулировка которого была согласована Рабочей группой на ее шестьдесят первой сессии[101], и сопроводительного комментария к нему. Секретариат доработал некоторые аспекты проекта комментария.

a) 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 отношениям.

b) 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, применимого к конкретному трудовому договору или конкретным трудовым отношениям; далее в тексте — «иностранный lex fori concursus»). То же самое относится к квалификации договора или отношений в качестве трудового договора или трудовых отношений и к действиям по расторжению сделок, связанных с трудовыми договорами (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

[101] A/CN.9/1126, п. 79.

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, включая положения международных договоров[102], могут обеспечивать защиту работников от несправедливого увольнения и дискриминации; предусматривать систему мер по финансовой безопасности для работников; устанавливать ограничения на расторжение или изменение трудовых договоров[103] 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. Согласовав исключение, Рабочая группа признала, что 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. Кроме того, если на рабочую силу должника распространяются различные режимы трудовых отношений, подход, использованный в законодательном положении, может помешать эффективному ведению производства по делу о несостоятельности и управлению им, поскольку возникнет необходимость оценить такие различные режимы. Это может происходить, например, если у должника есть работники в разных государствах, в которых к трудовым договорам или отношениям в обязательном порядке применяется местное трудовое законодательство. Такая необходимость может возникать также, 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

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

[103] См. рекомендацию 71 Руководства и сопроводительный комментарий.

с выбранным правом. Эти гарантии могут различаться в зависимости от государства (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.

6. Тем не менее без этого исключения последствия производства по делу о несостоятельности для режима трудовых договоров и трудовых отношений могут в конечном счете регулироваться законодательством государства, которое может не иметь никакой связи или иметь очень отдаленную связь с конкретными трудовыми договорами или трудовыми отношениями (например, законодательство государства ЦОИ за пределами места нахождения всех или большинства работников должника). Это потребовало бы согласования защиты, предоставляемой работникам согласно иностранному lex fori concursus, выбранному праву, где это применимо, и законодательству, которое в любом случае подлежит обязательному применению. Если будет предусмотрено определенное сочетание или иерархия применимых законов, то это может обеспечить еще одно решение, одновременно способствуя сохранению гибкости, однако в то же время такое решение может препятствовать эффективному ведению производства по делу о несостоятельности и управлению им, поскольку, как ожидается, суды будут сравнивать последствия применения различных режимов трудовых отношений. Хотя, как отмечалось в предыдущем пункте, аналогичный недостаток присущ также подходу, использованному в законодательном положении, в Рабочей группе возобладало мнение, что в целом этот подход является предпочтительным.

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.) (см. выше). Законодательство, подлежащее применению вместо законодательства, от применения которого было решено отказаться, будет определяться в соответствии с нормами внутреннего права.

2. Платежные, клиринговые или расчетные системы и регулируемые финансовые рынки и другие многосторонние торговые механизмы

15. Проекты законодательного положения и комментария были доработаны с учетом мнений, высказанных на шестьдесят второй сессии Рабочей группы[104], а также консультаций экспертов и анализа соответствующих документов. Узкая сфера применения этого исключения была сохранена, как было предложено на шестьдесят второй сессии Рабочей группы. Исключение касается платежных, клиринговых и расчетных систем, регулируемых финансовых рынков и других многосторонних торговых механизмов. Все они имеют следующие общие характеристики: они представляют собой многосторонние платформы, которые несколько сторон, не обязательно известных друг другу, используют для целей клиринга, расчетов или регистрации платежей, ценных бумаг, производных финансовых инструментов или других финансовых сделок. Такой многосторонний клиринг, расчеты или регистрация могут осуществляться с помощью различных методов, в том числе посредством двусторонних механизмов, в которых центральный контрагент выступает в рамках многосторонних сделок в качестве продавца по отношению к каждому покупателю и покупателя по отношению к каждому продавцу. Для удобства в настоящей записке они именуются «инфраструктурами финансового рынка» (ИФР).

[104] **A/CN.9/1133, пп. 43–46.**

16. Регулирование ИФР быстро развивается, в том числе под влиянием развития цифровых технологий. Предлагаемые изменения направлены на то, чтобы отразить статус действующего регулирования, сохранить технологическую нейтральность и следовать функциональному подходу. Технологическая нейтральность означает, что независимо от технологии, которую используют ИФР, на ИФР будет распространяться исключение, если будут соблюдаться критерии для применения к ним данного исключения. Функциональный подход предполагает сосредоточение внимания на цели исключения при толковании и применении исключения, которая заключается в защите публичных интересов, снижении системного риска и обеспечении защиты участников, целостности финансового рынка и финансовой стабильности.

17. Секретариат представляет пояснения терминов, использованных в этом исключении, в сопроводительном глоссарии. Намерение заключалось не в том, чтобы представить весь глоссарий терминов, имеющих отношение к исключению, а в том, чтобы представить только те термины, которые позволяют определить сферу действия исключения. В сопроводительный комментарий не были включены разъяснения этих терминов, поскольку они находятся в процессе эволюции. Были внесены самые последние изменения с целью охватить быстро развивающиеся виды практики ИФР, такие как использование технологий распределенного реестра (ТРР). Помимо новых элементов в давно существующих определениях появляются и новые термины.

18. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть связь предусматриваемого исключения для ИФР с возможным исключением из сферы применения законодательных положений (см. выше). Проект комментария, возможно, потребуется соответствующим образом расширить. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что вопросы, возникающие в связи с предложением, внесенным на шестьдесят второй сессии Рабочей группы с целью предусмотреть такое же исключение для механизмов ликвидационного неттинга, используемых в других случаях[105], рассматривается отдельно, в разделе 3 ниже, без ущерба для решения Рабочей группы относительно реализации этого предложения в том же или отдельном исключении.

a) Проект законодательного положения

Законодательство, регулирующее последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников, а также для расторжения сделок в рамках платежной, [клиринговой] или расчетной системы, регулируемого финансового рынка [или других многосторонних торговых механизмов]

Последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников платежной, [клиринговой] или расчетной системы, регулируемого финансового рынка [или других многосторонних торговых механизмов] регулируются законодательством, применимым к такой системе, рынку [или механизму]. Это законодательство регулирует также действия по отмене платежей или сделок, которые имели место в рамках этой системы, рынка [или механизма].

Глоссарий

Последствия производства по делу о несостоятельности	Эта формулировка взята из рекомендации 32 Руководства. В существующем тексте она применяется в широком смысле и не относится к процедурам несостоятельности какой-либо конкретной группы лиц (участников ИФР или иных лиц).
Права и обязанности	Они вытекают из правил, процедур и договоров, имеющих непосредственное отношение к функционированию ИФР (например, механизмы контроля рисков и сохранения ликвидности), независимо от того, является ли источник таких прав и

[105] **A/CN.9/1133, пп. 43–46.**

	обязанностей законодательным, нормативным или договорным. Они будут включать права и обязанности участников, возникающие в связи или связанные с неттингом расчетов и платежей, принятием и исполнением обязательств, завершением переводов, новацией, открытыми офертами или другими имеющими обязательную силу механизмами, посредством которых центральный контрагент (ЦКА) становится контрагентом по сделкам с участниками рынка, предоставлением обеспечения для покрытия текущих и возможных будущих рисков и предоставлением различных видов гарантий. Они могут также включать права и обязанности, возникающие в связи или связанные с договорами, имеющими непосредственное отношение к ИФР, которые заключаются между участниками или оператором системы или рынка и третьими сторонами, в частности в отношении неттинга, обеспечения исполнения соглашений об обеспечении, механизмов поддержки и гарантирования кредитов, а также режима оговорок ipso facto. Права и обязанности, вытекающие из договоров и других сделок, связанных с ИФР, но не имеющих прямого отношения к их функционированию, по-прежнему регулируются lex fori concursus. Например, для платежной системы, если Сторона A поручила своему Банку B перевести средства на счет Стороны C, открытый в Банке D, то исключение будет применяться только к правам и обязанностям, вытекающим из этого поручения о переводе средств между A и B, B и D, D и C, но не к правам и обязанностям, которые вытекают из основной сделки между A и C, являющейся причиной этого поручения о переводе средств, и на которые будет распространяться lex fori concursus.
Участники	Участниками являются лица, которые i) идентифицированы и признаны таковыми ИФР и ii) имеют право прямо или косвенно осуществлять переводы через эту ИФР. Традиционно в их число входят кредитные учреждения, инвестиционные компании, публичные органы, ЦКА, расчетно-клиринговые агенты и операторы ИФР. Совсем недавно их круг расширился, и теперь в их число входят другие лица, например косвенные участники, а в ИФР на основе ТРР — розничные инвесторы, которые могут взаимодействовать с ИФР напрямую, без посредников.
Платежная система	Набор инструментов, процедур и правил для перевода средств между участниками. Обычно такая система основана на соглашении между участниками и оператором, а перевод средств осуществляется с использованием согласованной операционной инфраструктуры. В узком смысле этот термин может относиться только к системам межбанковских переводов средств, в которых все или почти все участники являются кредитными учреждениями и которые облегчают обращение денег в стране или валютной зоне. В более широком смысле это может относиться к любым формальным механизмам для перевода средств, основанным либо на частном договоре, либо на законодательстве, с широким членским составом, общими правилами и стандартизированными процессами для передачи, клиринга, неттинга или урегулирования денежных обязательств, возникающих между его участниками. Платежные системы могут быть частью финансовых рынков или работать отдельно в соответствии со своей собственной структурой управления и операционными правилами.
Клиринговая система	Набор правил и процедур, определяющих окончательные позиции участников до их урегулирования в расчетной системе. Они могут быть частью расчетных систем или функционировать отдельно в соответствии со своей собственной структурой управления и операционными правилами.
Расчетная система	Набор инструментов, процедур и правил, которые позволяют переводить средства, активы или финансовые инструменты в соответствии с заранее определенными правилами. В расчетной системе переводы становятся окончательными (т. е. безотзывными и безусловными). Расчетные системы могут работать отдельно в соответствии со своей собственной структурой управления и операционными правилами, либо как часть ЦКА, либо как часть финансового рынка или центрального депозитария ценных бумаг.

Регулируемый финансовый рынок	Регулярно функционирующая многосторонняя торговая площадка, разрешенная компетентным органом, эксплуатируемая или управляемая оператором рынка, на которой несколько покупателей и продавцов участвуют в торговле интересами в финансовых инструментах (например, акциях, облигациях, производных финансовых инструментах, трастовых паях), допущенных к торговле на этом рынке по правилам этого рынка. Он функционирует в соответствии с конкретными законами и правилами и подлежит надзору или пруденциальному контролю со стороны компетентного органа. Прежде чем предоставить оператору рынка и рынку разрешение на функционирование в качестве регулируемого финансового рынка, такой орган должен убедиться в том, что оператор рынка и рынок соответствуют применимым требованиям. Примерами регулируемых финансовых рынков являются фондовые биржи, рынки облигаций и производных финансовых инструментов. В отличие от платежных, клиринговых и расчетных систем, каждая из которых может действовать отдельно или быть частью другой или же финансового рынка, регулируемый финансовый рынок представляет собой сложную интегрированную инфраструктуру для клиринга, расчетов и регистрации платежей, ценных бумаг, производных финансовых инструментов или других финансовых операций.
Многосторонние торговые механизмы	Электронные платформы, облегчающие торговлю различными видами финансовых инструментов. Они могут действовать как часть регулируемого финансового рынка или в дополнение к нему. Они могут быть регулируемыми или нерегулируемыми и действовать в соответствии с диспозитивными или недиспозитивными нормами. Механизмы, функционирующие на недиспозитивной основе, не могут по своему усмотрению определять порядок совершения сделок. Они соотносят поручения различных участников на основе заранее установленных норм. Механизмы, функционирующие на диспозитивной основе, могут по своему усмотрению определять порядок совершения сделок. Это позволяет им выступать в качестве контрагентов по сделкам, обеспечивая ликвидные средства и исполняя поручения клиентов. Многосторонние торговые механизмы могут специализироваться на торговле определенными видами финансовых инструментов (например, долевыми (акции, облигации) или недолевыми (квоты на выбросы) финансовыми инструментами).
Законодательство, применимое к платежной, клиринговой или расчетной системе, регулируемому финансовому рынку или многостороннему торговому механизму	Это законодательство государства, выбранное ИФР или, в противном случае, участниками. При отсутствии выбора обычно применяется законодательство местонахождения системы или рынка. Может применяться требование о выборе законодательства государства, в котором хотя бы один из участников имеет главную контору. ИФР часто определяют законодательство, которое будет применяться к каждому аспекту их операций, в правилах, регулирующих их деятельность. В соответствии с некоторыми применимыми законами они могут быть обязаны это сделать. В рамках стратегии снижения рисков от ИФР часто требуется также выявлять и анализировать потенциальные вопросы коллизионного права, которые могут возникнуть в результате их деятельности, а также разрабатывать правила и процедуры для смягчения таких рисков коллизии норм права. Выбор законодательства может подлежать проверке компетентным органом. Государства обычно не допускают договорного выбора законодательства, который может противоречить основам их публичного порядка.

b) Проект комментария

1. Системы, рынки и [механизмы] (и их различные сочетания), на которые распространяется исключение, представляют собой инфраструктуры финансовых рынков (ИФР), через которые могут взаимодействовать многочисленные стороны, покупающие и продающие торговые интересы в финансовых инструментах. В таких ИФР неспособность одного или нескольких участников действовать должным образом приведет к тому, что другие участники не смогут выполнить свои обязательства перед другими участниками и третьими лицами. Этот эффект «домино» часто называют системным риском.

2. Все ИФР сталкиваются с риском нарушения их операций. Нарушения могут быть вызваны внутренними факторами ИФР (например, операционными сбоями или недостатками или мошенничеством) и внешними факторами, такими как производство по делам о несостоятельности. Такие нарушения могут привести к потерям и проблемам с ликвидностью в ИФР, к неэффективности мер, которые ИФР принимают для снижения своих операционных рисков, а также к возникновению системных рисков. Целью исключения является сведение к минимуму нарушений в операциях ИФР, которые вызывает производство по делам о несостоятельности. Благодаря определению единого законодательства, которое будет регулировать последствия производства по делам о несостоятельности для ИФР (т. е. законодательства системы, рынка [или механизма]), исключение помогает сделать нарушения, вызываемые производством по делам о несостоятельности, более предсказуемыми и, следовательно, более управляемыми. Без этого исключения, с учетом большого числа участников ИФР и третьих сторон, чьи производства по делам о несостоятельности могут затронуть ИФР, применению могут подлежать многочисленные неустановленные, неопределенные и непредсказуемые lex fori concursus, что затруднит или даже сделает невозможным управление операционными рисками ИФР, усугубляя тем самым системные риски. В исключении не уточняется, чьи производства по делам о несостоятельности оно охватывает, что предполагает широкое толкование: охватывается любое производство по делам о несостоятельности, непосредственно влияющее на операции в рамках ИФР.

3. Исключение следует толковать узко: оно охватывает только права и обязанности участников, вытекающие из конкретных правил, процедур и договоров, которые регулируют или влияют на функционирование данных ИФР. В то же время исключение следует толковать и применять гибко для достижения предполагаемой цели исключения, которая заключается в защите публичных интересов, ограничении системного риска и обеспечении защиты инвесторов, целостности финансового рынка и финансовой стабильности. В отношении толкования и применения исключения применяются обычные принципы технологической нейтральности, функциональной эквивалентности и недискриминации, и поэтому предполагается, что исключение будет применяться ко всем ИФР, независимо от технологии, которую они используют в своих операциях, при условии, что ИФР отвечают критериям для применения данного исключения.

4. Исключение на основании публичного порядка позволит суду отменить применение иностранного законодательства, которое будет явно противоречить публичному порядку его государства. Ожидается, что внутреннее законодательство будет содержать нормы для определения того, какое другое законодательство вместо замененного будет подлежать применению, если будет использовано это исключение на основании публичного порядка.

3. Ликвидационный неттинг вне платежных и расчетных систем и регулируемых финансовых рынков

19. Рабочая группа отложила рассмотрение предложения о том, чтобы распространить как на двусторонние, так и на многосторонние договоры ликвидационного неттинга вне ИФР исключение из lex fori concursus, аналогичное тому, которое предусмотрено для ИФР, т. е. что законодательство, применимое в отношении договора ликвидационного неттинга будет регулировать последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей сторон такого договора. Примеры упомянутых в Рабочей группе ситуаций, когда возникнет необходимость в таком же исключении, но исключение для ИФР, установленное в разделе 2 выше, не будет применяться, включают оптовые энергетические договоры, товарные соглашения и торговлю нестандартными внебиржевыми (OTC) производными финансовыми инструментами, по которым не допускается клиринг и расчеты через ИФР.

20. Другое мнение, высказанное в Рабочей группе, заключалось в том, что последствия производства по делу о несостоятельности для ликвидационного неттинга в контексте двусторонней коммерческой сделки, в которой стороны известны друг другу, должны охватываться lex fori concursus (пункт (i), касающийся зачета, в перечне lex fori concursus), поскольку стороны будут в состоянии выявлять и снижать риски, возникающие в результате их коммерческой сделки. Не исключалось, что в ситуациях, когда стороны не были известны друг другу и когда возникают системные или другие подобные риски, возможно, потребуется применить такое же исключение. Тем не менее было предложено рассматривать этот вопрос отдельно от узкого исключения, предусмотренного в разделе 2 выше.

21. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить рассмотрение этого предложения, в частности необходимость дополнительного исключения из lex fori concursus для описанных выше ситуаций, не охватываемых исключением в разделе 2. При рассмотрении этих вопросов Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что договоры ликвидационного неттинга в торговых операциях отличаются от механизмов взаимозачета по расчетам или платежам, к которым в определенных отношениях применяется исключение, указанное в разделе 2 выше. В частности, применение исключения в разделе 2 выше к механизмам взаимозачета по расчетам или платежам продиктовано необходимостью защиты публичных интересов, ограничения системного риска и обеспечения защиты инвесторов, целостности финансового рынка и финансовой стабильности. Договоры ликвидационного неттинга в торговых операциях используются контрагентами в первую очередь как инструмент управления индивидуальными кредитными или коммерческими рисками. Их можно использовать в отношении всех взаимных договорных отношений, стоимость которых может быть выражена в виде денежной суммы. Тем не менее предлагается установить определенные ограничения на их использование (в отношении как правомочных сторон, так и охватываемых обязательств), учитывая, что ликвидационный неттинг приводит к применению особого режима в отношении стороны, не прекращающей исполнение обязательств, по сравнению с основными кредиторами в случае несостоятельности не исполняющей свои обязательства стороны[106]. Такие ограничения включают системный риск, договоры с отдельными отношениями (т. е. когда каждый договор влияет на другие)[107] и волатильность стоимости определенных сделок, что подвергает стороны значительным рыночным и кредитным рискам[108].

22. Подход функциональной эквивалентности и общий принцип, согласно которому законодательство не должно трактовать аналогичные ситуации по-разному без надлежащего обоснования, могут предполагать применение одного и того же исключения к правам и обязанностям участников систем и рынков, отличных от тех, на которые распространяется исключение, предусмотренное в разделе 2 выше, если такие участники сталкиваются с такими же рисками, поскольку их контрагенты многочисленны и неизвестны, и, как следствие, могут применяться непредсказуемые и различные lex fori concursus. В таких ситуациях не работают стратегии снижения коммерческих рисков, обычно используемые, когда контрагенты известны друг другу, будь то в двустороннем или многостороннем контексте (например, надлежащая осмотрительность, договорные условия). Возможно, необходимо также учитывать риски возможного

[106] См. Принципы применения положений о взаимозачете при неисполнении сделок УНИДРУА, 2013 год, принцип 4 и сопроводительный комментарий к нему.

[107] Эта особенность присуща соглашениям о свопе, репо, кредитовании ценными бумагами и договорам об обеспечении с передачей правового титула. Такие отношения могут быть установлены на договорной основе в других видах соглашений, чтобы охватывать множество сделок на коллективной основе, поскольку сторонам целесообразней отслеживать и контролировать свою взаимную подверженность рискам на основе общей оценки всех неисполненных сделок между ними.

[108] С этим часто сталкиваются трейдеры энергоресурсов, авиакомпании и аналогичные предприятия.

распространения финансовых трудностей, возникающих в этих других системах и рынках, на системы и рынки, на которые распространяется исключение, указанное в разделе 2 выше. В тех случаях, когда такие риски существуют и высоки, к таким другим системам и рынкам могут применяться те же соображения, связанные с защитой публичных интересов, инвесторов, целостности финансового рынка и финансовой стабильности, и, следовательно, меры сдерживания для снижения системных рисков.

23. Поскольку при обсуждении этого предложения в Рабочей группе была сделана конкретная ссылка на зачет (пункт (i) перечня lex fori concursus), необходимо пояснить, что в существующей редакции пункт (i) и сопроводительный комментарий к нему могут охватывать различные виды зачета в зависимости от lex fori concursus. Они могут включать зачет по нескольким договорам (т. е. по долгам, которые не обязательно являются взаимными или связанными), а также обязательств с наступившим и не наступившим сроком исполнения.

24. Если Рабочая группа решит предусмотреть исключение для договоров ликвидационного неттинга вне ИФР, она, возможно, пожелает определить его сферу действия, регулирующее законодательство и любые сопутствующие условия и гарантии. Поскольку такое исключение заменит стандартное правило, lex fori concursus, правилом автономии сторон, которое отсылает к законодательству, выбранному сторонами, могут потребоваться специальные правила, если стороны не указали применимое право или если их выбор необоснован. Такие соображения не могут возникнуть в отношении ИФР, где выбор законодательства регулируется или стандартизируется и в любом случае подлежит надзору, контролю или проверке со стороны компетентного органа. Проект законодательных положений и комментарии будут пересмотрены с учетом результатов обсуждений Рабочей группы по этому вопросу.

4. Текущее арбитражное разбирательство

a) Проект законодательного положения

25. На своей шестьдесят второй сессии Рабочая группа рассмотрела следующее исключение из lex fori concursus: «Последствия производства по делу о несостоятельности для текущего или предстоящего арбитражного разбирательства регулируются lex arbitri». Было предложено: a) уточнить, на какое арбитражное разбирательство делается ссылка (внутреннее или иностранное, или же на то и другое, проводимое за пределами государства открытия производства по делу о несостоятельности или на территории этого государства, или на оба вида); b) сузить сферу действия исключения; c) сделать ссылку только на арбитражные разбирательства, касающиеся имущественной массы; и d) уточнить значение термина «lex arbitri»[109].

26. С учетом этих замечаний исключение можно сформулировать следующим образом:

> «Последствия производства по делу о несостоятельности для [*любые ограничения сферы действия этого исключения, которые могут быть согласованы Рабочей группой*] текущего арбитражного разбирательства в отношении имущественной массы, управление которой осуществляется в рамках данного производства по делу о несостоятельности, регулируются lex arbitri».

27. С учетом нерешенных вопросов, связанных с этим исключением, как отмечается ниже, секретариат не мог подготовить сопроводительный комментарий. Насколько понимает секретариат, в законодательном положении не предполагается рассматривать только какой-либо определенный вид или место арбитража и что последствия различных сценариев можно рассмотреть в сопроводительном комментарии (в частности, что lex fori concursus и lex arbitri могут

[109] A/CN.9/1133, п. 49.

совпадать, что снимает многие опасения, высказанные в Рабочей группе в отношении предлагаемого дополнительного исключения из правила lex fori concursus для текущего арбитражного разбирательства). Тем не менее, если Рабочая группа решит, что данное исключение должно применяться только к иностранным арбитражным разбирательствам, проводимым за пределами государства, в котором было открыто производство по делу о несостоятельности, то этот момент можно было бы разъяснить в комментарии. Этот момент можно также разъяснить в самом проекте законодательного положения, добавив в начале или в конце этого положения слова «если иностранное арбитражное разбирательство проводится на территории иного государства, чем государство, в котором открыто производство по делу о несостоятельности».

28. Термин «lex arbitri» может быть сохранен в этом исключении, если для целей проекта этот термин будет определен как законодательство государства, в котором проводится арбитражное разбирательство. Это определение можно включить в раздел «Определения» выше. Возможно, было бы полезно разъяснить в этом определении или в сопроводительном комментарии, что такое законодательство будет охватывать не только арбитражное законодательство, но и законодательство о несостоятельности государства, в котором проводится арбитраж, и что ссылку на место арбитража следует понимать как ссылку на юридическое место арбитражного разбирательства, а не географическое физическое место или онлайн-место проведения разбирательства[110].

29. При дальнейшем рассмотрении этого вопроса Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что стороны могут договориться о месте арбитража. Если место арбитража не было согласовано сторонами, обычно арбитражный суд или арбитражное учреждение, управляющее арбитражным разбирательством, должны будут определить место арбитража в начале арбитражного разбирательства[111]. Место арбитража имеет большое практическое значение, поскольку оно обычно определяет применимое арбитражное законодательство, которое регулирует, среди прочего, назначение арбитров, отвод арбитров, порядок ведения арбитражного разбирательства и основания, на которых сторона может ходатайствовать о судебном пересмотре или отмене арбитражного решения[112]. Кроме того, на суды государства в месте арбитража возлагаются функции содействия арбитражу и надзору за ним[113].

30. Рабочая группа, возможно, пожелает также принять во внимание свои обсуждения факторов, влияющих на выбор места арбитража. Это могут быть правовые и другие факторы, относительная важность которых варьируется от случая к случаю. Среди наиболее важных правовых факторов можно назвать: i) приемлемость арбитражного законодательства в месте арбитража; ii) законодательство, судебные решения и практика в месте арбитража, касающиеся вмешательства суда в ход арбитражного разбирательства, масштабов судебного пересмотра или оснований для отмены арбитражного решения и любых квалификационных требований в отношении арбитров и представительства адвокатом; и iii) является ли государство, в котором проводится арбитражное разбирательство и в котором, соответственно, будет вынесено арбитражное решение, участником Нью-Йоркской конвенции или любого другого многостороннего или двустороннего

[110] Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («ТЗА») (статья 20), в Пояснительной записке к ТЗА (п. 14) («Пояснительная записка») и Комментариях ЮНСИТРАЛ по организации арбитражного разбирательства (2016 год) («Комментарии») (п. 31) разъясняется, что место арбитражного разбирательства не обязательно должно быть местом, в котором проводятся слушания или заседания, которые могут проводиться в ином месте, нежели место арбитражного разбирательства, или дистанционно, но также признается, что проведение всех слушаний вне места арбитражного разбирательства может создать трудности на этапе судебного пересмотра, отмены или приведения в исполнение арбитражного решения.

[111] Арбитражные регламенты некоторых учреждений определяют стандартное место арбитража, применимое, если стороны не выбрали место арбитража.

[112] См. п. 14 Пояснительной записки и п. 28 Комментариев.

[113] См. статьи 11, 13, 14, 16, 27 и 34 ТЗА и п. 14 Пояснительной записки.

договора о приведении в исполнение арбитражных решений. Если ожидается, что слушания будут также проводиться в месте арбитражного разбирательства, то при выборе места арбитража значение могут приобрести и другие факторы, в том числе: i) удобство этого места для сторон и арбитров, включая расстояние до такого места; ii) наличие и стоимость вспомогательных услуг; iii) местонахождение предмета спора и близость местонахождения доказательств; и iv) любые квалификационные ограничения в отношении представительства адвокатом[114].

b) Другие нерешенные вопросы

31. Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение относительно необходимости такого исключения. На шестьдесят второй сессии Рабочей группы по этому вопросу были высказаны различные мнения, в которых подтверждались позиции, выраженные на предыдущих сессиях Рабочей группы. Поднятые вопросы касались: i) определенности относительно последствий выбора сторонами арбитража в качестве механизма урегулирования своих споров, если одна из них становится несостоятельной; ii) последствий такого выбора для других сторон, заинтересованных в производстве по делу о несостоятельности, которые не участвовали в процессе такого выбора; iii) законных ожиданий того, что производство по делу о несостоятельности, в силу характера этого производства и необходимости обеспечить равный режим кредиторов, находящихся в аналогичном положении в ходе производства по делу о несостоятельности, будет препятствовать реализации такого выбора и что, согласно международным текстам о трансграничной несостоятельности, продвигаемым ЮНСИТРАЛ для обеспечения упорядоченного управления производством по делу о несостоятельности под контролем одного производства, следует ожидать, что lex fori concursus государства ЦОИ, скорее всего, будет этому препятствовать; и iv) правил в месте арбитража в отношении последствий производства по делу о несостоятельности для текущего арбитражные разбирательства, которые могут не иметь существенной связи со сторонами или их сделками, поскольку место арбитража часто выбирается из соображений удобства и благоприятных условий для проведения арбитражного разбирательства (см. п. 30 выше)[115].

32. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает согласовать сферу действия этого исключения, если оно будет предусмотрено. В Рабочей группе проведение арбитражного разбирательства упоминалось в качестве примера вопросов, на которые распространяется данное исключение. Хотя вопрос о законодательстве, которое будет регулировать введение моратория в отношении текущего арбитражного разбирательства после открытия производства по делу о несостоятельности, до сих пор находился в центре внимания при обсуждении этого исключения, были высказаны мнения, что не следует упускать из виду другие вопросы, например о законодательстве, которое будет регулировать последствия производства по делу о несостоятельности для способности должника принять участие в арбитражном разбирательстве.

33. Кроме того, на шестьдесят второй сессии Рабочей группы было подтверждено, что законодательство, которое будет регулировать последствия производства по делу о несостоятельности для текущих арбитражных разбирательств, следует рассматривать вместе с законодательством, которое будет регулировать последствия производства по делу о несостоятельности для текущих судебных разбирательств, и что определение различных законов, которые будут регулировать последствия производства по делу о несостоятельности для текущих судебных разбирательств и текущих арбитражных разбирательств, не является оправданным[116]. Было выражено сомнение в том, что последствия производства по делу о несостоятельности для текущих судебных разбирательств, например

[114] См. пп. 29 и 30 Комментариев.

[115] См. также п. 50 Пояснительной записки.

[116] См. статью 18 переработанного ОДП, которая охватывает оба аспекта.

мораторий, должны регулироваться законодательством места судебного разбирательства. В этой связи было указано, что мораторий уже включен в перечень lex fori concursus и что другими соответствующими пунктами этого перечня являются: h) режим договоров; k) права и обязанности должника; l) обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности; m) функции кредиторов и комитета кредиторов; n) режим требований; и o) расходы и затраты, связанные с производством по делу о несостоятельности[117].

34. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть нерешенные вопросы, связанные с данным исключением. Проекты законодательного положения и сопроводительного комментария к нему будут соответствующим образом (переработаны) разработаны. В комментарии можно отметить, что: i) не все государства предусматривают мораторий в отношении текущего арбитражного разбирательства, предусматривая вместо этого мораторий на исполнение арбитражных решений; ii) могут возникнуть практические трудности при обеспечении исполнения моратория в отношении текущего арбитражного разбирательства из-за относительной независимости иностранного арбитражного разбирательства от правовой системы государства, в котором проводится разбирательство[118]; iii)в некоторых государствах арбитражные решения, вынесенные в результате арбитражного разбирательства, которое продолжалось в нарушение моратория или других правил, установленных lex fori concursus (например, отстранение должника от управления предприятием, лишающее его способности представлять имущественную массу в арбитражном разбирательстве), не имеют юридической силы, тогда как в других государствах они могут быть признаны и приведены в исполнение; iv) в большинстве государств существуют ограниченные основания для отмены или отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения[119]; и v) необходимость в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может не возникнуть, например если арбитражное решение исполняется добровольно, что увеличивает риски исполнения арбитражного решения в пользу не того лица (например, отстраненного должника), что приводит к необходимости принятия последующих мер по отслеживанию и возмещению ущерба и поэтому противоречит цели эффективного и действенного производства по делу о несостоятельности.

Глава III. Применимое законодательство в процедурах трансграничного признания и исполнительного производства

35. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа согласилась с подходом к проекту, предложенным в пункте 2 документа A/CN.9/WG.V/WP.176, в частности сосредоточить внимание в первую очередь на lex fori concursus и исключениях из этого правила в контексте простого сценария — производства по делу о несостоятельности в отношении одного должника — и рассмотреть любые другие вопросы применимого законодательства в производстве по делам о несостоятельности (например, вопросы, возникающие в связи с трансграничным признанием и приведением в исполнение решений, принятых в рамках иностранных производств, и координацией параллельных производств по делам о несостоятельности в отношении одного и того же должника или разных членов одной и той же предпринимательской группы) на более поздних этапах[120].

[117] A/CN.9/1133, пп. 47–53.
[118] РПТ, п. 180.
[119] См. статью V Нью-Йоркской конвенции и статьи 34 и 36 ТЗА.
[120] A/CN.9/1088, п. 56.

36. На шестидесятой сессии Рабочей группы в целях обеспечения последовательного и всестороннего обсуждения было сочтено своевременным вынести на обсуждение вопросы трансграничной несостоятельности[121].

37. На шестьдесят первой сессии Рабочей группы в отношении трансграничного признания последствий применения lex fori concursus было высказано мнение, что было бы нецелесообразно устанавливать юридическую силу последствий применения lex fori concursus, в том числе в отношении моратория, экстерриториально на глобальном уровне. Было предложено предусмотреть исключение из правила lex fori concursus, в котором содержалась бы отсылка к праву признающего государства применительно к видам судебной помощи, предоставляемой иностранному производству. В ответ на это было указано, что в ряде положений типовых законов ЮНСИТРАЛ о несостоятельности внимание больше уделяется lex fori concursus основного производства по сравнению с lex fori concursus неосновного производства. Было высказано мнение, что в рамках текущего проекта следует стремиться разъяснить, дополнить и укрепить эту правовую основу, а не отходить от нее, например путем предоставления суду, рассматривающему ходатайство о признании, права ссылаться на lex fori concursus основного производства, как это уже сделали некоторые суды. Было отмечено, что в новой редакции ЕРН предусматривается экстерриториальное действие lex fori concursus основного производства, за исключением некоторых вопросов. С учетом того, что в типовых законах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимается попытка достичь таких же результатов, но другим способом, было сочтено необходимым найти решение, которое позволило бы учесть разные режимы признания[122].

38. На шестьдесят второй сессии в Рабочей группе прозвучали предложения переработать проект текста о применимом законодательстве в производстве по делам о несостоятельности, содержащийся в документе A/CN.9/WG.V/WP.187, таким образом, чтобы в нем также подробно рассматривался вопрос о законодательстве, регулирующем трансграничное признание на основе типовых законов ЮНСИТРАЛ в области несостоятельности[123]. Было отмечено, что для этого придется внести изменения по всему тексту проекта документа. Было конкретно предложено подумать о добавлении положения о применении исключения на основании публичного порядка в контексте трансграничного признания и дополнить его, как сделано в ТЗСРН, ссылкой на основополагающие принципы, касающиеся справедливых процессуальных требований[124].

39. Рабочая группа, возможно, пожелает принять решение и дать указания секретариату по вопросу о том, как следует разрабатывать законодательные положения и сопроводительные комментарии к ним. Например, следует ли предусмотреть в них признание экстерриториальных последствий lex fori concursus запрашивающего государства, в частности в отношении объема, а также изменения или прекращения моратория и приостановления (например, в соответствии со статьей 20(2) ТЗТН), другой судебной помощи, расторжения сделок, а также обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности, или же они должны разрешать принимающему суду признавать экстерриториальные последствия применения lex fori concursus запрашивающего государства по этим вопросам в каждом конкретном случае при определенных условиях (например, в соответствии со статьями 19 и 21 ТЗТН) или и то, и другое? Следует ли предусмотреть аналогичные меры в других контекстах (например, в соответствии со статьями 7 и 27 ТЗТН)? Какие другие гарантии будут применяться помимо исключения на основании публичного порядка, предложенного на шестьдесят второй сессии Рабочей группы (см. предыдущий пункт) (например, надлежащая защита кредиторов)?

---

[121] A/CN.9/1094, п. 99.
[122] A/CN.9/1126, п. 69–71.
[123] A/CN.9/1133, п. 27.
[124] Там же, п. 29(j).

40. Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить возможные различные подходы и сопутствующие условия и гарантии, например вопрос о том, будет ли такое признание предусматриваться только для основного иностранного производства[125] или, в соответствующих случаях и, возможно, при наличии дополнительных условий, также и для других производств (т. е. неосновного иностранного производства или производства в отношении местных активов)[126]. В свете обсуждений, состоявшихся на шестьдесят второй сессии[127], Рабочая группа, возможно, пожелает также обсудить вопрос о том, потребуются ли дополнительные гарантии, в частности для обеспеченных кредиторов, и если да, то могут ли они включать требование о том, чтобы принимающий суд удостоверился в том, что lex fori concursus: a) признает обеспечительный интерес, имеющий силу и подлежащий принудительной реализации в соответствии с другим законодательством, помимо законодательства о несостоятельности, в качестве имеющего силу и подлежащего принудительной реализации также и в ходе производства по делу о несостоятельности; b) предусматривает только краткосрочный мораторий в отношении обеспеченных кредиторов в ходе ликвидационного производства; c) предоставляет обеспеченному кредитору при обращении в суд право на защиту стоимости активов, в которых он имеет обеспечительный интерес (соответствующие меры защиты могут включать выплату денежных средств за счет имущественной массы и предоставление дополнительных обеспечительных интересов); и d) предусматривает освобождение от моратория по ходатайству обеспеченного кредитора перед судом на таких основаниях, как отсутствие потребности в обремененном активе для предполагаемой реорганизации или продажи предприятия должника или уменьшение стоимости обремененного актива в результате открытия производства по делу о несостоятельности, когда обеспеченный кредитор не защищен от такого уменьшения стоимости, или неутверждение плана реорганизации в какие-либо применимые сроки[128].

41. Виды обязательств, предусмотренных в ТЗНПГ и обсуждавшихся в связи с некоторыми пунктами приведенного выше перечня lex fori concursus, также могут иметь значение. В соответствии с ТЗНПГ, если такое обязательство дано и одобрено запрашивающим судом, затронутые требования будут рассматриваться в соответствии с режимом, который они получили бы в неоткрытом параллельном производстве. Принятие такого обязательства, например в отношении режима и очередности требований иностранных кредиторов во внутреннем производстве по делу о несостоятельности, может обеспечить принимающему государству гарантии того, что его местным кредиторам будет предоставлен такой же режим или режим, аналогичный тому, который они получили бы в ходе местного производства, что устраняет возможные проблемы с признанием и приведением в исполнение последствий lex fori concursus запрашивающего государства и позволяет избежать открытия параллельного производства в принимающем государстве с целью защиты местных интересов.

42. Признавая экстерриториальные последствия применения lex fori concursus, признающее государство может признать применение иного законодательства, чем законодательство запрашивающего государства, которое может быть применено запрашивающим судом. Как предусматривается в новых предлагаемых

---

[125] См. в этой связи подход, использованный в Протоколе по авиационному оборудованию, упомянутом в п. 7 выше, и п. 13 проекта комментария к пункту (d) по lex fori concursus.

[126] Например, в ТЗСРН не уделяется особого внимания основному иностранному производству и решениям, вынесенным в рамках такого производства. 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 принимающем ТЗСРН государстве. Также могут быть случаи, когда основное иностранное производство никогда не будет открыто. См. пример такого случая в ППТЮ 2064.

[127] A/CN.9/1133, пп. 37–41.

[128] См. рекомендации 4, 49–51 и 317–318 Руководства.

положениях главы II проекта текста, таким другим законодательством может быть lex rei sitae, законодательство государства, под контролем которого ведется реестр, или любое другое законодательство, имеющее большее отношение к рассматриваемому вопросу, чем законодательство запрашивающего государства. Такое другое законодательство может оказаться законодательством принимающего государства.

Глава IV. Применимое законодательство в параллельных производствах в отношении одного и того же должника или разных должников из одной и той же предпринимательской группы

43. Рабочая группа еще не обсуждала подходы к определению регулирующего законодательства или координации применения нескольких регулирующих законов в параллельных производствах в отношении одного должника или членов предпринимательской группы. Она, возможно, пожелает сделать это, принимая во внимание мнения, высказанные на ее предыдущих сессиях, в том числе следующее: a) проект не должен затрагивать эти вопросы в контексте несостоятельности предпринимательских групп[129]; b) не следует устанавливать жесткую иерархию между параллельными производствами, чтобы не ограничивать способность судов и управляющих в делах о несостоятельности осуществлять сотрудничество посредством реализации своего дискреционного права согласно соответствующим положениям о сотрудничестве и координации, а также по другим причинам (например, иностранное основное производство может быть не открыто)[130]; c) ТЗТН в своих положениях о судебной помощи[131], последствиях признания[132] и ограничениях в отношении местного производства после признания основного иностранного производства[133] отдает определенное преимущество основному иностранному производству[134]; и d) в контексте несостоятельности предпринимательских групп ТЗНПГ предусматривает признание планового производства с учетом исключений и мер защиты, таких как выполнение обязательств в отношении режима иностранных требований[135]. Среди других вопросов, предложенных для обсуждения, были указаны режим не соответствующих друг другу судебных решений и режим судебных решений, вынесенных в рамках параллельного производства, а также вопросы, связанные с объединенными активами и контролем, в контексте предпринимательской группы. Статьи 29 и 30 ТЗТН также рассматривались как поднимающие актуальные вопросы определения применимого права или координации применения нескольких регулирующих законов в параллельных разбирательствах.

---

[129] A/CN.9/1133, п. 28.
[130] A/CN.9/1126, п. 56.
[131] См., например, статьи 19.4, 21.3, 23.2, 29(c) и 30 ТЗТН.
[132] Статья 20 ТЗТН.
[133] Статья 28 ТЗТН.
[134] См., например, пп. 1, 21, 31, 44, 132–133, 144, 175, 193 и 202 РПТ.
[135] A/CN.9/1094, п. 97.