



Генеральная Ассамблея

Distr.: Limited
 19 February 2024
 Russian
 Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
 по праву международной торговли**
**Рабочая группа V (Законодательство
 о несостоятельности)**
Шестьдесят четвертая сессия
 Нью-Йорк, 13–17 мая 2024 года

Применимое законодательство в производстве по делам о несостоятельности

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	3
II. Проект законодательных положений с сопроводительным комментарием	4
Глава I. Общие положения	4
A. Цель и задачи	4
B. Сфера применения законодательных положений	6
C. Определения	11
D. Примат международных обязательств	15
E. Толкование	15
Глава II. Законодательство, регулирующее открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, а также его последствия	15
A. Основное законодательство: <i>lex fori concursus</i>	16
B. Исключения из правила <i>lex fori concursus</i>	34
1. Трудовые договоры и трудовые отношения	34
2. Платежные, клиринговые или расчетные системы, регулируемые финансовыми рынками и другие многосторонние торговые механизмы	37



3. Ликвидационный неттинг вне платежных, клиринговых и расчетных систем и регулируемых финансовых рынков или других многосторонних торговых механизмов	41
4. Текущее арбитражное разбирательство	44
С. Исключение на основании публичного порядка	45
Глава III. Признание действия <i>lex fori concursus</i> и иного законодательства, примененного иностранным судом.	46

I. Введение

1. Общая информация о проекте в области применимого законодательства в производстве по делам о несостоятельности, работу над которым Комиссия поручила Рабочей группе на своей пятьдесят четвертой сессии в 2021 году¹, приводится в предварительной повестке дня шестьдесят четвертой сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.V/WP.191). В ней отмечено, что на шестьдесят третьей сессии (Вена, 11–15 декабря 2023 года) Рабочая группа рассмотрела проект законодательных положений и сопроводительные комментарии, изложенные в документе A/CN.9/WG.V/WP.190, и решила внести изменения в некоторые части этого текста, согласившись с необходимостью дальнейшего рассмотрения других частей текста. В нем также отмечено, что Рабочая группа просила секретариат подготовить проект исключения из *lex fori concursus* в отношении ликвидационного неттинга за пределами платежных, клиринговых и расчетных систем, а также проект положений о трансграничном признании последствий применения *lex fori concursus* для включения в главу III².

2. Подготовленный секретариатом пересмотренный вариант законодательных положений и комментария представлен в главе II настоящей записки. Перед проектом каждого положения приведена информация о том, на каком этапе находится работа над текстом и какие дополнительные вопросы секретариат рекомендует рассмотреть Рабочей группе. В сопроводительных сносках к проектам законодательных положений и комментария, выделенных жирным шрифтом, указан источник последних изменений. Остальные сопроводительные сноски предполагается оставить в окончательном тексте, насколько это будет уместно в зависимости от его окончательной формы.

3. Помимо изменений, особо оговоренных в сопроводительных сносках, Секретариат в соответствии с договоренностью, достигнутой на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы³, заменил по всему тексту формулировку «законодательство, не имеющее прямого отношения к вопросам несостоятельности» на «иное законодательство помимо законодательства о несостоятельности, которое может подлежать применению как часть *lex fori concursus*». Поскольку Рабочая группа решила сосредоточить внимание на вопросах, затронутых в главах I–III проекта текста, а вопросы, связанные с несостоятельностью предпринимательских групп и параллельными производствами, рассматривать по ходу дела⁴, в настоящей редакции этим вопросам не посвящено отдельной главы.

4. На шестьдесят третьей сессии было вновь отмечено, что Рабочая группа еще не договорилась об окончательной форме текста по этой теме⁵. Было также отмечено, что на одной из предыдущих сессий Рабочая группа решила исходить из рабочего предположения, что текст будет оформлен в виде типового закона⁶. В качестве временного решения секретариат продолжает использовать формулировку «законодательные положения» при том понимании, что она будет со временем заменена формулировкой, соответствующей согласованной форме документа. В зависимости от окончательной формы текста и его связи с другими текстами ЮНСИТРАЛ по вопросам законодательства о несостоятельности в него может потребоваться внести и другие изменения.

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

² A/CN.9/1163, глава V.

³ Там же, п. 61, подп. (а).

⁴ Там же, п. 81.

⁵ Там же, п. 41.

⁶ A/CN.9/1126, п. 80.

II. Проект законодательных положений с сопроводительным комментарием

Глава I. Общие положения

A. Цель и задачи

5. Ниже воспроизведен текст проекта преамбулы в редакции, пересмотренной Рабочей группой на шестьдесят третьей сессии⁷. В сопроводительный комментарий внесены соответствующие изменения, а также другие поправки, предложенные Рабочей группой⁸.

1. Проект законодательного положения

Преамбула

Цель настоящих законодательных положений состоит в том, чтобы установить ясные руководящие правила для определения законодательства, регулирующего открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, а также их последствия, в том числе в рамках процедур признания и предоставления судебной помощи и в рамках производства в отношении предпринимательских групп, с тем чтобы обеспечить достижение ключевых целей эффективного и действенного производства по делу о несостоятельности, включая правовую определенность и предсказуемость.

2. Проект комментария

1. Законодательные положения содержат простые и ясные руководящие нормы, которые государства могут включить во внутреннее законодательство с целью определения права, регулирующего открытие, ведение, закрытие производства по делу о несостоятельности, управление им и его последствия как во внутригосударственном, так и в трансграничном контексте (например, в рамках процедур признания и предоставления судебной помощи) в отношении индивидуального должника⁹ или нескольких должников, входящих в предпринимательскую группу¹⁰. В законодательстве некоторых государств эти вопросы могут быть не урегулированы, а в законодательстве других — урегулированы лишь частично, в результате чего судам приходится определять регулирующее законодательство в каждом конкретном случае.

2. В тех же государствах, в которых урегулированы вопросы, рассматриваемые в законодательных положениях, обычно считается, что процессуальные

⁷ A/CN.9/1163, п. 42.

⁸ Там же, пп. 44–47.

⁹ «Должник» — лицо, в отношении которого открыто или возбуждено производство по делу о несостоятельности (определение этого термина взято из глоссария, содержащегося в части пятой Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности («Руководство»), термин (g)).

¹⁰ «Предпринимательская группа» — два или несколько предприятий, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности. «Предприятие» — любой субъект, независимо от его юридической формы, который занимается экономической деятельностью и на который может распространяться действие законодательства о несостоятельности. См. определения терминов (a) и (b) в глоссарии в части третьей Руководства; пункты (a) и (b) статьи 2 Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп (ТЗНПГ).

аспекты производства по делу о несостоятельности, такие как открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, регулируются правом места открытия производства (*lex fori concursus*). Тем не менее там предусмотрены исключения из правила *lex fori concursus* применительно к законодательству, регулирующему последствия производства по делу о несостоятельности в отношении некоторых видов активов (например, недвижимое имущество), прав (например, вещные права) или требований (например, права на зачет), и учитываются различные связующие факторы для определения альтернативного законодательства.

3. Законодательство и практика в области признания силы *lex fori concursus* в трансграничном контексте также не отличаются единообразием. В Типовом законе ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности¹¹ (ТЗТН, 1997 год), Типовом законе ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности¹² (ТЗСРН, 2018 год), и Типовом законе ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп¹³ (ТЗНПГ, 2019 год) эти вопросы рассматриваются лишь частично или косвенно.

4. Основная цель законодательных положений заключается в том, чтобы ликвидировать эти пробелы: а) путем установления 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, за некоторыми исключениями; б) уточнения смысла и сферы действия соответствующего законодательства; в) установления ограниченного числа исключений из этого правила; г) четкого определения сферы применения каждого исключения и указания на то, когда каждое из них применяется; е) обеспечения возможности предоставлять судебную помощь иностранному производству в виде признания действия *lex fori concursus* и другого законодательства, примененного иностранным судом в рамках этого производства; ф) совершенствования мер, призванных свести к минимуму случаи возбуждения параллельных производств, а в случае возбуждения таковых — обеспечить координацию судебной помощи, предоставляемой на основании законодательных положений.

5. Таким образом, законодательные положения дополняют и развивают предыдущие тексты ЮНСИТРАЛ на тему законодательства о несостоятельности, повышая определенность и предсказуемость для сторон, затронутых производством по делу о несостоятельности, а также эффективность и результативность такого производства. При этом в них на сбалансированной основе учтены такие конкурирующие соображения, как преимущества применения *lex fori concursus* ко всем вопросам, возникающим в ходе производства по делу о несостоятельности, с одной стороны, и необходимость обеспечить предсказуемость в плане защиты прав работников, вытекающих из трудовых договоров и трудовых отношений, а также финансовую стабильность и защиту инфраструктур финансового рынка от системных рисков.

6. Законодательные положения не устанавливают правил определения законодательства, применимого к действительности и юридической силе прав и требований, существовавших до открытия производства по делу о несостоятельности. Это законодательство по-прежнему определяется

¹¹ Издание Организации Объединенных Наций, доступно по адресу https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency.

¹² Издание Организации Объединенных Наций, eISBN: 978-92-1-047844-1. Доступно по адресу <https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/mlj>.

¹³ Издание Организации Объединенных Наций, e-ISBN 978-92-1-005301-3. Доступно по адресу <https://uncitral.un.org/en/MLEGI>.

общеприменимыми нормами международного частного права (коллизийными нормами) (далее именуемыми «нормами МЧП») государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности. Законодательные положения не заменяют эти нормы.

В. Сфера применения законодательных положений

6. Проект законодательного положения и сопроводительного комментария был доработан с учетом замечаний, высказанных на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы¹⁴. На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа не рассмотрела предложение о разработке дополнительного законодательного положения на основе формулировки пункта 2 проекта комментария¹⁵, но, возможно, пожелает обсудить его на шестьдесят четвертой сессии.

1. Проект законодательного положения

Сфера применения

1. Законодательные положения предусматривают правила 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 процедур признания и предоставления судебной помощи и в рамках производства в отношении предпринимательских групп.

2. Законодательные положения не заменяют собой общие нормы международного частного права государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, согласно которым определяется законодательство, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существовавших до открытия производства по делу о несостоятельности¹⁶.

[3. Законодательные положения не применяются к *[указать любое исключение из сферы применения законодательных положений, например производство по делу о несостоятельности финансовых и других организаций, для которых установлен специальный режим несостоятельности]*¹⁷.

2. Проект комментария

Общие соображения

1. Сфера применения законодательных положений связана с понятиями «производство по делу о несостоятельности»¹⁸ и «открытие производства по делу о несостоятельности»¹⁹. В текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности приводится сводный перечень необходимых требований, которым должно

¹⁴ A/CN.9/1163, п. 48–49.

¹⁵ Там же, п. 49.

¹⁶ Там же, п. 48.

¹⁷ Там же.

¹⁸ См. определения терминов (s) и (u) в глоссарии во вводной части Руководства; оба определения следует рассматривать в совокупности и с учетом разъяснений, данных в п. 2 части первой Руководства, пп. 22, 48 и 49 Руководства по принятию ТЗСРН (РП) и пп. 48–51 и 65–80 Руководства по принятию и толкованию ТЗТН (РПТ).

¹⁹ 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» (определение термина (h) в глоссарии во вводной части Руководства).

отвечать производство, чтобы считаться «производством по делу о несостоятельности»: а) коллективное производство (судебное или административное)²⁰; б) производство проводится в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности (включая законодательство, регулирующее деятельность компаний)²¹; в) под контролем или надзором суда (в том числе при сохранении владения за должником)²²; д) в отношении должника (физического или юридического лица), находящегося в тяжелом финансовом положении или являющегося несостоятельным²³; е) с целью ликвидации или реорганизации этого должника как коммерческого субъекта²⁴.

2. «Производство по делу о несостоятельности» охватывает а) «ликвидацию», определяемую как производство для продажи и реализации активов с целью распределения среди кредиторов в соответствии с законодательством о несостоятельности²⁵; б) «реорганизацию», определяемую как процедура, 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 единицы²⁶; в) «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 судом²⁷; д) упрощенное производство по делу о несостоятельности²⁸; е) временное производство, реструктуризацию, процедуру продажи предприятия, подготовленную на этапе дружественного урегулирования и впоследствии одобренную судом на этапе реорганизации или ликвидации²⁹, и любое другое производство, которое суд может установить в каждом конкретном случае как отвечающее изложенному выше сводному перечню необходимых требований³⁰.

²⁰ РПТ, пп. 69–72.

²¹ РПТ, пп. 73.

²² Рекомендации 112 и 113 Руководства и пп. 71, 74–76 и 86 РПТ.

²³ РПТ, пп. 1, 48, 49, 65 и 67, отсылающие к рекомендациям 15 и 16 Руководства, в которых изложены стандартные критерии 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 подает (кредиторы подают) 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.

²⁴ РПТ, пп. 77–78.

²⁵ Определение термина (w) в глоссарии во вводной части Руководства.

²⁶ Определение термина (kk) в глоссарии во вводной части Руководства.

²⁷ См. текст о целях законодательных положений перед рекомендацией 160 Руководства, и п. 75 РПТ.

²⁸ Руководство, часть пятая.

²⁹ [A/CN.9/1163](#), п. 49.

³⁰ 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.

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 кредиторов³¹. Исключается также судебное или административное производство в отношении платежеспособного субъекта, который стремится не реорганизовать свою финансовую деятельность, а скорее упразднить свой правовой статус³². Меры финансовой корректировки или соглашения, заключенные между должником и некоторыми из его кредиторов на чисто договорной основе в отношении некоторых долгов, если переговоры не приводят к открытию производства по делу о несостоятельности, проводимого в соответствии с законодательством о несостоятельности, также не подпадают под действие законодательных положений³³. Кроме того, исключается также производство, направленное единственно 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 кредиторам³⁴.

Пункт 1

4. Законодательные положения устанавливают правила определения законодательства, регулирующего: а) аспекты производства по делу о несостоятельности, которые связаны с юрисдикцией, а также квалификационными и процессуальными требованиями; б) последствия производства по делу о несостоятельности для прав и требований, существовавших до открытия производства (т. е. какой режим будет применяться в рамках производства по делу о несостоятельности к каждому такому праву и требованию); в) права, требования, действия и споры после открытия производства.

5. Под действие подпункта (а) выше подпадают такие вопросы, касающиеся открытия, ведения и закрытия производства по делам о несостоятельности и управления им, как применимые стандарты 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; процедуры закрытия производства по делу о несостоятельности.

6. Под действие подпункта (б) выше подпадают такие вопросы, как относительный статус требований по отношению друг к другу (т. е. очередность и приоритеты); расторжение сделок; 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, мораторий³⁵ или субординация).

³¹ РПТ, п. 69.

³² РП, п. 22; и РПТ, пп. 48 и 73.

³³ РПТ, п. 78.

³⁴ РПТ, п. 77.

³⁵ «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,

7. Под действие подпункта (с) выше подпадают 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 указано в пункте 2, законодательные положения не заменяют собой нормы МЧП государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, согласно которым определяется законодательство, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существовавших до открытия производства по делу о несостоятельности. Для определения этого законодательства суд, осуществляющий контроль 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 несостоятельности³⁶ («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. Тем не менее производство по делу о несостоятельности влечет за собой последствия для прав и требований, существовавших до открытия производства (примеры таких последствий см. в п. 6 выше)³⁷. Эти последствия регулируются правом, определенным в соответствии с законодательными положениями, в результате чего общеприменимые нормы МЧП к этим вопросам не применяются.

9. Законодательные положения не устанавливают правил определения местонахождения активов. Эти правила являются частью общеприменимых норм МЧП и содержатся в других международных документах³⁸.

10. Законодательные положения также не устанавливают правил подсудности. Хотя определение подсудности имеет отношение к вопросам, регулируемым законодательными положениями, особенно в трансграничном контексте, правила подсудности рассматриваются в других текстах³⁹. Например, в Руководстве рекомендовано указать в законодательстве о несостоятельности, какие должники имеют достаточную связь с государством, чтобы на них

прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к активам или правам, входящим в имущественную массу (определение термина (гг) в глоссарии во вводной части Руководства). Это охватывает право возбуждать арбитражное разбирательство и приводить в исполнение арбитражное решение.

³⁶ Доступно по адресу https://uncitral.un.org/ru/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law.

³⁷ Последствия производства по делу о несостоятельности для прав и требований, существовавших до открытия производства, признаются, например, в следующих текстах ЮНСИТРАЛ и других международных документах: рекомендации 3 и 88 Руководства; рекомендации 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам и комментарии к статье 94 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках; а также в статье 14.2 Конвенции УНИДРУА о материально-правовых нормах, касающихся опосредованно удерживаемых ценных бумаг.

³⁸ Например, ст. 90 и 91 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках.

³⁹ Например, п. (g) ст. 14 ТЗСРН и пп. 110–115 РП.

распространялось действие его законодательства о несостоятельности, и особо оговорить, что основанием для применения законодательства о несостоятельности к должнику является наличие у него центра основных интересов (ЦОИ)⁴⁰ либо предприятия⁴¹ в этом государстве⁴².

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

*Пункт 3*⁴³

12. Законодательные положения сформулированы таким образом, чтобы их можно было применять к любому производству по делу о несостоятельности, отвечающему требованиям, перечисленным в пункте 1 комментария выше, однако в пункте 3 предусмотрено, что из сферы применения законодательных положений могут делаться исключения. Данный пункт добавлен исходя из того, что государства с большой вероятностью пожелают исключить из сферы применения законодательных положений дела о несостоятельности финансовых и других учреждений (например, публично-правовые компании). В силу применения особого режима, для определения законодательства, регулирующего порядок производства по делу о несостоятельности в отношении таких учреждений и его последствия, в том числе в трансграничном контексте и в рамках предпринимательской группы, могут применяться особые правила⁴⁴.

13. Однако такая ситуация будет возникать далеко не всегда, особенно в свете предусмотренных исключений из сферы применения *lex fori concursus*. С учетом того, что государства могут пожелать сохранить возможность применять одни и те же правила ко всем производствам по делу о несостоятельности независимо от того, в каком секторе и в отношении какого субъекта оно открыто, пункт 3 заключен в квадратные скобки. Такое оформление также указывает на то, что добавлять чрезмерное число исключений из сферы применения законодательных положений не рекомендуется, т. к. это может повлечь за собой непредвиденные и нежелательные последствия. Для большей прозрачности государствам, желающим исключить определенные категории дел из сферы применения законодательных положений, рекомендуется четко указать их в тексте данного положения.

⁴⁰ Объяснение значения этого термина см. в пп. 144–149 РПТ.

⁴¹ Любое место операций, в котором должник осуществляет не носящую временного характера экономическую деятельность, охватывающую людей и товары или услуги (см. п. (f) ст. 2 ТЗТН).

⁴² 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.

⁴³ На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа решила привести формулировку пункта 3 в соответствие с формулировкой пункта 2 статьи 1 ТЗТН. Проект комментария составлен с учетом этого решения (A/CN.9/1163, п. 48, подп. (с)).

⁴⁴ Секретариат ЮНСИТРАЛ следит за работой, проводимой в рамках рабочей группы УНИДРУА по несостоятельности банковских учреждений, которая пока не занималась данными вопросами. Если они будут рассмотрены в окончательном тексте, подготовленном по итогам проекта, то в этом месте на него можно будет добавить ссылку.

С. Определения

7. На шестьдесят третьей сессии Рабочей группы было предложено: а) исключить определение термина *lex fori concursus*⁴⁵, б) добавить определения таких терминов, как «вещные права» (*in rem*) и при необходимости *lex loci arbitri* (законодательство места арбитражного разбирательства или места нахождения арбитражного учреждения) и *lex arbitri* (законодательство, применимое к арбитражному разбирательству), а также определения некоторых других терминов, неоднократно встречающихся в тексте документа⁴⁶, с) использовать проект комментария для разработки более развернутых определений. В соответствии с решением, принятым на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы, секретариат внес необходимые изменения, добавив определения новых терминов и сохранив все определения в квадратных скобках для дальнейшего рассмотрения Группой⁴⁷.

8. Секретариат не стал составлять проект комментария к некоторым из вновь добавленных определений, пока Рабочая группа не примет окончательного решения относительно содержания положений, к которым относятся соответствующие термины, в частности решение о том, нужно ли исключать текущие арбитражные разбирательства из сферы применения *lex fori concursus* и если да, то в каком объеме. Определение термина «вещные права» и текст сопроводительного комментария основаны на материалах, представленных Рабочей группе на предыдущих сессиях⁴⁸.

9. Секретариат не стал добавлять в раздел с определениями некоторые другие специфические термины, встречающиеся в тексте, например «договор ликвидационного неттинга» и термины, относящиеся к инфраструктурам финансового рынка (ИФР), сочтя, что относящиеся к ним определения или пояснения лучше добавить в те части текста, в которых они встречаются (см. соответствующие разделы ниже). Так, возможно, следует поступить и с другими терминами, используемыми в специфических контекстах, например в контексте расторжения сделок, зачета требований и трансграничной несостоятельности.

1. Проект законодательного положения

[Определения

Для целей настоящих законодательных положений:

- а) «*lex arbitri*» означает законодательство государства, регулирующее арбитражное соглашение;
- б) «*lex fori concursus*» означает законодательство государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности;
- с) «*lex loci arbitri*» означает законодательство, регулирующее арбитражный процесс в государстве, в котором происходит арбитражное разбирательство;
- д) «*lex rei sitae*» означает законодательство государства, в котором находятся активы;
- е) «*lex societatis*» означает законодательство государства, регулирующее создание, функционирование и ликвидацию коммерческих предприятий, а также вопросы их внутреннего управления;

⁴⁵ A/CN.9/1163, п. 50.

⁴⁶ Там же.

⁴⁷ Там же., п. 53.

⁴⁸ См. A/CN.9/WG.V/WP.179, пп. 31–32.

f) «вещные права» в широком смысле означают права на конкретное имущество, которые могут быть осуществлены также в отношении третьих сторон.]

2. Проект комментария

[Lex arbitri и lex loci arbitri]

[Будет подготовлен в зависимости от решения Рабочей группы относительно исключения текущих арбитражных разбирательств из сферы применения lex fori concursus]

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 иное законодательство этого государства, которое имеет отношение к делу и может подлежать применению в рамках конкретного производства как часть lex fori concursus. Какое законодательство, помимо законодательства о несостоятельности, имеет отношение к делу, будет определяться отдельно в каждом конкретном случае, однако обычно сюда относится, например: а) законодательство, регулирующее обязанности и ответственность директоров в период, приближающийся к несостоятельности, в контексте производства по делу о несостоятельности; б) законодательство, регулирующее процедуры реструктуризации долга в рамках производства до наступления несостоятельности; в) законодательство об обеспеченных сделках, которое, помимо других вопросов, имеющих отношение к несостоятельности, может касаться режима финансирования до открытия производства в случае последующей несостоятельности; г) семейное право, которое может касаться режима активов, находящихся в совместной собственности, в рамках производства по делу о несостоятельности индивидуальных предпринимателей; д) иное законодательство, устанавливающее особый режим для определенных категорий активов, например объектов культурного наследия⁴⁹, при несостоятельности; е) трудовое законодательство, которое касается прав работников, режима и очередности трудовых требований и рассмотрения вопроса об увольнении в случае несостоятельности; ж) налоговое законодательство и законодательство о социальном обеспечении, регулирующие режим и очередность публичной задолженности; з) 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 текстах⁵⁰. 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

⁴⁹ A/CN.9/1163, п. 54.

⁵⁰ См., например, ссылки на «внутреннее право» в статьях 5, 6 и 11 Гагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям.

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)⁵¹. 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.

3. Упоминания о *lex fori concursus* встречаются по всему тексту законодательных положений, поскольку согласно им *lex fori concursus* является основным законодательством, регулирующим открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, а также их последствия (см. [ссылка на соответствующие положения будет добавлена на более позднем этапе] ниже). Из сферы применения *lex fori concursus* предусмотрено лишь ограниченное число исключений, ясно оговоренных в тексте законодательных положений в соответствии с рекомендациями Руководства (рекомендация 34). *Lex fori concursus* может применяться автоматически, если только в рамках конкретного дела применению не будет подлежать законодательство другого государства (например, *lex rei sitae*, *lex societatis*), отсылки к которому содержатся в настоящих законодательных положениях (например, вследствие применения исключения на основании публичного порядка)⁵².

Lex rei sitae

4. «*Lex rei sitae*» определяется как законодательство государства, в котором находятся активы. [Когда речь идет об активах, подлежащих регистрации, например о судах или самолетах, под «*lex rei sitae*» следует понимать законодательство государства, под контролем которого ведется реестр, в котором зарегистрированы активы, т. е. под нормативное регулирование которого подпадает деятельность органа, ведущего реестр, а если деятельность такого органа не подлежит регулированию, то законодательство государства местонахождения реестра (*lex libri siti*).]⁵³

5. Упоминания о «*lex rei sitae*» встречаются по всему тексту законодательных положений и сопроводительных комментариев, когда речь идет о [возможном] исключении определенных видов имущества, например недвижимого имущества, и вещных прав, например обеспечительных прав, из сферы применения *lex fori concursus*. (Определение термина «вещные права» см. в пункте (f), а относящийся к нему сопроводительный комментарий — ниже.)

Lex societatis

6. «*Lex societatis*» — это законодательство государства, 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

⁵¹ См., например, пункт 2 статьи 13 ТЗТН и сноску (b) к нему, а также пп. 119–120 РПТ.

⁵² На шестьдесят третьей сессии Рабочей группы было высказано мнение, что в случае неприменимости *lex rei sitae* и *lex societatis* применению подлежит не *lex causae*, а *lex fori concursus* (A/CN.9/1163, п. 53).

⁵³ Часть формулировки в квадратных скобках добавлена в преддверии обсуждения данного вопроса Рабочей группой. Рабочая группа не рассматривала ее на шестьдесят третьей сессии. См. A/CN.9/WG.V/WP.190, п. 6.

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). *Lex societatis* обычно содержится в законодательстве о компаниях, корпорациях, хозяйственных товариществах и обществах.

7. 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 «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)⁵⁴, они не имеют прямого отношения к настоящим 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.

Вещные права

8. Термин «вещные права» используется для обозначения прав, которые могут быть осуществлены в отношении любого лица в отличие от прав, которые можно осуществить лишь в отношении конкретного лица («*in personam*»). Понятие вещных прав тесно связано с понятием «обеспеченных требований», обозначающим любые требования, выполнение которых гарантировано конкретными активами. В зависимости от классификации и терминологии, предусмотренной применимым законодательством, то или иное право может подпадать под оба понятия. Для обозначения тех же понятий в разных государствах может использоваться иная терминология.

9. Хотя квалификация права в качестве вещного права оставлена на усмотрение национального законодательства, в некоторых текстах приводится иллюстративный перечень вещных прав, включающий, в частности, а) право реализовывать активы или распоряжаться об их реализации и получать выгоду от поступлений или доходов от этих активов, в частности, на основании права удержания или ипотеки; б) исключительное право на удовлетворение требования, в частности право, гарантированное залогом в отношении требования или уступкой требования в качестве гарантии; в) право требовать взыскания активов или требовать реституции от любого лица, которое владеет ими или использует их вопреки желанию стороны, имеющей на это право; г) вещное право на доходное использование активов; д) право, зарегистрированное в государственном реестре и подлежащее принудительному исполнению в отношении третьих сторон, на

⁵⁴ См., например, РПТ, пп. 145–147.

основании которого может быть получено вещное право кредиторов или третьих сторон⁵⁵.

D. Примат международных обязательств

10. На шестьдесят третьей сессии Рабочей группы не было высказано никаких замечаний по поводу предложенного секретариатом подхода к разработке проекта соответствующего положения⁵⁶. Секретариат подготовит проект положения в соответствии с предложенным подходом, как только будет принято решение о форме документа и подтверждена необходимость во включении в него соответствующего положения.

E. Толкование

11. На шестьдесят третьей сессии Рабочей группы не было высказано никаких замечаний по поводу предложенного секретариатом подхода к разработке проекта соответствующего положения⁵⁷. Секретариат подготовит проект положения в соответствии с предложенным подходом, как только будет принято решение о форме документа и подтверждена необходимость во включении в него соответствующего положения. На этом же этапе секретариат может также добавить стандартные правила толкования, обычно включаемые в тексты ЮНСИТРАЛ, например, что использование союза «или» не предполагает исключения других вариантов; использование единственного числа не исключает множественного; использование слов «включает», «включая», «такой как» и «например» не указывают на исчерпывающий характер перечисления; слово «может» указывает на разрешение, а слова «должен» и «следует» — на предписание; под «лицами» подразумеваются как физические, так и юридические лица.

Глава II. Законодательство, регулирующее открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, а также его последствия⁵⁸

12. С учетом того, что на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы неоднократно поднимался вопрос о сфере применения главы II⁵⁹, секретариат внес изменения в ее заголовок. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о добавлении следующего вводного примечания в начало главы.

[В главе II изложены правила определения законодательства, регулирующего открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности и управление им, а также их последствия. Она предназначена для применения к любым видам производства по делу о несостоятельности, в которых присутствует иностранный элемент. Иностранный элемент может состоять в том, что

⁵⁵ См., например, статью 8 Регламента (ЕС) Европейского парламента и Совета 2015/848 от 20 мая 2015 года о процедурах несостоятельности (новая редакция) («новая редакция ЕРН»).

⁵⁶ См. [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), п. 7.

⁵⁷ См. [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), п. 7.

⁵⁸ [A/CN.9/1163](#), п. 59.

⁵⁹ Там же, пп. 59–60.

активы должника, кредиторы или другие заинтересованные стороны⁶⁰ находятся в разных государствах. Производство может быть основным, т. е. открытым в государстве, в котором находится ЦОИ должника, неосновным, т. е. открытым независимо от основного производства в государстве, в котором находится коммерческое предприятие должника, либо иным, т. е. открытым в государстве, в котором у должника есть активы. Наличие иностранного элемента может внести неопределенность в вопрос о том, каким законодательством должен регулироваться порядок производства по делу о несостоятельности и его последствия. Положения главы II имеют целью устранить или по меньшей мере снизить неопределенность в данном вопросе.

Эту главу дополняет глава III, в которой рассмотрены механизмы, позволяющие добиться признания за рубежом действия законодательства, определенного в государстве открытия производства по делу о несостоятельности в качестве законодательства, регулирующего открытие, ведение и закрытие производства по делу о несостоятельности, управление им и его последствия. Таким законодательством может быть *lex fori concursus* либо иное законодательство, определенное с учетом исключений из сферы применения *lex fori concursus*, предусмотренных в настоящей главе.]

A. Основное законодательство: *lex fori concursus*

13. Проект законодательного положения и сопроводительного комментария был переработан с учетом замечаний, высказанных на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы⁶¹. В частности, пункт 2 проекта законодательного положения переформулирован таким образом, чтобы лучше отразить его исключительный характер и узкую сферу применения, по аналогии со статьями 28–32 ТЗНПГ⁶². В соответствии с договоренностью, достигнутой в рамках Рабочей группы⁶³, секретариат по решению Группы⁶⁴ исключил примерный перечень, расположенный после пункта 2 проекта законодательного положения в редакции документа [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), сохранив для дальнейшего рассмотрения пункт (а), предусматривающий исключение в отношении законодательства, регулирующего расторжение сделок, и пункт (е), предусматривающий исключение в отношении законодательства, устанавливающего порядок зачета требований. Секретариат не стал составлять комментарий к этим дополнительным пунктам, пока Рабочая группа не решит, стоит ли сохранить эти пункты в тексте и если да, то в каком месте и в какой формулировке. Рабочая группа, возможно, помнит, что на ее шестьдесят третьей сессии было отмечено, что предложенное исключение договоров ликвидационного неттинга из сферы применения *lex fori concursus* (см. соответствующий раздел ниже) взаимосвязано с пунктом (i) перечня *lex fori concursus*⁶⁵. С учетом этого замечания исключение в отношении

⁶⁰ «Заинтересованные стороны» — любая сторона, права, обязательства или интересы которой затрагиваются производством по делу о несостоятельности или конкретными вопросами в рамках производства по делу о несостоятельности, включая должника, управляющего в деле о несостоятельности, кредитора, держателя обыкновенных акций, комитет кредиторов, правительственный орган или любое другое лицо, затронутое таким образом. Не предполагается, что лица, имеющие отдаленные или неопределенные интересы, затрагиваемые производством по делу о несостоятельности, будут считаться заинтересованной стороной (см. определение термина (dd) в глоссарии во вводной части Руководства).

⁶¹ [A/CN.9/1163](#), пп. 61–69.

⁶² Там же, п. 68.

⁶³ Там же, п. 74.

⁶⁴ Там же, п. 69.

⁶⁵ Там же, п. 72.

договоров ликвидационного неттинга планируется согласовать с исключением, касающимся порядка зачета требований, о котором говорится в пункте (е) удаленного перечня, если этот пункт будет решено сохранить.

14. Как, возможно, помнит Рабочая группа, рассмотрение остальных пунктов удаленного перечня (пункты (b), (c) и (d), касающиеся недвижимого имущества, вещных прав и активов, подлежащих обязательной регистрации) было решено отложить до проведения неофициальных межсессионных консультаций. Эти пункты было намечено рассмотреть в ходе консультаций вместе со внесенным на сессии предложением о том, что после открытия производства по делу о несостоятельности в отношении должника на обеспеченных кредиторов должно распространяться действие законодательства о несостоятельности *lex rei sitae*⁶⁶. На шестьдесят четвертой сессии Рабочей группы будет представлен устный доклад об итогах консультаций.

15. Из проекта комментария, содержащегося в данном разделе, были исключены отдельные части, в которых говорится о трудностях с трансграничным признанием и обеспечением реализации последствий применения *lex fori concursus*, поскольку они больше относятся к вопросам, рассматриваемым в главе III⁶⁷. Их содержание можно при необходимости отразить в комментарии к этой главе. Рабочая группа решила отложить рассмотрение остальных предложений по проекту комментария, отметив их связь с другими частями текста⁶⁸. Вопросы, которых касаются эти предложения, рассматриваются в соответствующих разделах текста. На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа не поддержала высказанное на одной из ее предыдущих сессий предложение⁶⁹ о том, что в рамках проекта следует рассмотреть специфические вопросы, связанные с несостоятельностью физических лиц.

1. Проект законодательного положения

Lex fori concursus как основное законодательство, регулирующее все аспекты открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им, а также их последствия

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) защиту и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности, включая введение моратория и, если это применимо, его объем, продолжительность, изменение и прекращение;

⁶⁶ Там же, пп. 66, 67 и 74.

⁶⁷ Там же, п. 63 и раздел 10.

⁶⁸ Там же, п. 61.

⁶⁹ A/CN.9/1126, п. 72.

- e) использование и реализацию 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;]⁷⁰
- k) права и обязательства должника;
- l) обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности;
- m) функции кредиторов и комитета кредиторов;
- n) режим требований;
- o) очередность требований;
- p) расходы и затраты, связанные с производством по делу о несостоятельности;
- q) распределение поступлений;
- г) закрытие производства;
- s) освобождение от ответственности; и
- t) соответствующие действия (являющиеся следствием производства по делу о несостоятельности или существенно связанные с ним).

[2. Для того чтобы свести к минимуму случаи открытия иностранного производства в отношении одного и того же должника или предпринимательской группы и обеспечить возможность принимать к рассмотрению в рамках внутреннего производства по делу о несостоятельности требования, которые в противном случае могут быть заявлены кредитором в рамках иностранного производства по делу о несостоятельности, суд может принять решение о применении законодательства другого государства, с тем чтобы на такие требования распространялся такой же правовой режим, какой бы применялся к ним в рамках иностранного производства по делу о несостоятельности, если бы оно было открыто.]⁷¹

[3. Невзирая на подпункт (g) пункта 1 настоящего законодательного положения, если контрагент по сделке, подлежащей расторжению, предоставит доказательства того, что законодательство государства, применимое к этой сделке, не позволяет расторгнуть сделку в соответствующем случае, то это другое законодательство [может подлежать] [должно подлежать] [подлежит] применению, 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.]⁷²

⁷⁰ Секретариат сохранил этот подпункт и относящийся к нему сопроводительный комментарий в квадратных скобках, учитывая, что данный вопрос пока не решен Рабочей группой. См. пп. 65–67 документа A/CN.9/1163 и п. 14 вышеприведенных примечаний секретариата.

⁷¹ На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа договорилась, что данный пункт нужно переработать на основе статей 28–32 ТЗНПГ, чтобы лучше отразить его исключительный характер и узкую сферу применения (A/CN.9/1163, п. 68).

⁷² См. п. 13 примечаний секретариата выше.

[4. Невзирая на подпункт (i) пункта 1 настоящего законодательного положения, если законодательство, применимое к требованию должника, наделяет кредиторов правом требовать зачета своих требований в счет требований должника, то это законодательство [может подлежать] [должно подлежать] [подлежит] применению, 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.]⁷³

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.

2. Законодательные положения делают *lex fori concursus* применимым ко всем аспектам открытия, ведения и закрытия производства по делу о несостоятельности и управления им. Эти аспекты охватывают а) процессуальные вопросы (такие как вручение уведомлений, созыв собраний, установление кворума, определение правил голосования или установление сроков для предъявления требований)⁷⁴; б) все права, обязанности и требования, возникающие после открытия производства по делу о несостоятельности, т. е. те, которые вытекают из производства по делу о несостоятельности, например требования к управляющему в деле о несостоятельности или в отношении финансирования после открытия производства, реализации имущественной массы или распределения поступлений.

3. Законодательные положения распространяют действие *lex fori concursus* также на последствия производства по делу о несостоятельности, в том числе на последствия для прав, требований и обязательств, 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 (рек. 184 Руководства). Оно может также запрещать принудительное исполнение некоторых договорных положений (например, оговорок *ipso facto* (рек. 70)) и предоставлять управляющим в делах о несостоятельности определенную свободу действий в отношении режима контрактов, включая их уступку, несмотря на ограничения, содержащиеся в контракте (рек. 83 Руководства), и использование и реализацию активов,

⁷³ Там же.

⁷⁴ 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.

включая их продажу свободно от обременений и иных интересов (рекомендации 52–62 Руководства).

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

4. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* регулирует вопросы, касающиеся круга лиц, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности, 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 (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.

б) 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; 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).

в) Образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности

6. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет, какие активы должника⁷⁵ должны быть включены в имущественную массу⁷⁶ в деле о несостоятельности, и время образования этой массы. Оно регулирует также режим активов после открытия производства (например, активы, приобретенные после открытия производства по делу о

⁷⁵ В широком смысле, имущество, права и интересы должника, включая права и интересы в имуществе, будь то находящемся или не находящемся во владении должника, материальном или нематериальном, движимом или недвижимом, включая интересы должника в обремененных активах или в активах, принадлежащих третьим сторонам (см. определение термина (b) в глоссарии во вводной части Руководства).

⁷⁶ Согласно определению, данному в Руководстве, под имущественной массой понимаются активы должника, которые могут являться предметом производства по делу о несостоятельности (см. определение термина (t) в глоссарии во вводной части Руководства).

несостоятельности, и активы, возвращаемые в результате расторжения сделок или каких-либо иных действий).

7. Помимо законодательства о несостоятельности применению в контексте этого пункта может подлежать и иное законодательство, являющееся частью *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, а в случае открытия параллельных производств — в рамках какого из производств 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 должником⁷⁷). 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.

e) Использование или реализация активов

10. 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; iv) такие понятия, как «обычные коммерческие операции», «лица, связанные с должником» и т. д.

⁷⁷ Согласно определению, данному в Руководстве, под должником, сохраняющим владение, понимается должник при реорганизационном производстве, который сохраняет полный контроль над коммерческим предприятием, в результате чего суд не назначает управляющего в деле о несостоятельности (см. определение термина (I) в глоссарии во вводной части Руководства).

11. Помимо законодательства о несостоятельности применению в контексте данного пункта могут подлежать и положения иного законодательства, являющегося частью *lex fori concursus*, например i) положения семейного права, которые могут регулировать порядок использования и реализации активов, находящихся в совместном владении должника (индивидуальный предприниматель) и членов его семьи; ii) законодательство, запрещающее или ограничивающее иностранное владение в определенных секторах экономики, которое будет определять, разрешается ли отчуждать активы в пользу иностранных граждан и если да, то при каких условиях; iii) законодательство об обеспеченных сделках, которое может определять порядок использования и реализации обремененных активов и методы их продажи; iv) природоохранное и иное законодательство, которое может определять условия отказа от активов (например, экологически опасных активов или активов, опасных для здоровья и безопасности населения), а также лиц, которые могут быть вправе претендовать на активы, ставшие предметом отказа; v) законодательство об охране культурного наследия, которое может требовать применения особого режима к активам, подлежащим особой защите согласно такому законодательству⁷⁸.

f) Предложение, принятие, утверждение и осуществление плана реорганизации

12. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет: характер и форму плана реорганизации; 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.

13. Помимо законодательства о несостоятельности применению может подлежать и иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, например в отношении таких вопросов, как i) конверсия задолженности в акции; ii) увольнения, изменение коллективных договоров и участие работников и профсоюзов в производстве по делу о несостоятельности; iii) иностранные инвестиции и валютный контроль; iv) защита конфиденциальной или коммерческой информации⁷⁹.

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

14. 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; 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

⁷⁸ A/CN.9/1163, п. 54.

⁷⁹ 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.

распространяются положения о расторжении в подобных случаях. В контексте производства по делу о несостоятельности под «расторжением сделок» понимаются действия, совершаемые в соответствии с положениями законодательства о несостоятельности и позволяющие аннулировать сделки, связанные с передачей активов или принятием обязательств до открытия производства по делу о несостоятельности, или иным образом лишить их силы и вернуть любые такие переданные активы или их стоимость в общих интересах кредиторов (определение термина (с) в глоссарии и определение термина (а) в разделе втором части пятой Руководства).

15. В соответствии с настоящими законодательными положениями расторжение сделок в некоторых случаях исключается из сферы применения *lex fori concursus*. Так, законодательные положения исключают из сферы применения *lex fori concursus* вопросы отмены платежей и транзакций, совершенных в рамках платежной, клиринговой или расчетной системы, на регулируемом финансовом рынке или в рамках других многосторонних торговых механизмов. Расторжение сделок в таких случаях регулируется законодательством, применимым к данной системе или рынку. [Аналогичное исключение предусмотрено и для договоров ликвидационного неттинга: расторжение сделок в таких случаях регулируется законодательством, применимым к соответствующему договору.] В отношении же расторжения трудовых договоров и трудовых отношений подобного исключения не предусмотрено, хотя большинство других аспектов таких договоров и отношений (например, прекращение, возобновление) подпадает под действие законодательства, применимого к соответствующему договору или отношениям. Под сферу регулирования *lex fori concursus* тем не менее подпадают такие вопросы из сферы трудовых договоров и отношений, как отмена необоснованных пакетов вознаграждения, согласованных в рамках изменения трудовых договоров до открытия производства по делу о несостоятельности.

[В зависимости от решения Рабочей группы насчет пункта 3 проекта законодательного положения данную часть комментария может потребоваться доработать.]

Рабочая группа, возможно, помнит, что она решила отложить рассмотрение предложения о добавлении в данный пункт упоминания о цифровых активах и электронных ценных бумагах⁸⁰.]

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

16. 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, 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

⁸⁰ A/CN.9/1163, п. 61.

несостоятельности; iv) исключения из полномочий управляющего в деле о несостоятельности, указанных в пунктах (ii) и (iii) выше; v) режим договоров, заключенных после открытия производства; [vi) режим арбитражных соглашений⁸¹].

17. Помимо законодательства о несостоятельности, отношение к таким вопросам, как определение категорий договоров, исчисление размера ущерба и режим правительственных договоров [и арбитражных соглашений], может иметь и иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, в частности международные договоры, имеющие обязательную силу для государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности. [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)⁸² («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)⁸³.]

18. В соответствии с настоящими законодательными положениями определенные виды договоров (например, в платежной, клиринговой и расчетной системе или на финансовом рынке) и большинство аспектов трудовых договоров (например, прекращение или возобновление) подпадают под исключение из сферы применения *lex fori concursus*.

i) Порядок зачета

19. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет, разрешается ли зачет⁸⁴ 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 или связанных с ними обязательств⁸⁵ (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

⁸¹ В Рабочей группе не было высказано никаких замечаний по данному подпункту. Тем не менее некоторые эксперты выразили сомнения насчет упоминания об арбитражных соглашениях в данном пункте перечня и относительно того, как оно будет сочетаться с предложением исключить текущие арбитражные разбирательства из сферы применения *lex fori concursus*. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, нужно ли оставить этот подпункт в данном примерном перечне. В ожидании соответствующего подтверждения секретариат заключил данный подпункт перечня и относящуюся к нему часть следующего пункта в квадратные скобки.

⁸² United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3. United Nations, *Treaty Series*, vol. 330, No. 4739, p. 3. См. также https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards.

⁸³ См. сноску 81.

⁸⁴ Согласно определению, данному в Руководстве, «ситуация, когда требование в отношении определенной денежной суммы, причитающейся определенному лицу, применяется для удовлетворения или сокращения требования другой стороны в отношении определенной денежной суммы, причитающейся с этого первого лица» (см. определение термина (qq) в глоссарии во вводной части к Руководству).

⁸⁵ A/CN.9/1163, п. 62.

несостоятельности; iv) какой режим применяется к кредиторам, предъявляющим подлежащие зачету требования (например, являются ли они обеспеченными кредиторами или нет). *Lex fori concursus* регулирует также порядок зачета требований, возникающих после открытия производства по делу о несостоятельности.

20. 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, существовавших на момент открытия производства по делу о несостоятельности]⁸⁶.

21. 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, клиринговой или расчетной системе, на регулируемом финансовом рынке или в рамках других многосторонних торговых механизмов. 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 соответствующим системам и рынкам.

[Эту часть, возможно, потребуется доработать по итогам обсуждения Рабочей группой пункта 4 проекта законодательного положения и предложения об исключении из сферы применения lex fori concursus договоров ликвидационного неттинга за пределами платежных, клиринговых и расчетных систем, регулируемых финансовых рынков и многосторонних торговых механизмов. К договорам ликвидационного неттинга могут относиться и соглашения о зачете требований, упомянутые в данном пункте перечня, приведенного в положении о lex fori concursus. См. соответствующий раздел ниже.]

[j) Режим обеспеченных кредиторов

22. В соответствии с законодательными положениями режим обеспеченных кредиторов в производстве по делам о несостоятельности регулируется *lex fori concursus*⁸⁷. В контексте производства по делу о несостоятельности под «обеспеченным кредитором» понимается кредитор, обладающий обеспеченным требованием, т. е. требованием, которое подкреплено обеспечительным интересом (право в обремененных активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств], принятым в качестве гарантии долга, подлежащего принудительному взысканию в случае неисполнения со стороны должника (определения терминов (nn), (oo) и (pp) глоссария). Использование слова «режим» в этом пункте призвано показать, что *lex fori concursus*

⁸⁶ Часть комментария в квадратных скобках может потребоваться доработать по итогам обсуждения пункта 4 проекта законодательного положения Рабочей группой. См. A/CN.9/1163, п. 74.

⁸⁷ Это соответствует текстам ЮНСИТРАЛ в области обеспеченных сделок (см. рекомендацию 223 и пп. 80–82 главы X 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 ссылку на рекомендацию 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам и рекомендацию 31 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по законодательству о несостоятельности.

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 несостоятельности⁸⁸. Этот пункт не охватывает право, в соответствии с которым определяется действительность и юридическая сила обеспечительных интересов⁸⁹, возникших до открытия производства по делу о несостоятельности, которые по-прежнему будут определяться общеприменимыми нормами МЧП государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности⁹⁰. Открытие производства по делу о несостоятельности не отменяет этих норм⁹¹.

23. 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: с) образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности; d) защиту и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности; e) использование и реализацию активов; n) режим требований и o) очередность требований⁹²].

к) Права и обязанности должника

24. Как отмечено 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ «Обеспечительный интерес»: право в обремененных активах, обеспечивающее платеж или иное исполнение одного или нескольких обязательств (см. определение термина (pp) в глоссарии во вводной части Руководства).

⁹⁰ 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).

⁹¹ См. статью 94 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках и рекомендацию 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

⁹² Как отмечено в пункте 14 примечаний секретариата выше, секретариат сохранил пункт (j) и относящийся к нему сопроводительный комментарий в квадратных скобках, учитывая, что данный вопрос еще не решен Рабочей группой. См. A/CN.9/1163, пп. 65–67.

25. Этот пункт тесно связан с некоторыми другими пунктами перечня, приведенного 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 этом контексте с определением «обычных коммерческих операций» и режимом несанкционированных сделок.

26. Помимо законодательства о несостоятельности в данном контексте может применяться и иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, особенно если должником является физическое лицо. В таком случае применению как часть *lex fori concursus* могут подлежать договоры по правам человека, имеющие обязательную силу для государства открытия производства по делу о несостоятельности, положения которых могут регулировать степень ограничений, которые могут быть наложены на свободу передвижения должника, раскрытие личной переписки должника и иные аспекты защиты персональных данных. Может также существовать тесная взаимосвязь между законодательством о несостоятельности и гражданско-процессуальным и уголовно-процессуальным законодательством, например в отношении ордеров на раскрытие информации, проведение допросов или опросов, а также на обыск и арест имущества должника. К действиям по отношению или со стороны должника в трансграничном контексте могут применяться международные договоры, являющиеся частью *lex fori concursus*, в частности договоры о взаимной правовой помощи, Гаагская конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года (Гаагская конвенция о вручении документов), Гаагская конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам от 18 марта 1970 года (Гаагская конвенция о доказательствах), а также другие международные договоры, имеющие обязательную силу для государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности.

1) Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности

27. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет случаи, когда необходимо назначать управляющего в деле о несостоятельности⁹³; 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.

28. 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 ТЗГН) 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

⁹³ В глоссарии во вводной части Руководства данное понятие определено как лицо или учреждение, в том числе назначенное на временной основе, которое уполномочено управлять реорганизацией или ликвидацией имущественной массы в рамках производства по делу о несостоятельности (см. определение термина (v)). В зависимости от контекста термин «управляющий в деле о несостоятельности» может означать также «независимого специалиста» — физическое или юридическое лицо соответствующей квалификации, независимое от должника, кредиторов и других заинтересованных сторон, назначаемое компетентным органом для выполнения одной или нескольких задач, связанных с упрощенным производством по делу о несостоятельности, при условии прохождения надлежащей проверки на предмет соответствия этическим, профессиональным и другим требованиям и отсутствия коллизии интересов (см. Руководство, часть пятая, раздел второй, п. 25, подп. (d)).

непосредственные сношения с иностранными судами и представителями (статья 26 ТЗТН) и брать на себя обязательства в отношении режима требований, которые в противном случае могут быть заявлены кредиторами в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве (см. статьи 28–32 ТЗНПГ).

29. Помимо законодательства о несостоятельности применению может подлежать и иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, например если на управляющего в деле о несостоятельности распространяются определенные профессиональные стандарты и правила (например, для бухгалтеров, юристов и т. д.). Порядок исполнения управляющим в деле о несостоятельности своих полномочий за рубежом может также регулироваться международными договорами, являющимися частью *lex fori concursus*, в частности договорами о взаимной правовой помощи, Гаагской конвенцией о вручении документов, Гаагской конвенцией о доказательствах и другими международными документами, имеющими обязательную силу для государства открытия производства.

m) Функции кредиторов и комитета кредиторов

30. *Lex fori concursus* регулирует механизмы и уровень участия кредиторов в производстве по делу о несостоятельности, в частности целесообразность и сроки созыва собрания кредиторов или создания комитета кредиторов, а также функции этих органов по надзору за производством по делу о несостоятельности; критерии включения кредиторов в состав этих органов; круг вопросов, подлежащих одобрению кредиторами; минимальные требования к одобрению решений и механизмы получения одобрения и проверки факта получения одобрения. В контексте производства по делу о несостоятельности под кредиторами понимается физическое или юридическое лицо, обладающее требованием к должнику, которое возникло при открытии производства по делу о несостоятельности или до его открытия (определение термина (j) в глоссарии), а под комитетом кредиторов — представительный орган кредиторов, назначаемый в соответствии с законодательством о несостоятельности и обладающий консультативными и иными полномочиями, как они оговорены в законодательстве о несостоятельности (определение термина (k) в глоссарии). Как правило, под кредиторами подразумеваются как кредиторы в государстве суда, так и иностранные кредиторы (глоссарий, п. 10).

31. Этот пункт тесно связан также с предыдущими двумя пунктами, касающимися прав и обязанностей должника и обязанностей и функций управляющего в деле о несостоятельности⁹⁴. Он также связан и с нижеследующим пунктом (режим требований)⁹⁵.

n) Режим требований

32. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет: i) какие кредиторы обязаны представлять требования (например, требуется ли представление требований со стороны обеспеченных кредиторов), виды требований, которые должны быть представлены,

⁹⁴ 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.

⁹⁵ 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.

исключаемые требования и требования, на которые распространяется особый режим (например, требования лиц, связанных с должником); ii) порядок представления, проверки и признания требований, в том числе сроки подачи требований, кому они должны быть представлены и формальности в отношении представления иностранных требований⁹⁶; 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; xi) правила принятия обязательств в отношении режима требований, которые в противном случае могут быть заявлены кредиторами в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве, в том числе правила определения того, в каких случаях управляющий в деле о несостоятельности полномочен принимать на себя обязательства, в отношении каких требований и на каких условиях, в какой форме и на каком языке и какие процедуры получения одобрения, проверки и обеспечения выполнения таких обязательств подлежат применению. Несмотря на то что согласно настоящим законодательным положениям из сферы применения *lex fori concursus* исключены некоторые аспекты трудовых договоров и трудовых отношений, *lex fori concursus* определяет статус и режим требований по трудовым договорам и регулирует возможные обязательства в отношении таких требований.

33. В контексте производства по делу о несостоятельности под требованиями понимается право на платеж из имущественной массы должника, возникающее будь то из задолженности, договора или другого вида юридических обязательств, будь то на заранее установленную или не установленную сумму, с наступившим или не наступившим сроком погашения, оспариваемое или не оспариваемое, обеспеченное или не обеспеченное, фиксированное или условное. В некоторых правовых системах признается правоспособность или право, если они допускаются применимым законом, обращать взыскание на активы должника в порядке предъявления требования (см. определение термина (g) в глоссарии).

34. Помимо законодательства о несостоятельности к требованиям обеспеченных кредиторов может применяться и иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, например законодательство об обеспеченных сделках. Кроме того, в случае предъявления ложных требований наряду с законодательством о несостоятельности может применяться и уголовное право. К представлению, проверке и признанию иностранных требований могут применяться такие международные конвенции, как Гагская конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (от 5 октября 1961 года), а также другие международные договоры, имеющие обязательную силу для государства открытия производства по делу от несостоятельности и являющиеся частью *lex fori concursus*. В отношении режима (иностраных) публичных требований⁹⁷ и требований из арбитражных решений могут применяться специальные правила. В большинстве государств к режиму иностранных и не внутренних⁹⁸ арбитражных решений будет применяться Нью-Йоркская конвенция.

⁹⁶ См. статьи 13 и 14 ТЗТН и сопроводительный комментарий в пп. 118–126 РПТ.

⁹⁷ См. пункт 2 статьи 13 ТЗТН и относящуюся к нему сноску и сопроводительный комментарий в п. 120 РПТ.

⁹⁸ Термин «не внутренние» арбитражные решения относится к решениям, которые хотя и вынесены в государстве приведения в исполнение, но считаются «иностранными» по законодательству этого государства, поскольку в процессуальном плане присутствует некоторый иностранный элемент, например, было применено процессуальное

35. Данный пункт связан с пунктами перечня в положении о *lex fori concursus*, касающимся расторжения сделок (g), [режима обеспеченных кредиторов (j)] и порядка зачета (i), [включая предусмотренные исключения из сферы применения *lex fori concursus*, применимые либо автоматически, либо на индивидуальной основе]. Этот пункт также связан с пунктом, касающимся выполнения плана реорганизации, поскольку в таком плане обычно рассматривается режим требований кредиторов и может быть указано применимое право. В отдельных случаях суд с учетом обстоятельств конкретного дела может применить иное законодательство вместо *lex fori concursus*. Так, чтобы обеспечить признание и исполнение последствий внутреннего производства по делу о несостоятельности за рубежом, суд может принять во внимание и применить имеющие преимущественную силу требования законодательства государства, в котором скорее всего придется добиваться признания такого производства и его последствий. Кроме того, если *lex fori concursus* позволяет принимать обязательства в отношении режима требований, которые в противном случае могут быть заявлены кредитором в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве, такие требования могут рассматриваться в том же порядке, в каком бы они рассматривались в рамках неоткрытого производства, и в соответствии с тем же законодательством, которое бы было применимо в рамках такого производства.

о) Очередность требований

36. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет порядок очередности удовлетворения требований из имущественной массы, включая требования управляющего в деле о несостоятельности, требования, возникающие после открытия производства по делу о несостоятельности, а также административные требования или расходы (значение последнего термина см. в комментарии к следующему пункту). 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 эквивалентности⁹⁹. 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, которые в противном случае могут быть заявлены кредиторами в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве, *lex fori concursus* определяет порядок принятия таких обязательств. Несмотря на исключение трудовых договоров и трудовых отношений из сферы применения *lex fori concursus*, предусмотренное в настоящих законодательных положениях, *lex fori concursus* определяет очередность требований из трудовых отношений и регулирует возможные обязательства в отношении таких требований.

законодательство другого государства. См. Руководство по Нью-Йоркской конвенции, размещено по адресу <https://uncitral.un.org/ru/texts/arbitration>.

⁹⁹ 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, обуславливающие применение преференциального режима к требованию.

37. Помимо законодательства о несостоятельности при определении приоритетности требований в рамках производства по делу о несостоятельности в целом и в рамках любого конкретного производства по делу о несостоятельности в частности может применяться и иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, в том числе трудовое законодательство (которое может включать международные трудовые конвенции для государств — участников таких конвенций)¹⁰⁰, налоговое законодательство, законодательство об обеспеченных сделках и деликтное право. В отношении очередности (иностраных) 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.

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

38. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет критерии, касающиеся признания административных требований и расходов. В контексте производства по делу о несостоятельности под административными требованиями и расходами понимаются требования, которые относятся к издержкам и расходам на ведение производства, таким как вознаграждение, выплачиваемое управляющему в деле о несостоятельности и любым специалистам, нанятым управляющим в деле о несостоятельности; расходы в связи с продолжением операций должника; долги, возникающие в связи с выполнением управляющим в деле о несостоятельности его функций и полномочий; расходы, возникающие в связи с продолжением исполнения договорных и юридических обязательств; а также расходы на производство¹⁰¹. *Lex fori concursus* определяет порядок оценки расходов, роль суда в утверждении расходов и распределении затрат и расходов, в частности в решении вопроса о том, какие расходы будут покрываться из имущественной массы в деле о несостоятельности, какие, возможно, потребуются покрыть кредиторам или другим заинтересованным сторонам и по каким из них личную ответственность может нести управляющий в деле о несостоятельности. *Lex fori concursus* определяет также режим должников, чьи активы и источники доходов не достаточны для покрытия расходов на управление производством по делу о несостоятельности, в частности, будет ли в таких случаях заявление отклонено или же будут использованы альтернативные механизмы покрытия расходов на управление производством по делу о несостоятельности и, если да, то какие механизмы. Он также определяет правила, касающиеся финансирования третьими сторонами.

39. 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

40. В соответствии с настоящими законодательными положениями *lex fori concursus* определяет правила в отношении распределения поступлений, которые могут различаться при ликвидации и реорганизации¹⁰².

¹⁰⁰ Например, Конвенция МОТ о защите требований трудящихся (в случае неплатежеспособности предпринимателя) 1992 года (№ 173).

¹⁰¹ См. определение термина (а) в глоссарии во вводной части Руководства.

¹⁰² 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

41. 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 требований, которые в противном случае могут быть заявлены кредиторами в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве, то такие требования можно рассматривать в том же порядке, в каком бы они рассматривались в рамках неоткрытого производства, в том числе в плане распределения поступлений.

г) Закрытие производства

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

с) Освобождение от обязательств

43. 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 в зависимости от разных видов производств (ликвидация, реорганизация, стандартное или упрощенное производство); iii) дату, с которой освобождение от обязательств вступает в силу¹⁰³; iv) критерии для отказа в освобождении от обязательств и аннулирования освобождения от обязательств¹⁰⁴. В контексте производства по делу о несостоятельности под освобождением от обязательств понимается освобождение должника от требований, урегулированных в рамках производства по делу о несостоятельности (определение термина (m) в глоссарии).

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

44. Пункт (t) представляет собой всеобъемлющее положение, предназначенное для охвата действий, которые не указаны конкретно в перечне в положении о *lex fori concursus* и которые тем не менее совершаются как следствие производства по делу о несостоятельности или являются существенно связанными с производством по делу о несостоятельности. К таковым относятся, например: i) корректировочные меры, принимаемые в связи с производством по делу о несостоятельности и ведущие к особому правовому режиму требований лиц, связанных с должником, или требований в отношении таких лиц; ii) меры привлечения к ответственности директоров за действия, приведшие к несостоятельности или способствовавшие ее наступлению, принимаемые на основании законодательства о несостоятельности.

45. В то время как последствия производства по делу о несостоятельности для обязательств и ответственности директоров, возникших в процессе производства и подпадающих под пункт (k), всегда регулируются *lex fori concursus*,

распределения, содержащимися в плане, будут применяться нормы общего договорного права и, следовательно, нормы, выходящие за рамки настоящих законодательных положений.

¹⁰³ Упоминание о «последствиях» во вводной части данного законодательного положения имеет целью охватить обе ситуации: когда освобождение от обязательств предоставляется в ходе производства по делу о несостоятельности и после его закрытия.

¹⁰⁴ Пункт 47 документа [A/CN.9/WG.V/WP.187](#) был исключен. [A/CN.9/1133](#), п. 42, подп. (i).

законодательные положения не предусматривают применения *lex fori concursus* к последствиям производства по делу о несостоятельности для обязательств и ответственности директоров, возникших в период, предшествующий несостоятельности. В большинстве случаев к таким обязательствам будет и далее применимо *lex societatis*, несмотря на открытие производства по делу о несостоятельности. Пункт (t) призван охватить конкретные¹⁰⁵ основания, которые могут привести к возникновению ответственности у директоров, и основания для действий в отношении директоров после открытия производства 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.

46. 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 директора, входящие во вторую группу, были защищены от непредвиденной ответственности и обязательств, которые применялись бы в отношении директоров, входящих в первую группу, и ожидалось бы от них. Возможность подвергнуться рискам такой непредвидимой ответственности и обязательствам может быть различной в зависимости от того, открыто ли производство по делу о несостоятельности в месте нахождения i) ЦОИ, совпадающего с местом регистрации или инкорпорации должника или его «реальным местонахождением»; ii) ЦОИ, который отличается от места регистрации или инкорпорации должника или его «реального местонахождения»; iii) предприятия должника или iv) активов должника. Такие риски выше, если производство по делу о несостоятельности открыто кредиторами не в том государстве, в котором 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*.

47. В этом контексте вместо законодательства о несостоятельности может быть применимо иное законодательство, являющееся частью *lex fori concursus*, особенно если в *lex fori concursus* принято широкое толкование понятия «директора», как рекомендовано, например, в части четвертой Руководства¹⁰⁶. В зависимости от того, какие лица будут признаны фактически контролирующими предприятие должника в период, предшествующий несостоятельности, может применяться разное законодательство (например, законодательство, регулирующее деятельность представителей определенных профессий), определяющее порядок дисквалификации, применение других средств правовой защиты и механизмы принудительного исполнения.

¹⁰⁵ A/CN.9/1133, п. 42, подп. (j).

¹⁰⁶ В это понятие включается любое лицо, осуществляющее фактический контроль над должником (например, директора де-факто, теневые директора, акционеры, кредиторы и т. д.) (рекомендация 258 и сопроводительный комментарий).

В. Исключения из правила *lex fori concursus*

1. Трудовые договоры и трудовые отношения

16. На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа в ответ на предложение убрать это исключение напомнила о предыдущих обсуждениях и принятом решении по этой теме¹⁰⁷. Было отмечено, что выраженная на сессии обеспокоенность в достаточной степени учтена в положении об исключении на основании публичного порядка и других положениях проекта текста. Данное законодательное положение, формулировка которого была согласована Рабочей группой на шестьдесят первой сессии¹⁰⁸, и относящийся к нему сопроводительный комментарий воспроизведены в настоящей записке без существенных изменений.

а) Проект законодательного положения

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

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

б) Проект комментария

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

2. Режим требований из трудовых отношений и очередность таких требований не подпадают под действие исключения, предусмотренного в данном положении. Применимым правом по-прежнему является *lex fori concursus* (если он отличается от законодательства, применимого к конкретному трудовому договору или конкретным трудовым отношениям; далее в тексте — «иностранное *lex fori concursus*»). То же самое относится к квалификации договора или отношений в качестве трудового договора или трудовых отношений и к 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 трудовых требований, которые в противном случае могут быть заявлены работниками в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве (см. комментарий к пунктам (n), (o) и (q) перечня в положении о *lex fori concursus* выше), такие требования можно рассматривать в том же порядке, в каком бы они рассматривались в рамках неоткрытого производства.

3. Исключение из применения *lex fori concursus*, предусмотренное в данном законодательном положении, обосновано тем, что в связи с трудовыми

¹⁰⁷ A/CN.9/1163, п. 70.

¹⁰⁸ A/CN.9/1126, п. 79.

договорами и трудовыми отношениями возникает множество соображений, касающихся социально-экономической политики. По этой причине государства обычно устанавливают специальный режим для рассмотрения вопросов, вытекающих из трудовых договоров и трудовых отношений в случае несостоятельности. В некоторых законах о несостоятельности приоритет отдается обеспечению непрерывности занятости, например, перед другими целями производства по делу о несостоятельности, такими как максимальное увеличение стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов. Об этом может свидетельствовать уделение особого внимания продаже предприятия в качестве функционирующей хозяйственной единицы с передачей действующих обязательств в отношении занятости, в отличие от ликвидации или реорганизации, когда эти обязательства могут быть изменены или прекращены. Императивные нормы права, включая положения международных договоров¹⁰⁹, могут: а) обеспечивать защиту работников от несправедливого увольнения и дискриминации; б) предусматривать систему мер по финансовой безопасности для работников; устанавливать ограничения на расторжение или изменение трудовых договоров¹¹⁰ и условия для осуществления увольнений (в том числе с предварительным уведомлением соответствующих государственных органов); в) 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, ЮНСИТРАЛ 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,

¹⁰⁹ См., например, Конвенцию МОТ о прекращении трудовых отношений 1982 года (№ 158).

¹¹⁰ См. рекомендацию 71 Руководства и сопроводительный комментарий.

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 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). В результате может потребоваться согласовать защиту, предоставляемую работникам согласно иностранному *lex fori concursus*, выбранному праву, когда таковое 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 ЮНСИТРАЛ возобладало мнение, что в целом этот подход является предпочтительным.

7. Исключение на основании публичного порядка (см. ниже) позволило бы суду государства открытия производства по делу о несостоятельности не применять иностранное право, если последствия его применения явно противоречат публичному порядку его государства (например, если оно фактически узаконивает современное рабство и т. д.). В этих случаях применению может подлежать трудовое и иное законодательство государства открытия производства по делу о несостоятельности, являющееся частью *lex fori concursus*. В зависимости от норм МЧП *lex fori concursus*, применимых к трудовым договорам и трудовым отношениям, вместо *lex fori concursus* может быть применимо законодательство другого государства, имеющее более тесную связь с трудовым договором или трудовыми отношениями, чем *lex fori concursus*.

[В проекте комментария не рассматриваются последствия применения данного исключения для действительности оговорок ipso facto. Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о том, не нужно ли добавить в комментарий соответствующие пояснения.]

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

17. На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа решила снять квадратные скобки с нижеприведенного проекта законодательного положения и отметила необходимость точнее определить его сферу применения¹¹¹. Было выражено мнение, что это исключение не должно распространяться на нерегулируемые многосторонние торговые механизмы. Рабочая группа не рассмотрела вопрос о взаимосвязи между проектом данного законодательного положения и возможным исключением из сферы применения законодательных положений финансовых учреждений, которые обычно участвуют в платежных, клиринговых или расчетных системах, регулируемых финансовых рынках и других многосторонних торговых механизмах, подпадающих под действие исключения.

18. Секретариат включил в проект комментария содержание глоссария, представленного Рабочей группе на шестьдесят третьей сессии, пояснив, что многосторонние торговые механизмы обычно представляют собой саморегулируемые финансовые торговые площадки.

а) 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.

б) Проект комментария

1. Для целей настоящего исключения:

а) под платежной системой понимается набор инструментов, процедур и правил для перевода средств между участниками (значение понятия «участники» см. в п. (f) ниже). 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

¹¹¹ A/CN.9/1163, п. 71. Секретариат провел дополнительные консультации по данным вопросам со специалистами, участвовавшими в совещании группы экспертов, состоявшемся в июне 2023 года. Итоги консультаций отражены в проекте комментария.

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 (значение понятия «регулируемый финансовый рынок» см. в п. (d) ниже) или работать отдельно в соответствии со своей собственной структурой управления и операционными правилами;

b) под клиринговой системой понимается набор правил и процедур, определяющих окончательные позиции участников до их урегулирования в расчетной системе (значение понятия «расчетная система» см. в п. (c) ниже). Они могут быть частью расчетных систем или функционировать отдельно в соответствии со своей собственной структурой управления и операционными правилами;

c) под расчетной системой понимается 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 центрального контрагента (ЦКА), либо как часть финансового рынка или центрального депозитария ценных бумаг;

d) под регулируемым финансовым рынком понимается 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;

e) под многосторонним торговым механизмом (МТМ) понимается электронная платформа, облегчающая торговлю различными видами финансовых инструментов. Такой механизм может действовать как часть регулируемого финансового рынка или в дополнение к нему. Обычно он представляет собой саморегулируемую финансовую торговую площадку, которая может действовать в соответствии с диспозитивными или недиспозитивными нормами. МТМ, функционирующие на недиспозитивной основе, не могут по своему усмотрению определять порядок совершения сделок. Они соотносят поручения различных участников на основе заранее установленных норм. МТМ, 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. МТМ могут специализироваться на торговле определенными видами финансовых инструментов

(например, долевыми (акции, облигации) или недолевыми (квоты на выбросы) финансовыми инструментами);

f) участниками системы, рынка или механизма являются лица, которые i) идентифицированы и признаны таковыми соответствующей системой, рынком или механизмом и ii) имеют право прямо или косвенно осуществлять переводы через эту систему, рынок или механизм. Традиционно к числу участников относятся кредитные учреждения, инвестиционные компании, публичные органы, ЦКА, расчетно-клиринговые агенты и операторы системы, рынка или механизма. В последнее время к ним стали относить и других лиц, например косвенных участников, а в случае с системами, рынками или механизмами, работающими на основе технологии распределенного реестра (TRP), таких как блокчейн, также розничных инвесторов, которые могут взаимодействовать друг с другом напрямую, без посредников.

2. Системы, рынки и механизмы (и их различные сочетания), на которые распространяется исключение, служат для обеспечения взаимодействия между разными сторонами, занимающимися куплей-продажей торговых интересов в финансовых инструментах. Неспособность одного или нескольких участников исполнить свои обязательства в рамках такой системы, рынка или механизма ведет к тому, что другие участники той же системы, рынка или механизма не смогут выполнить свои обязательства перед другими участниками и третьими лицами по наступлении срока их исполнения. Этот эффект «домино» часто называют системным риском.

3. Функционирование систем, рынков и механизмов, подпадающих под действие данного исключения, может быть нарушено как в силу внутренних факторов (например, в результате операционных сбоев, неисправностей или мошеннических действий), так и под воздействием внешних факторов, например открытия производства по делу о несостоятельности, что в свою очередь может привести к убыткам и дефициту ликвидности, снижению эффективности мер, принимаемых в рамках таких систем, рынков и механизмов для уменьшения операционных рисков, а также к возникновению системных рисков. Настоящее исключение имеет целью свести к минимуму сбой в функционировании таких систем, рынков и механизмов в результате открытия производства по делу о несостоятельности. Благодаря определению единого законодательства, регулирующего последствия производства по делу о несостоятельности для функционирования системы, рынка или механизма (т. е. законодательство, применимое к системе, рынку или механизму), данное исключение помогает повысить предсказуемость нарушений в работе, вызываемых производством по делу о несостоятельности, и, таким образом, сделать их более управляемыми. Без этого исключения, с учетом большого числа участников соответствующих систем, рынков и механизмов и широкого круга третьих сторон, открытие производства по делу о несостоятельности в отношении которых может повлиять на функционирование системы, рынка или механизма, может оказаться, что применению подлежит законодательство, являющееся частью *lex fori concursus* неопределенного и непредсказуемого числа государств, что может затруднить или даже сделать невозможным управление операционными рисками и тем самым усугубить системные риски.

4. В исключении не уточняется, идет ли речь о производстве по делу о несостоятельности в отношении участников системы, рынка или механизма либо в отношении других лиц. Таким образом, под действие исключения подпадает любое производство по делу о несостоятельности, влияющее на функционирование соответствующей системы, рынка или механизма.

5. Тем не менее в исключении говорится только о последствиях производства по делу о несостоятельности для прав и обязанностей участников

соответствующей системы, рынка или механизма. Такие права и обязанности могут вытекать из положений законодательства, нормативно-правовых актов, процессуальных документов и договоров, регулирующих или затрагивающих функционирование системы, рынка или механизма либо имеющих к ним непосредственное отношение (например, механизмы контроля рисков и сохранения ликвидности). Сюда относятся права и обязанности участников, возникающие в связи или связанные с: а) неттингом расчетов и платежей, б) принятием и исполнением обязательств, с) окончательностью переводов, d) новациями, e) открытыми офертами или другими имеющими обязательную силу механизмами, посредством которых ЦКА становится контрагентом по сделкам с участниками, f) предоставлением обеспечения для покрытия текущих и возможных будущих рисков и g) предоставлением различных видов гарантий. Они могут также включать права и обязанности, возникающие в связи или связанные с договорами, имеющими непосредственное отношение к функционированию системы, рынка или механизма и заключаемыми между участниками либо между оператором системы, рынка или механизма и третьими сторонами. Такие договоры могут касаться неттинга, исполнения соглашений об обеспечении, механизмов поддержки и гарантирования кредитов, а также режима оговорок *ipso facto*.

6. Данное исключение никак не влияет на законодательство, применимое к производству по делу о несостоятельности, которое может быть открыто в отношении любого из участников платежной, клиринговой или расчетной системы, регулируемого финансового рынка или МТМ. В качестве примера можно привести следующую ситуацию: сторона А, расположенная в государстве А, является участницей финансового рынка, регулируемого законодательством государства В, и в этом качестве совершает сделки с несколькими сторонами (В, С, D и т. д.) на этом рынке. В соответствии с настоящими законодательными положениями, если в отношении стороны А будет открыто производство по делу о несостоятельности в государстве А, то *lex fori concursus* государства А будет регулировать все аспекты такого производства (например, соответствие стороны А критериям для признания должником согласно законодательству о несостоятельности государства А, стандарты открытия производства и т. п.), кроме тех аспектов, которые особо оговорены в настоящих законодательных положениях, например, в соответствии с настоящим исключением, последствия открытия производства по делу о несостоятельности в государстве А для сделок, совершенных на рынке между стороной А и сторонами В, С, D и т. д., будут определяться законодательством государства В.

7. В то же время права и обязанности, вытекающие из договоров и других сделок, которые связаны с системами, рынками и механизмами, подпадающими под действие исключения, но не имеют прямого отношения к их функционированию, по-прежнему регулируются *lex fori concursus*. Например, для платежной системы, если сторона А поручила своему банку В перевести средства на счет стороны С, открытый в банке D, то исключение будет применяться только к правам и обязанностям, вытекающим из этого поручения о переводе средств между А и В, В и D, D и С, но не к правам и обязанностям, которые вытекают из основной сделки между А и С, являющейся причиной этого поручения о переводе средств, и на которые будет распространяться *lex fori concursus*.

8. Законодательством, применимым к системам, рынкам и механизмам, подпадающим под действие исключения, является законодательство государства, выбранное самой системой, рынком или механизмом либо в противном случае их участниками. Может применяться требование о выборе законодательства государства, в котором находится главная контора хотя бы одного из участников. Выбор законодательства системой, рынком или механизмом либо участниками может подлежать проверке компетентным органом, который не разрешит выбрать

законодательство, позволяющее обойти основополагающие принципы публичного порядка государства. Если законодательство не выбрано или выбрано неверно, применению обычно подлежит законодательство государства, в котором находится система или рынок.

9. В правилах, регулирующих деятельность систем, рынков и механизмов, подпадающих под действие настоящего исключения, нередко определено законодательство, применимое к каждому из аспектов их функционирования. В зависимости от действующей нормативно-правовой базы указание такого законодательства может быть обязательным. В рамках стратегии снижения рисков нередко требуется выявлять и анализировать потенциальные правовые коллизии, которые могут возникнуть в результате деятельности систем, рынков и механизмов, и разрабатывать правила и процедуры, направленные на снижение риска их возникновения.

10. Настоящее исключение следует толковать и применять гибко для достижения его предполагаемой цели, 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 системам, рынкам и механизмам, независимо от технологии, которую они используют в своей работе, при условии что они отвечают критериям для применения к ним данного исключения.

11. Суд государства открытия производства по делу о несостоятельности может применить исключение на основании публичного порядка (см. ниже), если последствия применения иностранного законодательства, признанного применимым в силу данного исключения, будут явно противоречить публичному порядку государства суда. Порядок определения иного законодательства, подлежащего применению вместо *lex fori concursus* в подобных случаях, будет определяться *lex fori concursus*.

3. Ликвидационный неттинг вне платежных, клиринговых и расчетных систем, регулируемых финансовых рынков или других многосторонних торговых механизмов¹¹²

19. На шестьдесят третьей сессии Рабочая группа попросила секретариат подготовить проект положения об исключении из сферы применения *lex fori concursus* договоров ликвидационного неттинга, которые не подпадают под предыдущее исключение в отношении ИФР, но подвержены рыночным рискам. Было отмечено, что подобные договоры заключаются не только на финансовых рынках¹¹³. Было выражено согласие с тем, что отношение к данной теме имеют пункты 22 и 23 документа [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), а также положения Принципов УНИДРУА, касающихся применения положений о взаимозачете при неисполнении сделок, и Принципов Всемирного банка, касающихся построения

¹¹² Секретариат провел дополнительные консультации по вопросам, рассматриваемым в данном разделе, со специалистами, участвовавшими в совещании группы экспертов в июне 2023 года (см. п. 15 документа [A/CN.9/WG.V/WP.190](#)). Итоги консультаций отражены в проекте законодательного положения и предшествующих ему примечаниях секретариата.

¹¹³ [A/CN.9/1163](#), п. 72.

эффективных режимов регулирования несостоятельности и взаимоотношений кредиторов и должников.

20. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что ни в Принципах Всемирного банка¹¹⁴, ни в принципах УНИДРУА¹¹⁵ не предусмотрено правил определения законодательства, которое должно регулировать последствия производства по делу о несостоятельности для договоров ликвидационного неттинга. С учетом того, что в Рабочей группе были высказаны разные точки зрения относительно сферы применения принципов УНИДРУА, она, возможно, пожелает принять во внимание, что, согласно принципам 3 и 4, правовая защита договоров ликвидационного неттинга распространяется только на финансовые сделки, хотя бы одной из сторон которых является государственный орган (например, центральный банк) или квалифицированный участник финансового рынка. Тем не менее Принципы предусматривают, что применяющее их государство может распространить правовую защиту и на другие ситуации, например на случаи, когда стороны договора не являются ни государственными органами, ни квалифицированными участниками финансового рынка¹¹⁶, либо на другие виды следок (например, на сделки купли-продажи или поставки взаимозаменяемых товаров)¹¹⁷.

21. Как отмечено в пункте 21 документа [A/CN.9/WG.V/WP.190](#), договоры ликвидационного неттинга могут применяться в разных контекстах. Например, они могут использоваться предпринимательскими группами для объединения денежных средств при заключении договоров энергоснабжения, договоров на поставку сырья, торговле нестандартизированными внебиржевыми производными финансовыми инструментами, не подходящими для клиринга и расчетов в рамках ИФР, а также компаниями, работающими в сфере авиаперевозок и аналогичных отраслях, подверженных резким колебаниям цен, и при наличии других уважительных обстоятельств (например, когда неисполнение взаимных обязательств сторонами может создать системный риск для систем, рынков и механизмов, подпадающих под действие исключения в отношении ИФР)¹¹⁸.

22. Такие договоры заключаются сторонами двусторонних или многосторонних сделок исключительно или преимущественно с той целью, чтобы обеспечить определенность и защиту для всех сторон в случае неисполнения обязательств одной из них. Стороны таких договоров могут находиться в одном или в разных государствах. Они вольны выбирать, законодательством какого государства будет регулироваться их договор ликвидационного неттинга, и, естественно, выбирают законодательство того государства, которое гарантирует правовую защиту таких договоров, поскольку такая защита предусмотрена законодательством не всех государств.

¹¹⁴ См. принцип C10.4 и сноску 9.

¹¹⁵ См. п. 12: «Правовая защита положений о ликвидационном неттинге, предусмотренная настоящими Принципами, может действовать даже в рамках производства, проводимого в соответствии с законодательством государства, не применяющего настоящие Принципы. Такая ситуация может возникнуть, например, в случае, если нормы международного частного права либо законодательство о трансграничной несостоятельности государства суда указывают на применимость законодательства государства, применяющего настоящие Принципы, либо если стороны договорились о применении законодательства государства, применяющего настоящие Принципы, и их договоренность была признана компетентным судом. Вместе с тем настоящие Принципы не имеют целью установить правила определения применимого законодательства».

¹¹⁶ См. комментарий к принципу 4, пп. 82–85.

¹¹⁷ Там же, пп. 86–87.

¹¹⁸ См. принцип 4 «Основные соображения относительно настоящего определения».

23. С учетом вышеизложенных соображений и пожелания Рабочей группы секретариат подготовил проект законодательного положения для рассмотрения Группой, на данном этапе без сопроводительного комментария. Проект законодательного положения разработан исходя из того, что государство, в законодательство которого будет включено соответствующее положение, будет само определять, на какие стороны и категории сделок будет распространяться действие данного исключения.

24. Проект законодательного положения содержит защитную оговорку, что выбранное законодательство может быть заменено другим по решению суда государства открытия производства по делу о несостоятельности, если изначально выбранное законодательство не имеет существенного отношения к сторонам или договору и для его применения нет никаких других разумных оснований. В зависимости от обстоятельств может быть также применимо исключение на основании публичного порядка. В зависимости от связующих факторов вместо изначально выбранного законодательства может применяться либо *lex fori concursus*, либо иное законодательство, имеющее более непосредственное отношение к делу (например, *lex rei sitae*, если договор ликвидационного неттинга связан с залоговым обеспечением или вещным правом в отношении имущества, расположенного в другом государстве).

25. Учитывая, что данное исключение может иметь последствия для равноправия кредиторов, находящихся в одинаковом положении, Рабочая группа, возможно, пожелает подумать о необходимости добавления других или дополнительных защитных положений. Рабочая группа, возможно, также пожелает подумать о том, должны ли положения предусматривать введение краткосрочного моратория или применение иных обеспечительных мер¹¹⁹, если таковые предусмотрены *lex fori concursus* или другим правовым режимом, применимым к банковским и аналогичным финансовым учреждениям, но не предусмотрены законодательством, выбранным участниками договора ликвидационного неттинга. В этой связи следует отметить, что в проекте законодательных положений предусмотрено, что банковские и аналогичные финансовые учреждения могут быть исключены из сферы их применения.

26. Как было отмечено на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы и в пункте 13 примечаний секретариата к положению о *lex fori concursus* выше, вопрос о необходимости проводить различие между договорами о зачете требований и ликвидационном неттинге по всему тексту документа нуждается в дополнительном изучении в свете текущей практики и законодательства¹²⁰. Так или иначе, будет необходимо устранить любые возможные противоречия между предлагаемым исключением, пунктом (i) перечня в положении о *lex fori concursus*, касающимся порядка зачета, возможными исключениями из этого пункта и относящимся к нему сопроводительным комментарием¹²¹.

¹¹⁹ См. принцип 8 УНИДРУА и относящийся к нему сопроводительный комментарий.

¹²⁰ Как отмечено в комментарии к Принципам УНИДРУА, «ликвидационный неттинг нередко отождествляется с классической концепцией зачета требований при неисполнении обязательств или несостоятельности одной из сторон». Согласно Принципам УНИДРУА, «зачет требований подпадает под сферу применения Принципов в тех случаях, когда стороны соглашения о ликвидационном неттинге договорились о зачете взаимных требований в самом соглашении либо когда применимые принципы права предусматривают зачет требований как объединяющий элемент соглашения о ликвидационном неттинге».

¹²¹ См. A/CN.9/WG.V/WP.190, п. 23.

Проект законодательного положения

Законодательство, регулирующее последствия производства по делу о несостоятельности для договоров ликвидационного неттинга вне платежных, клиринговых и расчетных систем, регулируемых финансовыми рынками или других многосторонних торговых механизмов

Последствия производства по делу о несостоятельности для действия договора ликвидационного неттинга, заключенного между должником [который [государство указывает требования, применяемые к должнику] и [государство указывает требования, применяемые к контрагентам]] в отношении [государство указывает требования, применяемые к сделкам], регулируются законодательством, выбранным сторонами такого договора, за исключением случаев, когда такое законодательство не имеет существенного отношения к сторонам или договору и для его применения нет никаких других разумных оснований.

4. Текущее арбитражное разбирательство

27. Отчет об обсуждении данного пункта на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы представлен в докладе о работе сессии (A/CN.9/1163, п. 73). Из-за нехватки времени Рабочей группе не удалось подробно обсудить все вопросы, обозначенные в пунктах 25–34 документа A/CN.9/WG.V/WP.190, и договориться о подходах к их решению. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить начатое обсуждение, и в частности рассмотреть вопрос о целесообразности исключения текущих арбитражных разбирательств из сферы применения *lex fori concursus* в комплексе с вопросом о законодательстве, регулирующем последствия производства по делу о несостоятельности для текущих судебных разбирательств. При обсуждении этой темы может потребоваться рассмотреть вопрос о приостановлении арбитражного разбирательства, а также другие вопросы, предложенные для обсуждения на предыдущих сессиях Рабочей группы, в частности вопрос о сохранении у должника права на обращение в арбитраж после открытия производства по делу о несостоятельности.

28. Если Рабочая группа решит добавить соответствующее исключение, нужно будет согласовать его сферу применения и законодательство, которым будут регулироваться последствия производства по делу о несостоятельности для текущего арбитражного разбирательства. В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает обсудить вопрос об уместности использования терминов *lex arbitri* или *lex loci arbitri* (последний был предложен на сессии¹²²), приняв во внимание, что они могут обозначать одно и то же или разное законодательство¹²³, но что под обоими терминами обычно понимается законодательство, касающееся сугубо вопросов арбитража. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить, будет ли данное исключение, в случае его добавления, распространяться только на международный арбитраж по смыслу определения, данного в статье 1 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже, либо также на внутригосударственный арбитраж, и будет ли оно действовать в отношении всех арбитражных разбирательств независимо от места их проведения. Наконец, как уже отмечалось в связи с пунктом (h) перечня в положении о *lex fori concursus* и упоминанием об арбитражных соглашениях в

¹²² A/CN.9/1163, п. 50.

¹²³ В Руководстве секретариата ЮНСИТРАЛ по Нью-Йоркской конвенции признается нетипичность такой ситуации: «Суды принимали решения о том, что она, наоборот, относится к процессуальному закону, регулирующему арбитраж, в тех редких случаях, когда стороны выбрали закон, регулирующий арбитраж, иной чем закон места арбитража» (см. п. 23 раздела, посвященного статье V(1)(e)).

сопроводительном комментарии к нему, Рабочая группа возможно, пожелает обсудить последствия добавления этого исключения для соответствующего пункта перечня и подумать о внесении необходимых изменений в относящийся к нему сопроводительный комментарий.

С. Исключение на основании публичного порядка

29. Нижеприведенный проект законодательного положения основан на версиях, представленных Рабочей группе на предыдущих сессиях. С учетом расхождения мнений по поводу содержания данного положения его проект оставлен в квадратных скобках для дальнейшего рассмотрения¹²⁴.

1. Проект законодательного положения

Исключение на основании публичного порядка

[Суд может отказать в применении иностранного законодательства [только] в том случае, если последствия применения такого законодательства будут явно противоречить публичному порядку государства этого суда.]

2. Проект комментария

1. Исключение на основании публичного порядка позволяет судам не применять иностранное законодательство, подлежащее применению согласно положениям настоящей главы (например, законодательство, применимое к трудовым договорам и трудовым отношениям или к платежной системе, регулируемой рынку или многостороннему механизму). Это исключение можно применить [только] в том случае, если суд убежден, что последствия применения такого законодательства будут явно противоречить публичному порядку государства 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 открытия производства по делу о несостоятельности. Такое же узкое и ограничительное толкование исключения должно применяться независимо от вида производства (ликвидация или реорганизация).

3. Последствия применения иностранного законодательства, определенного в соответствии с законодательными положениями, содержащимися в настоящей главе, 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 иностранного законодательства, с учетом обстоятельств дела, может нанести ущерб безопасности или суверенитету государства открытия производства по делу о несостоятельности или привести к результату, который настолько радикально расходится с концепциями этого государства об основополагающих принципах

¹²⁴ A/CN.9/1163, п. 58.

правосудия, что его применение является недопустимо оскорбительным для основных ценностей этого государства. Такая ситуация может возникнуть, например, в тех случаях, когда применение иностранного законодательства, определенного в соответствии с законодательными положениями настоящей главы, 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 иностранного законодательства на основании соображений публичного порядка будут регулироваться *lex fori concursus*. В зависимости от связующих факторов вместо непримененного иностранного законодательства может быть применено *lex fori concursus* или иное законодательство, имеющее более непосредственное отношение к делу.

Глава III. Признание действия *lex fori concursus* и иного законодательства, примененного иностранным судом¹²⁵

30. Проект законодательных положений разработан на основе соответствующих положений типовых законов ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности и с учетом замечаний, высказанных на шестьдесят третьей сессии Рабочей группы¹²⁶. В зависимости от формы окончательного текста в раздел с определениями может потребоваться перенести некоторые из определений, содержащихся в типовых законах ЮНСИТРАЛ. Речь идет об определении таких терминов, как «иностранное производство», «основное иностранное производство», «неосновное иностранное производство», «иностранное плановое производство» (и связанная с ним терминология) и «иностранный суд». Если же окончательный текст будет оформлен в виде дополнения к одному из типовых законов ЮНСИТРАЛ на тему несостоятельности, то воспроизводить в нем эти определения и некоторые другие положения, например об исключении на основании публичного порядка, будет не нужно.

31. К проекту законодательных положений пока нет сопроводительного комментария, который будет подготовлен после рассмотрения положений и вытекающих из них вопросов Рабочей группой. Так, секретариат не стал разрабатывать отдельные положения для иностранных производств, не являющихся ни основным, ни неосновным производством, исходя из того, что такие производства не будут рассматриваться в настоящем тексте. Он также не стал разрабатывать отдельные положения о судебной помощи для разных категорий иностранного производства (основное, неосновное и плановое), исходя из того, что к ним ко всем будет применяться одно положение о судебной помощи и что предоставление помощи, предусмотренной в настоящей главе, будет оставлено на усмотрение суда. Секретариат также исходил из того, что суду, признающему последствия применения иностранного законодательства, не будет разрешено проявлять избирательный подход, а судебную помощь будет нельзя предоставлять в качестве обеспечительной меры. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить справедливость этих предположений.

¹²⁵ Там же, п. 75.

¹²⁶ Там же, пп. 75–80.

Проект законодательного положения

Признание действия *lex fori concursus* и иного законодательства, примененного иностранным судом

После признания иностранного (планового) производства суд может предоставить ему судебную помощь в виде признания действия *lex fori concursus* и иного законодательства, примененного иностранным судом.

Исключение на основании публичного порядка

Предыдущее положение никоим образом не мешает суду отказать в предоставлении судебной помощи, если ее предоставление будет явно противоречить публичному порядку государства суда.

Иные основания для отказа в судебной помощи

Суд [может отказать] [отказывает] в предоставлении судебной помощи, если иностранный суд применил законодательство, отличающееся от законодательства, предусмотренного в главе II настоящего текста в отношении тех же вопросов [если только у иностранного суда не было разумных оснований для применения иного законодательства к этим вопросам в данном конкретном случае].

Защита кредиторов и других заинтересованных лиц

При предоставлении или отказе в предоставлении судебной помощи либо ее изменении или прекращении суд должен убедиться в том, что интересы кредиторов и других заинтересованных лиц, включая должника, надлежащим образом защищены. В отношении обеспеченных кредиторов суд обязан также убедиться в том, что законодательство, примененное для определения последствий производства по делу о несостоятельности для правового положения обеспеченных кредиторов:

- a) признает, что обеспечительный интерес, имеющий силу и подлежащий принудительной реализации согласно иному законодательству, нежели законодательство о несостоятельности, имеет силу и может быть принудительно реализован в рамках производства по делу о несостоятельности¹²⁷;
- b) предусматривает только краткосрочный мораторий в отношении обеспеченных кредиторов в ходе ликвидационного производства¹²⁸;
- c) предоставляет обеспеченному кредитору, при условии подачи соответствующего ходатайства в суд, право на защиту стоимости активов, в которых он имеет обеспечительный интерес¹²⁹;
- 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 сроки¹³⁰.

¹²⁷ См. рекомендацию 4 Руководства.

¹²⁸ Там же, пункт (с) рекомендации 49 и сопроводительный комментарий.

¹²⁹ Соответствующие меры защиты могут включать выплаты наличными из средств имущественной массы и предоставление дополнительных обеспечительных интересов. См. там же рекомендацию 50 и сопроводительный комментарий.

¹³⁰ Там же, рекомендация 51 и сопроводительный комментарий.

Координация судебной помощи в рамках параллельных производств

1. Суд может отказать в предоставлении судебной помощи, если такая помощь будет препятствовать ведению основного иностранного производства.
2. Судебная помощь неосновному иностранному производству не может быть предоставлена, если ее предоставление повлечет за собой последствия для активов, которые, согласно национальному законодательству, не подлежат управлению в рамках неосновного иностранного производства, или для информации, которая не требуется в рамках такого производства.
3. Судебная помощь иностранному плановому производству не может быть предоставлена, если ее предоставление повлечет за собой последствия для активов и операций любого члена предпринимательской группы, в отношении которого не возбуждено производство по делу о несостоятельности, за исключением случаев, когда производство по делу о несостоятельности не было открыто для целей сведения к минимуму возможности открытия производства по делу о несостоятельности.
4. Судебная помощь, предоставляемая неосновному иностранному производству, должна быть согласована с основным иностранным производством. Суд пересматривает, изменяет или прекращает предоставляемую судебную помощь, если она не согласуется с основным иностранным производством.
5. Суд предоставляет, пересматривает, изменяет или прекращает помощь иностранному неосновному производству с целью содействия координации производств.