

**Генеральная Ассамблея**

Distr.: Limited
7 February 2022
Russian
Original: English

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство
о несостоятельности)
Шестидесятая сессия
Нью-Йорк, 18–21 апреля 2022 года**

**Применимое законодательство в производстве
по делам о несостоятельности**

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Обзор вопросов для дальнейшего обсуждения Рабочей группой	3
A. Цель и задачи	3
B. Сфера применения законодательных положений	4
C. Стандартное правило в отношении законодательства, применимого в производстве по делу о несостоятельности: <i>lex fori concursus</i>	6
D. Исключения из правила <i>lex fori concursus</i>	15
E. Исключение на основании публичного порядка и другие положения	18



I. Введение

1. Общая информация о проекте в области применимого законодательства при производстве по делам о несостоятельности, работу над которым Комиссия поручила Рабочей группе на своей пятьдесят четвертой сессии¹, содержится в предварительной повестке дня шестидесятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.V/WP.177, пп. 12–14). Как отмечается в этом документе, Рабочая группа приступила к работе над этим проектом на своей пятьдесят девятой сессии (Вена, 13–18 декабря 2021 года). Настоящая записка была подготовлена секретариатом в ответ на ожидания Рабочей группы, что материал, который будет подготовлен по итогам обсуждения данной темы на пятьдесят девятой сессии, будет представлен на рассмотрение Рабочей группы на ее следующей сессии. С учетом ряда нерешенных вопросов относительно формы и содержания будущего документа по этой теме Рабочая группа решила оставить секретариату свободу усмотрения в вопросе о том, как лучше всего оформить материал, который будет представлен Рабочей группе².

2. В настоящей записке излагаются вопросы, поднятые Рабочей группой в отношении законодательства, применимого в производстве по делам о несостоятельности в отношении одного должника. Предполагается, что обсуждения на шестидесятой сессии Рабочей группы будут сосредоточены на вопросах, вытекающих из рекомендаций 31–34 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности («Руководство»). Следовательно, настоящая записка не охватывает вопросы, касающиеся законодательства, применимого по вопросам действительности и юридической силы прав и требований до открытия производства по делу о несостоятельности, и рассматриваемые в рекомендации 30 Руководства, которую следует читать вместе с рекомендациями 3 и 4 Руководства, а также вопросы, касающиеся законодательства, применимого по вопросам параллельных производств по делам о несостоятельности, в том числе в контексте несостоятельности предпринимательских групп. Записка не охватывает также аспекты международного частного права общего применения, такие как ограничения на применение иностранного права³ и правила установления места нахождения активов.

3. В записке приводятся ссылки на тексты ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, доклад о работе пятьдесят девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/1088) и записку Секретариата, представленную Рабочей группе на ее пятьдесят девятой сессии (A/CN.9/WG.V/WP.176). Когда того требовал контекст, секретариат подробно остановился на некоторых вопросах, поднятых на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы в связи с рекомендациями 31–34 Руководства. В этой связи были приняты во внимание другие тексты ЮНСИТРАЛ, а также другие соответствующие международные и региональные документы, в частности тексты ЮНСИТРАЛ по обеспеченным сделкам, Регламент (ЕС) 2015/848 Европейского парламента и Совета от 20 мая 2015 года о производстве по делам о несостоятельности (в новой редакции) («новая редакция ЕРН»)⁴ и Глобальные правила по вопросам правовой коллизии в международных делах о несостоятельности Американского юридического института и Международного института по

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

² A/CN.9/1088, пп. 94 и 95.

³ В этой связи см., например, A/CN.9/WG.V/WP.176, п. 18, где упоминается общепризнанная норма о выборе права, согласно которой суды применяют собственное процессуальное право.

⁴ Обязательны к исполнению и применяются в государствах — членах Европейского союза (ЕС). Сфера применения Регламента ограничена производством в отношении должника, центр основных интересов которого находится в ЕС (см. п. 25). Он заменяет и отменяет Регламент Совета (ЕС) № 1346/2000 от 29 мая 2000 года о производстве по делам о несостоятельности (ЕРН), в основу которого, в свою очередь, была положена Конвенция Европейского союза о производстве по делам о несостоятельности (заключенная в Брюсселе 23 ноября 1995 года, не вступила в силу).

вопросам несостоятельности, включая комментарии и примечания докладчиков («Глобальные правила»).

4. До принятия Рабочей группой решения о форме будущего документа по этой теме секретариат использует в настоящей записке общую ссылку на «законодательные положения». Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопросы, изложенные в настоящей записке, в том числе вопрос о том, должны ли они рассматриваться в законодательных положениях или любом будущем сопроводительном комментарии, а также элементы для включения в них.

II. Обзор вопросов для дальнейшего обсуждения Рабочей группой

A. Цель и задачи

5. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что в соответствии с мандатом, полученным от ЮНСИТРАЛ, цель проекта должна заключаться в согласовании существующих различных законодательных подходов к законодательству, применимому в производстве по делам о несостоятельности. Это стало бы ответом на призыв к обеспечению «столь необходимой стабильности в изменчивом и неопределенном процессе оценки возможных последствий неплатежеспособности для международных коммерческих отношений»⁵. Существование различающихся, фрагментированных и неполных законодательных подходов к вопросам законодательства, применимого в производстве по делам о несостоятельности, что может привести к непоследовательности и непредсказуемости в делах о трансграничной несостоятельности, придает особую важность решению Комиссии взяться за этот проект⁶.

6. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли, исходя из этой задачи, цель законодательных положений заключаться в том, чтобы предложить государствам упрощенные и обновленные нормы в отношении законодательства, применимого в производстве по делам о несостоятельности, с учетом потребностей, возникших в практике по делам о несостоятельности после 2004 года, когда была принята соответствующая часть Руководства. Такие законодательные положения позволят: а) обеспечить более последовательное применение законодательства государства открытия производства по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*) по всем аспектам производства по делам о несостоятельности, включая последствия производства по делу о несостоятельности для лиц, прав, требований и производства, с учетом ограниченных и четко указанных исключений; и б) уточнить значение и сферу применения такого законодательства и исключений из него.

7. Рабочая группа, возможно, пожелает подтвердить⁷, должны ли законодательные положения способствовать, в частности, достижению следующих целей: а) повышение определенности и предсказуемости (т. е. стороны, затронутые производством по делу о несостоятельности, смогут лучше предвидеть последствия и результаты производства по делу о несостоятельности для своих прав и требований); б) повышение эффективности и действенности производства по делам о несостоятельности, имеющего трансграничные последствия (например, за счет снижения сложности и стоимости производства по делу о несостоятельности и улучшения координации ликвидационного и реорганизационного производства в трансграничном контексте); и с) предупреждение злоупотреблений в плане поиска «удобного суда» и других нарушений, которые ставят под угрозу

⁵ См. Заявление докладчиков по Глобальным правилам.

⁶ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/76/17)*, пп. 216 и 217.

⁷ *A/CN.9/1088*, п. 57.

законные ожидания кредиторов и других заинтересованных сторон⁸. Рабочая группа, возможно, пожелает также принять во внимание, что при решении каждой из этих задач законодательные положения должны обеспечивать надлежащий баланс между конкурирующими соображениями.

В. Сфера применения законодательных положений

8. Сфера применения законодательных положений связана со сферой охвата «производства по делу о несостоятельности», которая обсуждалась на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы⁹. В текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности признается, что в различных юрисдикционных системах могут быть разные представления о том, что подпадает под термин «производство по делу о несостоятельности»¹⁰. В этих текстах содержится сводный перечень требований, которым должно удовлетворять производство, чтобы считаться «производством по делу о несостоятельности» для целей текстов ЮНСИТРАЛ о несостоятельности: а) коллективное производство (судебное или административное); проводимое б) в соответствии с законодательством о несостоятельности; с) под контролем или надзором суда; d) в отношении должника (физического или юридического лица), находящегося в тяжелом финансовом положении или являющегося неплатежеспособным; и е) с целью ликвидации или реорганизации этого должника в качестве коммерческой организации¹¹. Судебное или административное производство, направленное на ликвидацию состоятельного субъекта и другие производства, не отвечающие этим требованиям, не являются производством по делам о несостоятельности в соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности¹². Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будут ли такие же соображения применимы к определению термина «производство по делам о несостоятельности» в данных законодательных положениях. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что, например, недавно добавленная рекомендация 294 разрешает отвечающим установленным критериям должникам подавать заявление об открытии упрощенного производства по делу о несостоятельности на ранней стадии возникновения финансовых трудностей без необходимости представления доказательств факта неплатежеспособности.

9. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было сочтено, что ссылка на «производство по делу о несостоятельности» во вступительной части рекомендации 31 должна охватывать «временное производство» и «досудебные процедуры, имеющие достаточно тесную связь с делом о несостоятельности»¹³. В связи с этим было предложено добавить ссылку на «реструктуризацию» или «законодательство о реструктуризации» в качестве отдельного пункта в перечне пунктов в рекомендации 31 или, в противном случае, пояснить в комментарии, что термины «производство по делу о несостоятельности» и «законодательство о несостоятельности», используемые в вводной части рекомендации 31, охватывают эти аспекты¹⁴. (Обсуждение термина «законодательство о несостоятельности» см. пункты 13–15 ниже).

⁸ Объяснение значения термина «заинтересованные стороны» см. глоссарий Руководства, термин (dd).

⁹ A/CN.9/1088, пп. 62, 64, 65(f) и 68.

¹⁰ См., например, глоссарий Руководства, термины (s) и (u), которые следует читать вместе, а также с пояснениями, приведенными в части первой, п. 2; Руководство по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности (ТЗСРН) (РП), п. 22; и Руководство по принятию и толкованию Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (ТЗТН) (РПТ), п. 48.

¹¹ См. РП, п. 49; и РПТ, пп. 65–78.

¹² См., например. РП, п. 22; и РПТ, п. 48.

¹³ A/CN.9/1088, п. 68.

¹⁴ A/CN.9/1088, п. 65(f).

10. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что, хотя в термине «производство по делу о несостоятельности» в Руководстве (гlossарий, термин (u)) отсутствует ссылка на «временное производство», такое производство и «иностранный производственный» упоминаются в типовых законах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности. В соответствующем комментарии разъясняется, что «временное производство» не следует отделять от других производств по делам о несостоятельности просто потому, что оно названо временным и носит временный характер¹⁵. Если временное производство отвечает сводному перечню требований, изложенному в пункте 8 выше, оно будет считаться «производством по делу о несостоятельности» в соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности.

11. Тот же критерий следует применять к «реструктуризации» или «досудебным процедурам, имеющим достаточно тесную связь с делом о несостоятельности». Такие ссылки, возможно, следует дополнительно разъяснить. Они, например, могут относиться к добровольным переговорам о реструктуризации, упомянутым в части первой Руководства среди механизмов урегулирования финансовых трудностей должника и в части второй Руководства в контексте ускоренного реорганизационного производства (см. рек. 160–168). В Руководстве поясняется, что переговоры о добровольной реструктуризации обычно предполагают реструктуризацию задолженности перед кредиторами и другими институциональными кредиторами, а также крупными неинституциональными кредиторами, когда их участие имеет существенно важное значение для реструктуризации, но в которой не участвуют все категории кредиторов. Предлагаемые ссылки на «реструктуризацию» или «досудебные процедуры, имеющие достаточно тесную связь с делом о несостоятельности» могут охватывать также неофициальные переговоры по реструктуризации задолженности, упоминаемые в недавно добавленных рекомендациях 374–376 среди механизмов предотвращения несостоятельности микро- и малых предприятий. В Руководстве отмечается, что они также обычно проводятся с ограниченным числом кредиторов. В Руководстве признается, что успех различных видов внесудебных переговоров о реструктуризации задолженности часто зависит от наличия эффективного и действенного законодательства о несостоятельности, и в то же время подчеркивается, что такие переговоры обычно не подпадают под действие законодательства о несостоятельности. Соглашения или договоренности, вытекающие из этих переговоров, обычно регулируются договорным правом, корпоративным или коммерческим правом, гражданско-процессуальным законодательством или, в некоторых случаях, банковскими правилами.

12. В соответствии с текстами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности «производство по делу о несостоятельности» охватывает как реорганизацию, так и ликвидацию. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа обсудила вопрос о том, будет ли оправданной подготовка отдельных сводов норм применимого права для ликвидации и реорганизации с учетом различных вопросов, которые возникают в связи с этими двумя видами производства по делу о несостоятельности, в частности, в отношении необходимости использования обремененных активов и, следовательно, привлечения обеспеченных кредиторов. Было сочтено достаточным более подробно остановиться на этих вопросах в комментарии к будущему тексту¹⁶.

¹⁵ РПТ, п. 79.

¹⁶ A/CN.9/1088, п. 89.

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

1. Значение термина *lex fori concursus*

13. В Руководстве термин *lex fori concursus* объясняется как право государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности (гlossарий, термин (х)). В вводной части рекомендации 31 Руководства значение термина *lex fori concursus* сужается до «законодательства о несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*)». На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа согласилась толковать термин «законодательство о несостоятельности», содержащийся во вводной части рекомендации 31, в широком смысле как охватывающий другие законы, в достаточной степени связанные с несостоятельностью. Было сочтено, что будет достаточно разъяснить такое предполагаемое толкование в любом исправленном комментарии к этому положению, который может быть в надлежащее время подготовлен. В этой связи была сделана конкретная ссылка на положения корпоративного права, касающиеся обязательств и ответственности директоров, а также на подход, принятый в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о признании и приведении в исполнение судебных решений, принятых в связи с производством по делам о несостоятельности (ТЗСРН)¹⁷.

14. В этом отношении значение могут иметь следующие два аспекта: а) слова «является следствием производства по делу о несостоятельности или существенно связано с ним», включенные в определение термина «судебное решение, принятое в связи с производством по делу о несостоятельности» (ст. 2(d)(i)(a) ТЗСРН); а также б) слова «законодательство, касающееся несостоятельности», содержащиеся в определении термина «производство по делу о несостоятельности» (ст. 2(a) ТЗСРН). История разработки определения термина «судебное решение, принятое в связи с производством по делу о несостоятельности» в ТЗСРН¹⁸ свидетельствует о том, что формулировка в подпункте (а) была включена вместо слов «вытекает непосредственно из производства по делу о несостоятельности и тесно связана с ним» в качестве компромисса с учетом конкретных целей ТЗСРН¹⁹. Для сравнения, слова «законодательство, касающееся несостоятельности», используется также в других текстах ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности²⁰. Выбор именно этой формулировки в типовых законах ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности объясняется тем, что ликвидация и реорганизация могут проводиться в соответствии с законодательством, которое не именуется законодательством о несостоятельности (например, законодательство о компаниях), но, тем не менее, затрагивает или регулирует вопросы несостоятельности или трудного финансового положения. Задача заключалась в нахождении формулировки, которая была бы достаточно широкой и охватывала бы нормы, касающиеся несостоятельности, независимо от вида законодательного акта или закона, в которых они могут содержаться, и независимо от того, относится ли закон, в котором содержатся эти нормы, исключительно к несостоятельности²¹. Выбор такой формулировки в Руководстве применительно к обязанностям директора в период, предшествующий несостоятельности (в том числе в рамках предпринимательских групп) объясняется тем, что обязанности и ответственность директора могут быть указаны в разных законах, включая законодательство о компаниях и законодательство о несостоятельности, и

¹⁷ A/CN.9/1088, пп. 63 и 68.

¹⁸ См., например, A/CN.9/903, пп. 68–73 и 77; и A/CN.9/931, п. 17(b).

¹⁹ См. РП, п. 21.

²⁰ См., например, ст. 2(a) ТЗТН; ст. 2(h) ТЗНПГ; и Руководство (рекомендации и сноска 6 в части четвертой; и рекомендация 372 в части пятой).

²¹ См., например, РПТ, п. 73.

потенциальные наложения и коллизии между этими законами в период, предшествующий неплатежеспособности должника необходимо урегулировать²².

15 Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли в свете вышеизложенных соображений устранить в законодательных положениях несоответствие в толковании термина *lex fori concursus* в глоссарии и рекомендации 31. Рабочая группа, возможно, пожелает также уточнить элементы для включения в комментарий, принимая во внимание вопросы, поднятые в пунктах 14–16 документа [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), в частности, предполагается ли охватить нормы международного частного права государства об открытии производства по делу о несостоятельности.

2. Более последовательное применение правила *lex fori concursus* и уточнение сферы его действия

16. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, что в соответствии с рекомендацией 31 Руководства, *lex fori concursus* будет применяться ко всем аспектам производства по делу о несостоятельности и его последствиям, если прямо не указано иное. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает напомнить, что на ее пятьдесят девятой сессии были высказаны мнения о том, что наблюдаемое сближение материально-правовых норм в области несостоятельности должно сделать применение *lex fori concursus* к производству по делам о несостоятельности менее проблематичным²³.

17. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа рассмотрела следующие предложения по уточнению сферы действия *lex fori concursus*: а) расширить иллюстративный перечень пунктов, содержащийся в рекомендации 31; b) уточнить содержание некоторых пунктов, уже перечисленных в этом перечне, чтобы тем самым устранить любую двусмысленность в отношении применения *lex fori concursus* к уточненным аспектам; c) обусловить применение *lex fori concursus* определенными условиями в отношении некоторых пунктов из этого перечня (расторжение сделок и зачет (пункты (g) и (i)); d) заменить *lex fori concursus* другим законодательством, в частности, в отношении имущественных прав (это обсуждалось в связи с режимом обеспеченных кредиторов (пункт (j) перечня)); и e) уточнить взаимодействие *lex fori concursus* с законодательством признающего государства. Эти предложения изложены ниже вместе с соответствующими пунктами рекомендации 31 (перекрестные ссылки в скобках относятся к рекомендациям Руководства, в которых рассматриваются перечисленные пункты).

18. Не было высказано никаких замечаний в отношении других перечисленных пунктов, а именно: пункта (a) определение должников, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности (см. рек. 8–13 и 292 Руководства); пункта (b) определение момента, когда может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, а также стороны, которая может подать заявление об открытии производства, и решение вопроса о том, должны ли критерии открытия производства различаться в зависимости от стороны, ходатайствующей о его открытии (см. рек. 14–29, 293–297 и 304 Руководства); пункта (e) использование или реализация активов (см. рек. 52–62 Руководства); пункта (f) предложение, принятие, утверждение и выполнение плана реорганизации (см. рек. 139–159 и 338–353 Руководства); пункта (m) функции кредиторов и комитета кредиторов (см. рек. 126–136 Руководства); пункта (p) затраты и расходы, связанные с производством по делу о несостоятельности (см. рек. 26, 125 и 280 Руководства); пункта (q) распределение поступлений (см. рек. 191–193 и 334 Руководства); пункта (r) завершение производства (см. рек. 197–198 и 362 Руководства); и пункта (s) освобождение от обязательств (см. рек. 194–196 и 354–361 Руководства). Таким образом, можно считать вполне обоснованным перечисление этих пунктов в законодательных положениях в качестве примеров тех

²² См. часть четвертая, раздел первый, «Общие сведения», п. 11.

²³ [A/CN.9/1088](#), п. 86.

аспектов производства по делу о несостоятельности, на которые будет распространяться правило *lex fori concursus*.

Пункт (с). Образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности (см. рек. 35–38 и 313–315 Руководства)

19. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа сочла, что имеет смысл закрепить применение *lex fori concursus* в отношении режима цифровых активов, прав интеллектуальной собственности и лицензий в рамках производства по делу о несостоятельности как части имущественной массы должника в деле о несостоятельности²⁴. В этой связи внимание было обращено на специфику таких активов (в частности, сложность установления их местонахождения и определения юрисдикции). Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что, хотя в Руководстве не содержится никакой ссылки на «цифровые активы» или «лицензии», в нем прямо упоминаются права интеллектуальной собственности при описании «нематериальных активов», образующих имущественную массу²⁵. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что цифровые активы и лицензии относятся к одной и той же категории и в их отношении должен применяться одинаковый режим.

Пункт (d). Защита и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности (см. рек. 39–51 и 317 и 318 Руководства)

20. Этот пункт охватывает временные меры, мораторий, исключения из моратория, защиту от уменьшения стоимости обремененных активов, а также освобождение от временных мер и моратория. «Мораторий» может применяться к судебным, административным, арбитражным разбирательствам и другим индивидуальным искам в отношении активов, прав, обязательств или ответственности должника, включая иски, направленные на придание силы обеспечительным интересам в отношении третьих сторон или на принудительное исполнение обеспечительных интересов. Он может применяться также к исполнительным действиям в отношении активов имущественной массы, прекращению какого-либо контракта с должником (включая оговорки об автоматическом прекращении контракта и ускорении исполнения (*ipso facto*) (см. пункт (h) ниже)) и передаче, обременению или иному отчуждению любых активов или прав, образующих имущественную массу²⁶.

21. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа отметила практические трудности, которые возникают при введении моратория за рубежом, в частности применительно к искам обеспеченных кредиторов по исполнительным действиям в отношении заложенного имущества, не находящегося ни в государстве открытия производства по делу о несостоятельности, ни в признающем государстве²⁷. Такие практические трудности могут быть лишь в некоторой степени устранены за счет моратория и других средств судебной защиты, предусмотренных типовыми законами ЮНСИТРАЛ о несостоятельности, поскольку объем, продолжительность, изменение, приостановление или прекращение моратория и других средств судебной защиты в признающем государстве определяются положениями законодательства этого государства, а не *lex fori concursus*. Таким образом, сфера действия моратория и других средств судебной защиты могут различаться в государстве открытия производства по делу о несостоятельности и в признающем государстве. Различия часто возникают, в частности, в отношении исключений для обеспеченных требований, платежей должника в рамках обычных коммерческих операций, зачета и реализации вещных прав. На

²⁴ A/CN.9/1088, п. 91.

²⁵ См. рекомендации 35–38 и сопроводительный комментарий.

²⁶ См. глоссарий Руководства, термин (rr), и рекомендацию 46 и сопроводительные сноски.

²⁷ A/CN.9/1088, п. 86.

пятьдесят девятой сессии Рабочей группе было предложено рассмотреть эти вопросы, если в этом будет необходимость²⁸.

22. В текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности эти практические трудности признаются, в частности, в контексте международного арбитража с учетом его относительной независимости от правовой системы государства, в котором проводится арбитражное разбирательство²⁹. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было поддержано предложение более подробно рассмотреть последствия *lex fori concursus* для арбитражного разбирательства на основе существующего комментария к статье 20 Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (ТЗТН). В этом комментарии отмечается, что статья 20(1)(а) ТЗТН, не проводя различия между различными видами индивидуальных исков, также охватывает действия в арбитраже. Таким образом, статья 20 устанавливает обязательное ограничение эффективности арбитражного соглашения. Это ограничение добавляется к другим возможным ограничениям свободы сторон соглашаться на арбитраж, которые могут существовать согласно национальному праву (например, пределы в отношении возможности арбитражного разбирательства или способности заключать арбитражное соглашение).

23. При дальнейшем обсуждении этих вопросов Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, будет ли применение правила *lex fori concursus* иметь в отношении арбитражного разбирательства какие-либо другие последствия, помимо введения моратория, и будет ли это иметь аналогичные последствия также и для незавершенных судебных разбирательств. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что в одном из рассмотренных текстов предусматривается, что последствия производства по делу о несостоятельности для незавершенного судебного или арбитражного разбирательства в отношении какого-либо актива или права, являющихся частью имущественной массы должника, регулируются исключительно законодательством государства, в котором проводится такое судебное разбирательство или в котором находится арбитражный суд³⁰. В этой связи следует отметить, что: а) в соответствии с рекомендациями 47 (последнее предложение) и 318(а) Руководства, а также статьей 20(3) ТЗТН, индивидуальные иски или процессуальные действия в той мере, в какой это необходимо для сохранения требования к должнику, исключаются из сферы действия моратория; и б) интересы сторон могут быть основанием для разрешения продолжить арбитражное разбирательство, что предусмотрено в положениях, допускающих освобождение от моратория (статья 20(2) ТЗТН и сопроводительный комментарий и рек. 49 и 317 Руководства).

Пункт (g). Расторжение определенных сделок, которые могут нанести ущерб некоторым сторонам (см. рекомендации 87–99 и 316 Руководства)

24. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа заслушала различные мнения относительно желательности защиты сделки от расторжения на основании *lex fori concursus*, если сделка регулируется правом, отличным от *lex fori concursus*, и такое другое право не допускает каких-либо средств оспаривания этой сделки в соответствующем случае³¹. Рабочая группа, возможно, пожелает дополнительно рассмотреть этот аспект с учетом вопросов, поднятых в пункте 25 документа A/CN.9/WG.V/WP.176 и пунктах 26 и 27 доклада о работе коллоквиума (A/CN.9/1060), и гарантии, предусмотренной в одном из рассмотренных текстов, которая направлена на предотвращение злоупотреблений при

²⁸ Там же.

²⁹ См., например, сноску 20 к рекомендации 46 Руководства, содержащую ссылку на ст. 20 ТЗТН, и РПТ, п. 180.

³⁰ См. ст. 18 новой редакции ЕРН.

³¹ A/CN.9/1088, п. 83 и сопроводительная сноска, содержащая ссылку на ст. 16 новой редакции ЕРН.

выборе права, если защита от расторжения сделки доступна в соответствии с *lex fori concursus*³².

25. Отклонение от подхода к расторжению сделок, который был использован при подготовке проекта Руководства, по-видимому, будет оправдано, например, в отношении вновь возникших потребностей или практики. Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание в этой связи мнение, высказанное на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы, согласно которому, хотя в пунктах 89 и 90 комментария к рекомендациям 30–34 Руководства отмечаются различные подходы к определению права, регулирующего расторжение сделок и принципы, лежащие в основе таких подходов, они не содержат четкого объяснения, почему под исключения из сферы действия *lex fori concursus* не подпадает расторжение сделок³³.

Пункт (h). Режим контрактов (см. рекомендации 69–86 Руководства)

26. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы была выражена поддержка добавлению ссылки на оговорки *ipso facto* в пункте (h) или в отдельном пункте³⁴. В Руководстве оговорки *ipso facto* рассматриваются в рекомендациях 70 и 71, в которых они упоминаются как оговорки об автоматическом прекращении и ускорении исполнения и описываются как любые контрактные оговорки, автоматически прекращающие или ускоряющие исполнение контракта при наступлении любого из следующих событий: а) подача заявления или открытие производства по делу о несостоятельности; и б) назначение управляющего в деле о несостоятельности. Как объяснялось в связи с пунктом (d) выше, в соответствии с Руководством к таким оговоркам будет применяться мораторий. Руководство предусматривает также, что эти оговорки не подлежат исполнению в отношении управляющего в деле о несостоятельности и должника за некоторыми исключениями (например, финансовые контракты, договоры об оказании незаменимых и личных услуг) или с учетом особых правил (трудовые договоры).

27. Кроме того, применительно к этому пункту была сделана ссылка на статью 11 новой редакции ЕРН, которая предусматривает особый режим контрактов, касающихся недвижимого имущества и, в частности, что последствия производства по делу о несостоятельности для контракта, предоставляющего право на приобретение или использование недвижимого имущества, регулируются исключительно законодательством государства, на территории которого находится такое недвижимое имущество³⁵.

Пункт (i). [Режим] зачета (см. рек. 100 Руководства)

28. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы была выражена поддержка включению в начале пункта (i) слова «режим», с тем чтобы лучше показать, что этот пункт касается прежде всего возможности и условий зачета в соответствии с законодательством о несостоятельности, а не аспектов зачета в соответствии с

³² См. глобальное правило 23 (следует читать вместе с глобальным правилом 22, которое аналогично статье 16 новой редакции ЕРН). Гарантия предусматривает, что освобождение от действия нормы о расторжении сделки в законодательстве государства открытия производства по делу о несостоятельности не применяется, если представлены доказательства того, что государство, законодательство которого регулирует такую сделку, не имеет существенного отношения к сторонам или сделке, и не существует каких-либо иных разумных оснований для выбора законодательства этого государства в качестве законодательства, регулирующего рассматриваемую сделку. Сторона, утверждающая, что такие условия соблюдены в отношении конкретной сделки, обязана доказать, что эти условия действительно соблюдены в данном конкретном случае.

³³ A/CN.9/1088, п. 78.

³⁴ A/CN.9/1088, п. 65(a).

³⁵ A/CN.9/1088, п. 83 и сопроводительная сноска, содержащая ссылку на ст. 11 новой редакции ЕРН.

другим законодательством (например, договорным правом, имущественным правом)³⁶.

29. Кроме того, Рабочая группа заслушала различные мнения по вопросу о праве, которое должно иметь преимущественную силу в отношении права кредиторов требовать зачета своих требований с учетом требований должника³⁷. Рабочая группа, возможно, пожелает дополнительно рассмотреть этот аспект, принимая во внимание вопросы, поднятые в пункте 24 документа [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), и гарантию, предусмотренную в одном из рассмотренных текстов³⁸. Кроме того, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что рекомендация 100 Руководства предусматривает, что законодательство о несостоятельности должно защищать существующее согласно нормам права за пределами законодательства о несостоятельности общее право на зачет, которое возникло до открытия производства по делу о несостоятельности, с учетом применение положений о расторжении сделок.

Пункт (j). Режим обеспеченных кредиторов³⁹

30. Этот пункт охватывает положения Руководства, касающиеся: а) применения моратория в отношении обеспеченных кредиторов (см., например, рек. 46(b) и 49); b) защиты обеспеченных кредиторов от уменьшения стоимости обремененных активов (см., например, рек. 50–67); c) возможности применения положений о расторжении в отношении обеспечительных интересов (рек. 88); d) возможной обязанности обеспеченных кредиторов предъявлять требования в ходе производства по делу о несостоятельности (рек. 172); и e) приоритета обеспеченных требований, включая также требования, которые могут иметь более высокий приоритет по сравнению с обеспеченными требованиями (рек. 188). На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы этот пункт обсуждался в более широком контексте режима вещных прав в рамках производства по делу о несостоятельности⁴⁰.

31. В текстах ЮНСИТРАЛ не дается определения вещных прав. В некоторых случаях они обозначают определенные права в качестве имущественных прав (вещных прав), имеющих силу в отношении третьих сторон, или же в качестве прав на активы (право *in rem*) в отличие от личных прав (право *ad personam*)⁴¹. В комментарии к статье 32 ТЗТН отмечается, что слова «обеспеченные требования» используются для общего указания на требования, гарантируемые конкретными активами, тогда как слова «вещные права» призваны указать права, относящиеся к конкретному имуществу, на которое может быть обращено взыскание, в том числе и в отношении третьих сторон. В комментарии признается, что для обозначения какого-либо данного права могут быть использованы оба этих термина в зависимости от классификации и терминологии применимого

³⁶ [A/CN.9/1088](#), п. 65(b).

³⁷ [A/CN.9/1088](#), п. 83 и сопроводительная сноска, содержащая ссылку на ст. 9 новой редакции ЕРН.

³⁸ См. глобальное правило 18 (следует читать вместе с глобальным правилом 17, которое аналогично ст. 9 новой редакции ЕРН). Гарантия предусматривает, что норма о преимущественной силе права, применимого к иску несостоятельного должника, не применяется, если законодательство государства, выбранное сторонами, не имеет существенного отношения к сторонам или сделке, и не существует каких-либо иных разумных оснований для выбора сторон, и в отсутствие явного выбора, сделанного сторонами, правом, применимым к иску несостоятельного должника, будет право государства открытия основного производства по делу о несостоятельности.

³⁹ В тексте Руководства содержатся соответствующие рекомендации и другие положения. Ссылки на них содержатся в приложении I к Руководству. В качестве справочного материала можно также использовать главу XII Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

⁴⁰ [A/CN.9/1088](#), п. 65(c).

⁴¹ См., например, п. 470 Руководства по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках или п. 17 введения к Руководству ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

законодательства, и принимающим типовой закон государствам рекомендуется использовать другой термин или термины для обозначения этих концепций⁴².

32. 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; с) право требовать взыскания активов или требовать реституции от любого лица, которое владеет ими или использует их вопреки желанию стороны, имеющей на это право; d) вещное право на доходное использование активов; и e) право, зарегистрированное в государственном реестре и подлежащее принудительному исполнению в отношении третьих сторон, на основании которого может быть получено вещное право кредиторов или третьих сторон⁴³.

33. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа заслушала различные мнения относительно подходов к режиму вещных прав в рамках производства по делу о несостоятельности, один из которых заключается в том, чтобы поставить вещные права в зависимость от *lex fori concursus*, а другой — в том, чтобы изолировать вещные права от последствия любого производства по делу о несостоятельности, за исключением исков о расторжении сделок. Последний подход в одном из рассмотренных текстов сопровождается гарантией, направленной на предотвращение недобросовестного использования «тихих гаваней для активов»⁴⁴. С учетом отмеченных преимуществ и недостатков этих подходов было поддержано предложение найти золотую середину, например, обусловив вещные права соблюдением законодательства о несостоятельности государства, в котором находятся активы (*lex rei situs*; см. глоссарий, термин (y))⁴⁵.

34. Рабочая группа, возможно, пожелает дополнительно рассмотреть эти аспекты, принимая во внимание вопросы, поднятые в документе [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), в частности то, что предложение предусмотреть исключения из *lex fori concursus* в отношении вещных прав не получило достаточной поддержки при подготовке Руководства⁴⁶. Отклонение от подхода к режиму вещных прав, который был использован при подготовке проекта Руководства, по-видимому, будет оправдано, например, в отношении вновь возникших потребностей или практики. Кроме того, следует ожидать, что применяемые подходы будут соответствовать другим текстам ЮНСИТРАЛ, включая Руководство ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам, которое разрабатывалось параллельно с Руководством и в котором подтверждается применение к обеспечительным правам *lex fori concursus*⁴⁷.

⁴² РПТ, п. 241.

⁴³ См., например, статью 8 новой редакции ЕРН и глобальное правило 15.

⁴⁴ См. глобальное правило 16 (следует читать вместе с глобальным правилом 15, которое аналогично статье 8 новой редакции ЕРН). Гарантия предусматривает отмену освобождения вещных прав от последствий производства по делу о несостоятельности, если представлены доказательства того, что государство, в котором на момент открытия производства по делу о несостоятельности находятся активы, не имеет существенного отношения к сторонам или сделке, в отношении которой было создано обеспечительное право, и нет никаких других разумных оснований для того, чтобы активы находились в этом месте. Сторона, утверждающая, что эти условия соблюдены в отношении конкретного обеспечительного права, обязана доказать, что такие условия действительно соблюдены в данном конкретном случае.

⁴⁵ [A/CN.9/1088](#), п. 65(c).

⁴⁶ В этой связи см. пп. 9, 10, 22 и 23 документа [A/CN.9/WG.V/WP.176](#).

⁴⁷ См. рекомендацию 223 и главу X, пп. 80–82. Комментарий к статье 94 в Руководстве по принятию Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (п. 500) содержит перекрестную ссылку на эту рекомендацию и на рекомендацию 31 Руководства.

35. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было внесено предложение прямо предусмотреть в законодательных положениях, что открытие производства по делу о несостоятельности не должно прекращать действие общих предшествующих несостоятельности коллизионных норм, применимых к вопросам создания и силы обеспечительных прав в отношении третьих сторон⁴⁸. Секретариат отмечает, что соответствующие положения содержатся в статье 94 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках и рекомендации 223 Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по обеспеченным сделкам.

Пункты (к) и (л). Права и обязательства должника (см. рек. 108–114, 284–287 и 289–290 Руководства); и **Обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности** [или другого независимого специалиста] (см. рек. 115–125 и 278 Руководства)

36. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было отмечено, что на практике вызывает трудности применение статьи 24 ТЗТН, которая разрешает иностранному представителю после признания иностранного производства, которое он представляет, и при условии соблюдения требований законодательства признающего государства вступать в любое производство в признающем государстве, стороной которого является должник. Было сочтено необходимым уточнить, положения какого законодательства — *lex fori concursus* или законодательство государства признания производства — будут иметь преимущественную силу в вопросах, касающихся полномочий доверенных лиц, и других соответствующих вопросах⁴⁹. Как было разъяснено на этой сессии, проблемы возникают из-за различий в правовом режиме имущества должника, действующем после открытия производства по делу о несостоятельности или признания иностранного производства по делу о несостоятельности в разных юрисдикционных системах. В некоторых юрисдикционных системах должник может продолжать участвовать в производстве, стороной которого он является, что может противоречить правилу *lex fori concursus*, если последнее предусматривает такое право только для управляющего в деле о несостоятельности.

37. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть эти вопросы, принимая во внимание, что в комментариях к статье 24 ТЗТН разъясняется, что цель этой статьи состоит в том, чтобы избежать отказа иностранному представителю в процессуальной правоспособности вступать в производство лишь потому, что в процессуальном законодательстве признающего государства иностранный представитель может не упоминаться в числе тех, кто имеет такую правоспособность⁵⁰. Во всех остальных случаях применяется местное законодательство.

Пункт (п). Режим требований (рек. 169–184, 305 и 319–325 Руководства)

38. Этот пункт охватывает идентификацию требований, которые могут или должны быть представлены, режим, который должен применяться к этим требованиям, механизмы представления, проверки и признания требований, обжалование оспариваемых требований и равный режим для кредиторов с аналогичным статусом. Этот пункт охватывает также режим требований, представляемых после открытия производства, который рассматривается в тексте всего Руководства (например, в контексте финансирования после открытия производства).

39. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было поддержано предложение прямо перечислить в этом пункте такие аспекты, а также сделать ссылку на права кредиторов после закрытия производства по делу о несостоятельности⁵¹. Последнее предложение может потребовать дополнительных разъяснений из-за

⁴⁸ A/CN.9/1088, п. 87(а).

⁴⁹ A/CN.9/1088, п. 82.

⁵⁰ РПТ, п. 204.

⁵¹ A/CN.9/1088, п. 65(d). Аналогичные пункты содержатся в новой редакции ЕРН, пункты (g), (h) и (k) статьи 7, соответственно.

его потенциальной связи с другими пунктами перечня (например, пунктами (f) выполнение плана реорганизации и (s) освобождение от обязательств).

Пункт (о). Очередность требований (см. рек. 185–189 Руководства)

40. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы были подняты вопросы, связанные с очередностью местных и иностранных требований⁵². В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что в пункте 84 комментария к рекомендациям 30–34 Руководства рекомендуется рассматривать требование как обычное требование, если эквивалентность не может быть установлена. В тех случаях, когда требования с учетом их сущностного содержания и функций соответствуют друг другу в той мере, в какой их можно считать «функционально взаимозаменяемыми», их следует считать эквивалентными и применять к ним одинаковый режим в рамках производства по делу о несостоятельности. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, входит ли этот вопрос в сферу охвата проекта, и если да, то следует ли сформулировать какие-либо дополнительные рекомендации по этому вопросу.

[Пункт (s-бис). Ответственность директоров должника за действия, предпринятые, когда должник был неплатежеспособным или в период, предшествующий неплатежеспособности, и право на предъявление иска, связанного с такой ответственностью, которое может быть реализовано имущественной массой должника или от ее имени] (см. часть четвертую и рек. 372 Руководства)

41. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы была выражена поддержка добавлению в перечень пунктов ссылки на обязанности и ответственность директоров⁵³. В то же время было подчеркнуто, что такое включение будет уместным только в том случае, если оно будет соответствовать части четвертой. В части четвертой отмечается, что в ней внимание сосредоточивается только на тех обязанностях, которые могут быть включены в законодательство, касающееся несостоятельности, и принудительно исполнены после открытия производства по делу о несостоятельности (т. е. исключается ответственность директоров в соответствии с уголовным законодательством или деликтным правом или общим законодательством о компаниях, не имеющим отношения к неплатежеспособности.)⁵⁴. С учетом принятого решения в отношении широкого толкования термина «законодательство о несостоятельности», используемого во вводной части рекомендации 31 было, тем не менее, также сочтено, что вносить дальнейшие изменения в перечень, содержащийся в рекомендации 31, не потребуется⁵⁵.

42. Рабочая группа, возможно, пожелает продолжить обсуждение этого предложения с учетом вопросов, поднятых в пунктах 8–15 выше, в том числе вопроса о том, следует ли включать отдельный пункт по этому вопросу, и если да, то является ли предложенная выше формулировка пункта (s-бис) приемлемой.

[Пункт (s-тер). [Реструктуризация] [Законодательство о реструктуризации]]

43. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы была выражена поддержка добавлению ссылки на реструктуризацию или законодательство о реструктуризации. В противном случае было предложено пояснить в комментарии, что термин «законодательство о несостоятельности» или «производство по делу о несостоятельности», используемый во вводной части, охватывает аспекты реструктуризации⁵⁶. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть эти предложения с учетом вопросов, поднятых в пунктах 8–15 выше.

⁵² A/CN.9/1088, п. 66(b).

⁵³ A/CN.9/1088, п. 65(e).

⁵⁴ См. «Общие сведения», п. 15.

⁵⁵ A/CN.9/1088, п. 68.

⁵⁶ A/CN.9/1088, п. 65(f).

[Пункт (s-кватор). Экологический ущерб и ответственность]

44. На пятьдесят девятой сессии Рабочей группы было внесено предложение прямо включить экологические аспекты в сферу действия *lex fori concursus* в свете последних изменений в прецедентном праве⁵⁷. Вопросы, возникающие в связи с экологическим ущербом и ответственностью в случае несостоятельности, многогранны и относятся к нескольким существующим пунктам перечня (в частности, образование и состав имущественной массы, мораторий, использование или реализация активов, режим требований, режим контрактов, права и обязательства должника, обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности (или другого независимого специалиста) и освобождение от обязательств). Кроме того, они могут касаться аспектов публичного права, в том числе международного права, и, следовательно, применения императивных норм права, имеющих преимущественную силу.

45. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли добавить конкретно эти аспекты и, если да, то отдельно или в сочетании с каким-либо другим пунктом, уже включенным в перечень в рекомендации 31.

D. Исключения из правила *lex fori concursus*

1. Общие вопросы

46. С учетом рекомендации 34 Руководства и результатов обсуждений на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, чтобы законодательные положения предусматривали лишь ограниченное число исключений из *lex fori concursus* и чтобы такие исключения были четко изложены или указаны в законодательстве о несостоятельности.

47. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что на пятьдесят девятой сессии, со ссылкой на рекомендацию 34 Руководства, было предложено отразить в законодательных положениях, что исключения из *lex fori concursus* могут быть предусмотрены и другим законодательством, не связанным с несостоятельностью⁵⁸. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это предложение, принимая во внимание, что в текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности обычно рекомендуется излагать или четко указывать в законодательстве о несостоятельности все положения другого законодательства, которые имеют последствия для производства по делу о несостоятельности⁵⁹.

2. Платежные и расчетные системы и регулируемые финансовые рынки

48. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа пришла к выводу, что в свете развития ситуации на финансовых рынках и цифровизации финансовых систем исключения из *lex fori concursus* для платежных или расчетных систем и регулируемых финансовых рынков, изложенное в рекомендации 32 Руководства нужно обновить⁶⁰. В ходе дальнейшего рассмотрения этого аспекта Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что, как отмечалось в пункте 27 документа [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), положение о применении права, содержащееся в рекомендации 32, дополняет материальные нормы, содержащиеся в рекомендациях 101–107, которые предусматривают в случае несостоятельности особый режим для финансовых договоров и взаимозачета, исключающий их из сферы действия положений о моратории, оговорок *ipso facto* и положений о расторжении сделок. Как было отмечено в Рабочей группе, в самых последних текстах, касающихся финансовых договоров и взаимозачета, отмечается

⁵⁷ [A/CN.9/1088](#), п. 66(a).

⁵⁸ [A/CN.9/1088](#), п. 87(b).

⁵⁹ В этой связи см., например, рекомендацию 66 и сопроводительную сноску.

⁶⁰ [A/CN.9/1088](#), п. 71.

определенное отклонение от подхода, используемого в рекомендациях 101-107⁶¹. Рабочая группа, возможно, пожелает в этой связи принять во внимание, что она согласилась с необходимостью обновить эту часть Руководства⁶².

49. В ходе обсуждения рекомендации 32 были подняты вопросы, касающиеся терминов, используемых в этой рекомендации, особенно применительно к регулируемым финансовым рынкам. В ходе дальнейшего рассмотрения этого исключения Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что в текстах ЮНСИТРАЛ этим терминам не дается определения, хотя употребление слова «регулируемый» не редкость⁶³.

50. Пониманию терминов, используемых в рекомендации 32, могут способствовать рекомендации 101–107 Руководства и сопроводительный комментарий, согласно которым системы и рынки, которые предполагается охватить, представляют собой тесно интегрированные многосторонние системы и рынки, на которых неплатежеспособность одного участника может стать причиной серии отказов от платежа по параллельным сделкам, что может привести к финансовым затруднениям у других участников системы или рынка, а в худшем случае — к финансовому краху других контрагентов, включая регулируемые финансовые учреждения. Включение слова «регулируемый» в рекомендацию 32 может указывать на то, что, помимо платежных и расчетных систем, исключение применяется только к регулируемым финансовым рынкам, т. е. тем рынкам, которые подлежат надзору или контролю со стороны регулирующих органов в том государстве, в соответствии с законодательством которого функционирует данный рынок. Основной функцией таких регулирующих органов является защита публичных интересов. Таким образом, регулируемые финансовые рынки отличаются от нерегулируемых финансовых рынков, которые не подлежат такому надзору или контролю, хотя некоторые аспекты их деятельности могут регулироваться⁶⁴. Существует мнение, что последний тип рынка может быстро распространиться, особенно в цифровой среде.

51. Как отмечалось в пункте 28 документа [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), статья 12 новой редакции ЕРН предусматривает аналогичное исключение, которое применяется также к неисполнению платежа или расторжению сделок, имевших место в таких системах или на таких рынках. В этом контексте новая редакция ЕРН содержит ссылку на платежные или расчетные системы и финансовые рынки без использования определения «регулируемый». В пункте 71 декларативной части, который имеет отношение к этим положениям, указывается на необходимость специальной защиты в случае платежных систем и финансовых рынков, а также продажи ценных бумаг и предоставления гарантий, предусмотренных для таких сделок, и отмечается, что единственным законодательством, имеющим отношение к таким сделкам, может быть только законодательство, применимое к рассматриваемой системе или рынку. Отмечается также, что такое законодательство предназначено для того, чтобы предотвратить возможность изменения механизмов платежа и расчетов по сделкам в случае неплатежеспособности делового партнера. В этой связи отмечается, что специальные положения Директивы 98/26/ЕС об окончательности расчетов в платежных системах и расчетных системах по ценным бумагам имеют преимущественную силу. В упомянутой Директиве такие системы определяются как формальное соглашение между тремя или более участниками с общими правилами и стандартизированными

⁶¹ Там же.

⁶² См. [A/CN.9/WG.V/WP.176](#), п. 27, содержащий ссылку на доклад о работе сорок четвертой сессии Рабочей группы ([A/CN.9/798](#), пп. 26 и 30).

⁶³ См., например, статью 2(b) Конвенции Организации Объединенных Наций об использовании электронных сообщений в международных договорах и комментарий к ней; и статью 4(2)(a) Конвенции Организации Объединенных Наций об уступке дебиторской задолженности в международной торговле.

⁶⁴ См., например, [Unregulated Financial Markets and Products – Financial Stability Board \(fsb.org\)](#).

механизмами для клиринга или исполнения платежного поручения между участниками, а также особо указывается на системные риски, с которыми сталкиваются такие системы. Согласно некоторым комментариям, сфера применения статьи 12 шире, чем сфера применения Директивы, и охватывает не только формальные системы, а все системы, которые подвержены таким же системным рискам и требуют единообразного режима в рамках только одного законодательства⁶⁵.

52. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это исключение с учетом этих соображений и упомянутой цели — защитить общее доверие и определенность в отношении системы или рынка, которые предполагается охватить, и снизить системные риски, с которыми сталкиваются такие системы и рынки. В этой связи, возможно, потребуется оценить последствия применения другого законодательства до и после неплатежеспособности любого участника этих систем или рынков для используемых платежных и расчетных механизмов. Отклонение от подхода, который был использован при разработке рекомендации 32, по-видимому, будет оправдано, например, в отношении вновь возникших потребностей или практики. Если такое исключение будет сохранено, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть вопрос о том, следует ли исключить слово «регулируемый» или же его следует сохранить и если да, то следует ли его сохранить в качестве определения по отношению только к «финансовым рынкам» или также к «платежным и расчетным системам».

3. Трудовые договоры

53. На своей пятьдесят девятой сессии Рабочая группа заслушала различные мнения о том, следует ли сделать применение исключения из *lex fori concursus* безусловным для трудовых договоров⁶⁶ в соответствии с подходом, принятым в статье 13(1) новой редакции ЕРН. Следует отметить, что в этой связи в новой редакции ЕРН говорится о влиянии производства по делу о несостоятельности на трудовые договоры и о взаимосвязи с пунктом 72 декларативной части, в котором разъясняется, что речь идет о продолжении или прекращении трудовых отношений, правах и обязанностях всех сторон таких трудовых отношений и необходимости получения разрешения на расторжение трудовых договоров, когда это необходимо. Согласно новой редакции ЕРН другие последствия производства по делу о несостоятельности для трудовых договоров и отношений, например, подача, проверка, признание и ранжирование требований, связанных с трудовыми отношениями, будут регулироваться в соответствии с *lex fori concursus* (за исключением случаев, когда берется обязательство избежать открытия вторичного производства по делу о несостоятельности (эти аспекты, как ожидается, будут рассмотрены Рабочей группой на более позднем этапе⁶⁷)). Глобальное правило 20 аналогично статье 13(1) новой редакции ЕРН, однако в глобальном правиле 21 разъясняется, что расторжение трудовых договоров также подпадает под действие *lex fori concursus*⁶⁸.

54. Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть это исключение с учетом истории работы по этой теме (A/CN.9/WG.V/WP.176, пп. 29 и 30), в частности с целью сохранения гибкости, необходимой для учета различных обстоятельств. Было высказано предположение, что некоторые обстоятельства могут потребовать применения норм трудового законодательства конкретной юрисдикционной системы, которое не обязательно будет законодательством государства, в котором открыто производство по делу о несостоятельности, или законодательством трудового договора, которое было выбрано сторонами. Не исключено, что к различным аспектам трудового договора (*dépeçage*) может потребоваться применение нескольких законов. В этой связи актуальны также дополнительные гарантии, которые может обеспечить исключение на основании публичного порядка,

⁶⁵ Brinkmann, p. 149.

⁶⁶ A/CN.9/1088, пп. 73–77.

⁶⁷ A/CN.9/1088, п. 80.

⁶⁸ См. примечания докладчиков к глобальным правилам 20 и 21.

которое рассматривается в разделе Е ниже. Отклонение от подхода, который был использован при разработке рекомендации 33, по-видимому, будет оправдано, например, в отношении вновь возникших потребностей или практики.

Е. Исключение на основании публичного порядка и другие положения

55. В соответствии с подходом, принятым в других текстах ЮНСИТРАЛ о несостоятельности⁶⁹, законодательные положения могут предусматривать исключение на основании публичного порядка, которое будет направлено на предоставление судам принимающего государства возможности отказываться от применения иностранного законодательства, если применение такого законодательства будет явно противоречить публичному порядку данного государства. Как было отмечено на пятьдесят девятой сессии Рабочей группы, необходимость включения такого положения будет зависеть от формы законодательных положений, и поэтому Рабочая группа рассмотрит этот вопрос на более позднем этапе⁷⁰. Если такое положение будет включено, Рабочая группа, возможно, пожелает принять во внимание, что в соответствии с практикой ЮНСИТРАЛ государствам можно рекомендовать придерживаться узкого и ограничительного толкования этого исключения и применять его только в исключительных обстоятельствах, связанных с вопросами, имеющими принципиальное значение для принимающего государства⁷¹.

56. В зависимости от окончательной формы законодательных положений в надлежащее время, возможно, потребуется рассмотреть вопрос о включении ряда других положений, например, положений о преимущественной силе международных обязательств и о толковании законодательных положений с учетом их международного происхождения и необходимости содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности⁷².

⁶⁹ См., например, статью 6 ТЗТН, статью 7 ТЗСРН и статью 6 ТЗНПГ.

⁷⁰ [A/CN.9/1088](#), п. 90.

⁷¹ См., например, РПТ, п. 104.

⁷² См., например, статьи 3 и 8 ТЗСРН.