



Генеральная Ассамблея

Distr.: General
28 March 2019
Russian
Original: Arabic/English/Spanish

**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли**
Пятьдесят вторая сессия
Вена, 8–26 июля 2019 года

Рассмотрение вопросов в области законодательства о несостоятельности

Окончательная доработка и принятие типового закона о несостоятельности предпринимательских групп

Подборка замечаний по проекту типового закона
о несостоятельности предпринимательских групп,
содержащемуся в приложении к докладу Рабочей группы V
(Законодательство о несостоятельности) о работе ее пятьдесят
четвертой сессии ([A/CN.9/966](#))

Записка Секретариата

Содержание

	Стр.
I. Введение	2
II. Подборка замечаний	2
A. Правительства	2
1. Эквадор	2
2. Бахрейн	4
3. Швейцария	6
B. Межправительственные организации	7
1. Международный валютный фонд	7
C. Международные неправительственные организации	9
1. Институт европейского права	9



I. Введение

1. Во исполнение мандата, предоставленного Комиссией Рабочей группе V (Законодательство о несостоятельности) для работы по теме несостоятельности предпринимательских групп¹, Рабочая группа занималась разработкой проекта законодательного текста по этой теме в течение ряда сессий. На своей пятьдесят четвертой сессии (Вена, 10–14 декабря 2018 года) Рабочая группа завершила эту работу, одобрив текст проекта типового закона о несостоятельности предпринимательских групп, приложенный к докладу о работе этой сессии, и просила Секретариат препроводить этот текст государствам-членам для представления замечаний, прежде чем он будет передан на рассмотрение Комиссии на ее пятьдесят второй сессии в 2019 году (A/CN.9/966, пункт 110).
2. В январе 2019 года правительствам и соответствующим международным организациям, приглашаемым на сессии Рабочей группы, было предложено представить замечания по проекту типового закона о несостоятельности предпринимательских групп, одобренного Рабочей группой на ее пятьдесят четвертой сессии.
3. В настоящем документе приводятся в хронологическом порядке замечания по проекту типового закона в том виде, в каком они были получены Секретариатом, с небольшими изменениями в оформлении.

II. Подборка замечаний

A. Правительства

1. Эквадор

[Подлинный текст на испанском языке]
[26 февраля 2019 года]

В проекте типового закона о несостоятельности предпринимательских групп, применимого к предпринимательским группам в тех случаях, когда производство по делу о несостоятельности открыто в отношении одного или нескольких ее членов, рассматриваются вопросы ведения такого производства по делу о несостоятельности и управления им, а также вопросы трансграничного сотрудничества между такими производствами по делам о несостоятельности.

- Назначение представителя группы

Согласно определению в пункте (е) статьи 2 проекта типового закона «“представитель группы” означает лицо или учреждение — включая лицо или учреждение, назначенное на временной основе, — которое уполномочено действовать в качестве представителя планового производства».

В двух пунктах статьи 9 проекта типового закона указано следующее (подчеркивание добавлено):

Сотрудничество и непосредственные сношения между судом настоящего государства и другими судами, управляющими в делах о несостоятельности и любым назначенным представителем группы

1. В вопросах, упомянутых в статье 1, суд сотрудничает в максимально возможной степени с другими судами, управляющими в делах о несостоятельности и любым представителем группы, назначенным либо непосредственно, либо через управляющего в деле о несостоятельности, назначенного в настоящем государстве, или лицом, назначенным для совершения действий по указанию суда.

¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 17 (A/69/17), пункт 155.*

2. Суд имеет право вступать в непосредственные сношения с другими судами, управляющими в делах о несостоятельности или любым назначенным представителем группы или непосредственно запрашивать у них информацию или содействие.

Наконец, статья 16 проекта типового закона предусматривает следующее (подчеркивание добавлено):

Полномочия заключать соглашения, касающиеся координации производств по делам о несостоятельности

Управляющий в деле о несостоятельности и любой назначенный представитель группы могут заключить соглашение, касающееся координации производств по делам о несостоятельности в отношении двух или нескольких членов предпринимательской группы, в том числе в случаях, когда вырабатывается решение, применимое к несостоятельности группы.

Во всех этих трех статьях речь идет о назначении представителя группы, однако в них не указан орган, отвечающий за это назначение. Управление государственного контроля по вопросам компаний, ценных бумаг и страхования считает, что эта информация должна быть включена в эти статьи, как это сделано в пункте 1 статьи 19 проекта типового закона². В случае невозможности это сделать, Управление государственного контроля предлагает в целях обеспечения большей ясности включить в статьи 2, 9 и 16 перекрестную ссылку на пункт 1 статьи 19.

- Разница между решением, применимым к несостоятельности группы, и производством по делу о несостоятельности

В пункте (f) статьи 2 проекта типового закона решение, применимое к делу о несостоятельности, определяется как «предложение или комплект предложений, выработанных в ходе планового производства для реорганизации, продажи или ликвидации некоторых или всех активов или операций одного или нескольких членов предпринимательской группы в целях защиты, сохранения, реализации или увеличения общей совокупной стоимости этих членов предпринимательской группы». В пункте (h) статьи 2 проекта типового закона говорится, что производство по делу о несостоятельности означает «коллективное судебное или административное производство — включая временное производство, — которое проводится в соответствии с законодательным актом, касающимся несостоятельности, и в рамках которого активы и деловые операции должника — члена предпринимательской группы подлежат или подлежали контролю или надзору со стороны суда или другого компетентного органа в целях реорганизации или ликвидации».

Управление государственного контроля по вопросам компаний, ценных бумаг и страхования предлагает провести в проекте типового закона различие между этими двумя концепциями с точки зрения их сферы охвата. Для этого решение, применимое к несостоятельности группы, можно было бы определить как процедуру, помогающую должникам в выполнении их обязательств, нормализации их отношений с кредиторами и сохранении компании-должника в качестве функционирующей хозяйственной единицы, в то время как производство по делу о несостоятельности можно было бы определить как процедуру, имеющую целью реализацию активов должника для покрытия обязательств этого должника в рамках процедуры банкротства. В случае проведения такого различия было бы целесообразно указать, что решение, применимое к несостоятельности группы, по своей сути представляет собой средство, позволяющее

² Это положение гласит (подчеркивание добавлено): «**Статья 19. Назначение представителя группы и полномочие обращаться за судебной помощью.** 1. Если требования подпунктов (g)(i) и (ii) статьи 2 выполнены, то суд может назначить представителя группы. После такого назначения представитель группы принимает меры для выработки и осуществления решения, применимого к несостоятельности группы».

избежать производства по делу о несостоятельности. Соответственно, открытие планового производства с целью выработки или осуществления решения, применимого к несостоятельности группы, должно исключать возможность открытия или продолжения производства по делу о несостоятельности. Комиссия, возможно, пожелает рассмотреть возможность включения в проект типового закона отдельной статьи на эту тему.

Следует отметить, что вышеприведенное предложение косвенно содержится в пункте (f) статьи 20 проекта типового закона. Эта статья, касающаяся судебной помощи национальному плановому производству, устанавливает, что, в той мере, в какой это необходимо для сохранения возможности выработки или осуществления решения, применимого к несостоятельности группы, компетентный суд может, среди прочего, приостановить «любое производство по делу о несостоятельности в отношении участвующего члена предпринимательской группы». Такая же мера судебной помощи предусмотрена в пункте (с) статьи 22, касающейся судебной помощи предварительного характера, которая может быть предоставлена после подачи ходатайства о признании иностранного планового производства.

- Определение фидуциарных обязанностей директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп

Хотя этот вопрос не включен в проект типового закона, в докладе Рабочей группы о работе ее пятьдесят четвертой сессии (Вена, 10–14 декабря 2018 года) указано:

V. Обязанности директоров компаний, входящих в состав предпринимательских групп

112. Рабочая группа согласилась произвести следующие изменения в документе [A/CN.9/WG.V/WP.153](#): ... g) в пункте 11 заменить первое предложение следующим текстом: «При определении наилучших интересов возглавляемого им члена группы директор может взвешивать и учитывать различные интересы. Эти интересы могут включать также интересы других членов группы или группы в целом, когда такие интересы соответствуют также интересам возглавляемого им члена группы».

В этом отношении Управление государственного контроля полагает, что Комиссия, возможно, могла бы пожелать указать, что директора компаний, входящих в состав предпринимательских групп, должны действовать таким образом, чтобы способствовать успеху представляемых ими компаний в интересах, прежде всего, акционеров; и что при этом они могут принимать во внимание позиции различных заинтересованных сторон, таких как другие корпоративные члены, входящие в состав данной предпринимательской группы. Соответственно, в случае коллизии интересов между акционерами какой-либо компании и другими членами группы директорам следует действовать в наилучших интересах этих акционеров, которые имеют приоритет перед интересами всех других заинтересованных сторон.

2. Бахрейн

[Подлинный текст на арабском языке]
[14 марта 2019 года]

...

В ответ на предложение ЮНСИТРАЛ относительно представления государствами-членами их замечаний по проекту типового закона о несостоятельности предпринимательских групп Юридический департамент Совета экономического развития имеет честь представить следующие замечания.

Во-первых, в том что касается определения предпринимательской группы, приводящегося в статье 2 проекта типового закона:

Согласно определению предпринимательской группы, изложенному в пункте (b) статьи 2, предпринимательская группа «означает два или несколько предприятий, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности». Это определение, в частности слова «контроль» и «существенные отношения собственности», вызывает определенные трудности и может привести к расхождениям в понимании и применении этого термина, что не будет способствовать международной торговле.

В этой связи мы предлагаем дать более точное определение «предпринимательской группы», чтобы избежать расхождений в применении и понимании этого термина. Определение должно включать концепции дочерних предприятий и материнских предприятий. Предприятие следует считать дочерним, если оно находится под прямым или косвенным контролем со стороны материнского предприятия в силу того, что в материнском предприятии находится более половины капитала дочернего предприятия, или потому что материнское предприятие имеет право на такое число акций или ему принадлежит такое число акций, которое позволяет ему контролировать процесс принятия решений либо состав совета директоров или назначать директора.

Во-вторых, в пункте 1 статьи 12 указано, что представитель группы, назначенный в настоящем государстве, при исполнении своих функций и при условии надзора со стороны суда, сотрудничает в максимально возможной степени с иностранными судами и [иностранцами] управляющими [в делах о несостоятельности] [других] членов предпринимательской группы, с тем чтобы содействовать выработке и осуществлению решения, применимого к несостоятельности группы.

Согласно формулировке этого пункта, цель сотрудничества заключается просто в том, чтобы «содействовать выработке и осуществлению решения, применимого к несостоятельности группы». Представляется целесообразным расширить сферу охвата этой цели, включив такие аспекты, как справедливое и эффективное управление трансграничной несостоятельностью с целью защиты интересов всех кредиторов; сотрудничество в деле сохранения общей совокупной стоимости операций и активов членов предпринимательской группы, затронутых несостоятельностью; сотрудничество в деле спасения предпринимательских групп, испытывающих финансовые трудности; и другие цели, указанные в проекте типового закона.

В-третьих, в пунктах 1 и 2 статьи 17 указано, что член предпринимательской группы, который имеет центр основных интересов в другом государстве, может участвовать в производстве по делу о несостоятельности с целью содействия сотрудничеству и координации, в том числе с целью выработки и осуществления решения, применимого к несостоятельности группы.

Мы считаем, что в статью 17 следует включить положение о том, что член предпринимательской группы имеет право получать информацию о производстве по делу о несостоятельности, при том условии что этот член предпринимательской группы сообщит компетентному суду государства, в котором ведется производство по делу о несостоятельности, о своем желании принять в нем участие. Такое положение обеспечило бы эффективность ведения производства по делу о несостоятельности и закрепило бы право членов предпринимательской группы принимать в нем участие.

В-четвертых, в статье 19, касающейся судебной помощи в ходе планового производства, рассматриваются меры судебной помощи, которые могут быть приняты судом по просьбе представителя группы, такие как приостановление производства исполнительных действий в отношении активов члена предпринимательской группы, приостановление действия права на передачу любых таких активов, приостановление открытия или продолжения производства в

отношении индивидуальных исков и так далее. Мы предлагаем добавить к этой статье новый пункт об учете при приостановлении или отсрочке срока давности, с тем чтобы приостановление или отсрочка любого процесса или процедуры, предусмотренные статьей 19, учитывались при определении того срока, в течение которого этот процесс или процедура должны быть осуществлены в соответствии с положениями законодательства или соглашения. Если законодательство государства предусматривает, что производство должно быть открыто в течение определенного срока, но кредиторы не могут этого сделать из-за приостановления, это приостановление должно распространяться не только на приостановление производства, но также и на приостановление исчисления срока давности. Эту статью можно было бы изложить следующим образом:

Если предусмотренный настоящей статьей мораторий не позволяет лицу предъявить иск в отношении должника или имущественной массы в деле о несостоятельности, каковой должен быть предъявлен в течение определенного срока, предусмотренного применимым законодательством или соглашением, то отсчет времени для предъявления такого иска автоматически приостанавливается на срок действия этого моратория.

3. Швейцария

[Подлинный текст на английском языке]
[15 марта 2019 года]

В пункте 76 доклада (A/CN.9/966) Рабочей группы V говорится об обеспокоенности одной из делегаций по поводу «включения проектов статей 29–31 в качестве дополнительных положений» — это опасение было «связано с вопросом о целях и причинах включения этих положений в качестве дополнительных». Делегация Швейцарии приветствует подход, избранный Рабочей группой V, который предполагает разделение положений проекта типового закона на «основные» и «дополнительные», но в то же время признает законность любой просьбы относительно обоснования выбора такого подхода. В ответ на эту просьбу в докладе напоминается об «обсуждении этих же вопросов на предыдущих сессиях Рабочей группы». В нем также совершенно справедливо отмечается, что «основания подхода, принятого в отношении статей 29–31, разъясняются в пунктах 25, 26, 205 и 206 проекта руководства».

Несмотря на то что наша делегация считает эти пояснения достаточными — и важными — в контексте пояснительного доклада, комиссии может быть полезна дополнительная информация о предыстории вопроса об «основных» и «дополнительных» положениях, хотя ее, возможно, и нет необходимости включать в руководство: насколько помнит наша делегация — а она принимала участие в этом проекте с самого начала — наблюдалось фундаментальное отсутствие консенсуса в отношении положений, отклоняющихся от принципа центра основных интересов (ЦОИ) компании как основного (и единственного) критерия для открытия и ведения производства по делу о несостоятельности в отношении какой-либо компании (даже в составе группы). Предложения, содержащиеся сейчас в «дополнительных» положениях, содержат — по меньшей мере по мнению данной делегации — исключение из принципа ЦОИ, которое не было бы обосновано даже в контексте несостоятельности группы.

По мнению данной делегации, возможные преимущества юрисдикционной гибкости при управлении производством по делу о несостоятельности не превышают тот ущерб, который правовая неопределенность в отношении суда для рассмотрения дела о несостоятельности и, следовательно, *lex fori concursus* причиняет договорным и финансовым отношениям членов группы вне контекста несостоятельности. Ряд делегаций, в том числе делегация Швейцарии, придерживались того мнения, что эти оговорки не обязательно должны препятствовать более гибкому подходу к юрисдикционным критериям, в особенности в тех случаях, когда такая гибкость предположительно будет способствовать более эффективному управлению производством по делу о несостоятельности. Такой

подход, позволяющий одним государствам придерживаться своих базовых принципов (т.е. осуществлять только «основные» положения), но не препятствующий применению другими государствами альтернативных подходов («дополнительных» положений), лежал в основе компромисса, определившего нынешнюю структуру типового закона, предусматривающего разбивку на «основные» и «дополнительные» положения. Данная концепция в конечном итоге заложила основу для общего компромисса, позволившего продолжить работу над этим проектом, и в конечном итоге обеспечила доведение проекта типового закона до его нынешнего этапа.

Другими словами, хотя необходимость в отдельном разделе, посвященном «основным» положениям, может быть предметом дискуссии, данная делегация считает сохранение рекомендаций 30–32 в части «Дополнительные положения» (или «Факультативные положения»), а упомянутых выше пунктов (25, 26, 205 и 206) в их неизменном виде в пояснительном докладе абсолютно необходимым элементом типового закона.

В. Межправительственные организации

1. Международный валютный фонд (МВФ)

[Подлинный текст на английском языке]
[15 марта 2019 года]

Мы благодарим ЮНСИТРАЛ за прекрасную работу, проведенную Рабочей группой V по проекту Типового закона о несостоятельности предпринимательских групп. Несостоятельность предпринимательских групп — это сложная правовая область, имеющая важные последствия для международной торговли и глобальной экономики. Поскольку в наши дни предпринимательские группы представляют собой наиболее распространенную корпоративную структуру для ведения международной предпринимательской деятельности, существует явная необходимость в системах, способствующих сотрудничеству в максимально возможной степени между различными производствами по делу о несостоятельности, касающимися предприятий, входящих в одну и ту же группу. Гибкие процедуры сотрудничества позволяют находить общие для всей группы решения, которые обеспечивают наиболее эффективный экономический результат, помогая сохранять рабочие места, стоимость предприятия и финансовую стабильность. В то же время механизмы сотрудничества будут успешными лишь при наличии соответствующей нормативно-правовой базы, предлагающей технические решения многочисленных проблем, связанных с несостоятельностью предпринимательских групп. В ответ на эту потребность ЮНСИТРАЛ разработала данный проект Типового закона.

Проект Типового закона основан на обширных материалах, ранее подготовленных ЮНСИТРАЛ по теме несостоятельности предпринимательских групп (Руководство для законодательных органов, часть третья, 2010 год), и уточняет эти рекомендации, сводя их в организованную нормативную систему, которая будет исключительно полезна для государств, планирующих реформы в этой области. Как мы понимаем, Рабочая группа V провела детальные обсуждения положений проекта Типового закона, и высокое качество его положений и комментариев, содержащихся в Руководстве по принятию, отражают огромную работу по подготовке этого текста, проведенную ее членами и секретариатом.

На данном позднем этапе этого процесса мы хотели бы поздравить ЮНСИТРАЛ с приближающимся завершением работы над этим проектом. Хотелось бы лишь предложить ЮНСИТРАЛ рассмотреть следующие технические замечания:

-Название проекта Типового закона: Предлагаемое название — «Типовой закон о несостоятельности предпринимательских групп». Как мы понимаем, основанием для общей ссылки на «несостоятельность предпринимательских

групп» является тот факт, что некоторые положения проекта Типового закона (в особенности некоторые статьи в главе 3) могут также касаться национальных предпринимательских групп. Однако проект Типового закона явно сосредоточен на трансграничной несостоятельности, и даже в преамбуле указано, что «цель настоящего Закона заключается в установлении эффективных механизмов урегулирования дел о *трансграничной несостоятельности*, затрагивающей членов предпринимательской группы [...]». ЮНСИТРАЛ, возможно, пожелает пересмотреть название проекта Типового закона или скорректировать содержание некоторых положений, чтобы избежать какой бы то ни было неясности в отношении сферы охвата проекта Типового закона.

-Определение предпринимательской группы (пункт (b) статьи 2): В проекте Типового закона используется определение предпринимательской группы, которое уже было включено в Руководство для законодательных органов. Согласно пункту (b) статьи 2 *«предпринимательская группа означает два или несколько предприятий, которые связаны между собой отношениями контроля или существенными отношениями собственности»*. Определение контроля также соответствует формулировке, содержащейся в Руководстве для законодательных органов (*«Контроль означает способность прямо или косвенно определять оперативную и финансовую стратегию предприятия»*).

Эти определения отражают обсуждения, проходившие в Рабочей группе в ходе разработки Руководства для законодательных органов, однако юридический текст предполагает иной стандарт точности и ясности содержащихся в нем определений, а концепция предпринимательской группы, приводящаяся в проекте Типового закона, носит обобщенный характер и может привести к неопределенности и судебным разбирательствам. Определение предпринимательской группы основано на общепринятой концепции контроля, но в то же время в нем предлагается альтернатива открытого характера, «существенные отношения собственности», которые не определены в проекте Типового закона и могут толковаться очень по-разному, приводя к противоречивым результатам.

Поскольку определение предпринимательской группы обычно связано с другими областями национального права (законодательством о несостоятельности, но также корпоративным законодательством, законодательством о бухгалтерском учете или даже налоговым или трудовым законодательством), было бы предпочтительнее, чтобы государства привели определение предпринимательской группы в соответствии с концепциями, которые они уже используют в национальном законодательстве, оставив это определение в проекте Типового закона в скобках и указав в Руководстве по принятию, что определение предпринимательской группы следует включать в законодательство посредством адаптации текста проекта Типового закона — или с учетом определения, уже существующего в национальном законодательстве, — и его последствий.

-Режим иностранных требований в деле о несостоятельности членов предпринимательской группы (статьи 27 и 29). В проект Типового закона включены правила, соответствующие практике, разработанной в некоторых странах в целях облегчения производства по делу о несостоятельности и защиты иностранных кредиторов (так называемое «синтетическое производство по делу о несостоятельности»). Так, кредиторы могут воздержаться от возбуждения производства по делу о несостоятельности за границей, если существует обязательство в отношении того, что им будет обеспечен эквивалентный режим в рамках производства по делу о несостоятельности, уже начатого в принимающем Типовой закон государстве. Оставляя в стороне технические аспекты этих положений, следует отметить, что главным здесь является то, что эти положения, как представляется, даже более важны в случае несостоятельности отдельных предприятий, имеющих несколько мест деятельности, чем несостоятельности предприятий, входящих в состав предпринимательской группы (это, по меньшей мере частично, признается в формулировках пунктов 190 и 196 Руководства по принятию). Тогда возникает вопрос: почему эти положения применяются только к несостоятельности членов предпринимательской группы, но не отдельных

предприятий (ср., например, подход к этому вопросу в статье 36 Европейского регламента о несостоятельности).

В отличие от этого, в Типовой закон о трансграничной несостоятельности 1997 года включено правило в отношении выплат, осуществляемых в рамках параллельных производств (статья 32, так называемое правило «hotchpot» (объединение конкурсной массы, предназначенной к разделу)), которое заслуживает применения в ситуациях, возникающих в контексте несостоятельности предприятий, входящих в состав группы, и адаптации к таким ситуациям. Так, зачастую в случае несостоятельности предпринимательских групп кредиторы имеют требования к материнской или дочерней компании, входящим в состав группы, которые гарантированы другими членами группы. По этой причине координация выплат имеет исключительное значение, и ее следует распространить на несостоятельность предприятий, входящих в состав группы.

На данном этапе можно было бы подумать о включении в Руководство по принятию ссылки на распространение действия статей 27 и 29 проекта Типового закона на несостоятельность самостоятельных предприятий, которая регулируется в Типовом законе 1997 года; и также можно было бы подумать о включении ссылки на распространение действия статьи 32 Типового закона 1997 года на несостоятельность предпринимательских групп.

C. Международные неправительственные организации

1. Институт европейского права

[Подлинный текст на английском языке]
[18 марта 2019 года]

В настоящем докладе (Доклад) приводятся замечания в отношении отдельных положений проекта типового закона о несостоятельности предпринимательских групп (Типовой закон), а также некоторых положений Руководства по принятию проекта типового закона о несостоятельности предпринимательских групп (Руководство), подготовленных Рабочей группой V (Законодательство о несостоятельности) Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). Наши замечания основаны на анализе следующих документов:

1. Проект типового закона о несостоятельности предпринимательских групп, содержащийся в Приложении к Докладу Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее пятьдесят четвертой сессии (Вена, 10–14 декабря 2018 года)³;
2. Несостоятельность предпринимательской группы: руководство по принятию проекта типового закона (как он содержится в документе [A/CN.9/WG.V/WP.161](#)), 20 сентября 2018 года⁴.

Порядок замечаний следует нумерации статей в Типовом законе и Руководстве и не отражает или не означает важность конкретного замечания или поправки к Типовому закону или Руководству, предлагаемых в настоящем Докладе.

³ Во избежание путаницы: текст проекта типового закона о несостоятельности предпринимательских групп опубликован 20 декабря 2018 года (в Приложении к документу [A/CN.9/966](#)); он заменяет собой проект, опубликованный 18 сентября 2018 года ([A/CN.9/WG.V/WP.161](#)).

⁴ Как мы понимаем, Руководство не было обновлено и приведено в соответствие с последним вариантом Типового закона. Тем не менее мы использовали Руководство в качестве пояснительного инструмента при толковании положений Типового закона и внесли ряд предложений относительно его улучшения, если такие улучшения не были уже согласованы Рабочей группой V.

Пункт (g) статьи 2. Определения («плановое производство»)

1. «Плановое производство» представляет собой новый термин в глобальном мире реструктуризации и несостоятельности. В Типовом законе этот термин вводится с целью облегчения выработки решений, применимых к несостоятельности группы. Как нам известно, определение и метод осуществления планового производства подробно обсуждались в ходе нескольких сессий Рабочей группы V. В пункте 41 Руководства поясняется, что плановое производство представляет собой основное производство, открытое в отношении члена предпринимательской группы. В этой связи, на наш взгляд, возникают два вопроса: 1. Как связаны между собой основное производство и плановое производство, т.е. совпадают ли эти производства или же являются отдельными (различимыми)?; 2. Будет ли Типовой закон охватывать производство по координации действий в отношении группы, предусмотренное Европейским регламентом о несостоятельности (Новая редакция ЕРН (EIR Recast))⁵ и открытое в рамках этого режима ЕС?

Для ответа на эти вопросы возможны два альтернативных подхода:

Альтернативный подход 1. Производство по координации действий в отношении группы подпадает под определение планового производства

Для того чтобы концепция «планового производства» соответствовала концепции «производство по координации действий в отношении группы», предусмотренного Новой редакцией ЕРН, а также чтобы это производство подпадало под действие Типового закона, определение «планового производства» должно быть более гибким. В частности, Типовой закон и Руководство должны предусматривать возможность проведения такого «планового производства» на основании решений судов, вынесенных в рамках как основных, так и неосновных производств. Такой подход отражает тот факт, что, согласно Новой редакции ЕРН, производство по координации действий в отношении группы является отдельной процедурой, отличной от основного/неосновного (вторичного) производства по делу о несостоятельности, которая предполагает назначение координатора действий в отношении группы, действующего независимо от управляющих в деле о несостоятельности членов предпринимательской группы.

Согласно этому подходу, в пункте (g) статьи 2 необходимо будет также охватить те случаи, когда плановое производство инициируется судом в рамках неосновного производства в отношении члена предпринимательской группы (в настоящее время в подпунктах (i)–(ii) пункта (g) статьи 2 упоминается только основное производство). Для этого не потребуется удалять ссылку на подпункты с (i) по (iii) во второй фразе пункта (g) статьи 2, но будет необходимо включить в текст также неосновные производства, как это рекомендовано ниже. Нам известно, что положения по этому вопросу были разработаны для ситуаций, в которых плановое производство предусматривается в рамках основного производства. Мы, однако, уверены, что в Типовом законе следует также охватить производство по координации действий в отношении группы, открытое судом в рамках вторичного (неосновного) производства. Во избежание каких-либо сомнений соответствующее пояснение может также быть включено в Руководство: в нем подтверждалось бы, что производство по координации действий в отношении группы, предусмотренное Новой редакцией ЕРН, может признаваться в качестве планового производства, если оно соответствует критериям, изложенным в подпунктах (i)–(iii) пункта (g) статьи 2 Типового закона.

На наш взгляд, пункт (g) статьи 2 лучше поместить в отдельную статью (вне статьи 2 «Определения») по меньшей мере по двум причинам. Первая причина связана с тем, что пункт (g) статьи 2 выходит за рамки

⁵ Регламент (ЕС) 2015/848 Европейского парламента и Совета от 20 мая 2015 года о производстве по делу о несостоятельности (новая редакция).

определения и по сути дела касается (критериев для) открытия планового производства. Вторая причина связана со сложностью самого пункта (g) статьи 2. Возможно, было бы целесообразно поместить правила в отношении плановых производств, в том числе требования к их открытию, в новый ряд статей или новую главу (см. рекомендацию 7 ниже).

На основе такого первого подхода можно вынести следующую рекомендацию:

Рекомендация 1.1

- Перенести пункт (g) статьи 2 в статью 19 или изложить правила в отношении плановых производств, в том числе требования к их открытию, в новом ряде статей или новой главе (см. рекомендацию 7 ниже).
- Изменить формулировку второй фразы в пункте (g) статьи 2 следующим образом:

«В том что касается требований подпунктов (g)(i)–(iii), суд может также признать в качестве планового производства любое производство, которое одобрено судом, обладающим юрисдикцией в отношении основного или неосновного производства по делу о несостоятельности члена предпринимательской группы, с целью выработки решения, примененного к несостоятельности группы, по смыслу настоящего Закона».

Альтернативный подход 2. Дифференциация производств, охватываемых Типовым законом

Как было пояснено выше, Типовой закон не содержит ясных положений относительно характера плановых производств и их совместимости с производством по координации действий в отношении группы, открываемым в соответствии с Новой редакцией ЕРН. В рамках Альтернативного подхода 1 мы предлагаем широкое толкование «планового производства», позволяющее охватить различные производства, имеющие целью выработать решение, применимое к несостоятельности группы.

Другой вариант, Альтернативный подход 2, основан на проведении структурной дифференциации между производствами, имеющими целью составление общегруппового юридически обязательного/юридически необязательного плана (планового производства), и инструментами координации, в том числе производством по координации действий (в результате которых такой план может быть принят, а может быть и не принят). В итоге производство по координации действий в отношении группы станет подкатегорией производств по координации действий, признаваемых Типовым законом.

Такой второй подход позволяет вынести следующую рекомендацию:

Рекомендация 1.2. Ввести дифференциацию производств, охватываемых Типовым законом, и включить новые правила в отношении плановых производств и производств по координации действий в отдельные статьи Типового закона.

Статья 4. Юрисдикция принимающего Закон государства

2. Статья 4 предназначена для пояснения сферы охвата Типового закона. В ней указано, что, если центр основных интересов (ЦОИ) члена предпринимательской группы находится в принимающем Типовой закон государстве, то Типовой закон не ограничивает юрисдикцию судов этого государства в отношении данного члена предпринимательской группы. В целях поощрения и поддержки выработки решений, применимых к несостоятельности группы, возможно, было бы целесообразно подчеркнуть, что Типовой закон не ограничивает юрисдикцию суда принимающего Закон государства в вопросе совместного открытия производств по делу о несостоятельности в отношении нескольких членов

предпринимательской группы при условии, что ЦОИ каждого из этих членов предпринимательской группы находится в юрисдикции данного суда.

Аналогичное правило присутствует в статье 53 Новой редакции ЕРН и Рекомендации 9.05, содержащейся в документе «Спасение предприятий в контексте законодательства о несостоятельности — инструмент Института европейского права» (Доклад ИЕП)⁶.

Рекомендация 2. Добавить следующее положение в статью 4 Типового закона: «Ничто в настоящем Законе не преследует цель ограничить юрисдикцию судов настоящего государства по совместному открытию производств по делу о несостоятельности в отношении нескольких членов предпринимательской группы при условии, что ЦОИ этих членов предпринимательской группы находится в юрисдикции этих судов».

Глава 2. Сотрудничество и координация

3. В Главе 2 (Сотрудничество и координация) Типового закона содержатся статьи 9–18. Мы придерживаемся того мнения, что эффективное сотрудничество и координация между производствами, открытыми в отношении различных членов предпринимательской группы, является важным фактором в содействии эффективному управлению производствами по делам о трансграничной несостоятельности и скорейшей выработке решений, применимых к несостоятельности группы. В последние годы появилось много инициатив, направленных на улучшение сотрудничества и контактов в делах о международной несостоятельности. В пункте 66 Руководства выражена поддержка международных руководящих указаний, которые были разработаны для оказания помощи проведению трансграничного сотрудничества и координации в делах о несостоятельности. В нем приводится один пример таких руководящих указаний: руководящие принципы, разработанные Судебной сетью по вопросам несостоятельности (Руководящие принципы ССН), в которых рассматриваются многочисленные вопросы, имеющие отношение к главе 2. Совершенно очевидно, что Руководящие принципы ССН в основном применимы в кругу юрисдикций «общего права». Мы полагаем, что в целях обеспечения большей информативности и сбалансированности Руководства в нем следует привести ссылки и на другие руководящие принципы и инициативы. В частности, следовало бы упомянуть, на наш взгляд, следующие документы: Европейские руководящие принципы в области коммуникации и сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (2007 год; новая редакция должна выйти в 2019 году), Руководящие принципы Института американского права (ИАП) и Международного института по вопросам несостоятельности (МИН), применимые к сношениям между судами по трансграничным судебным делам (обновленный вариант 2012 года) и Принципы и руководящие указания ЕС по вопросам сотрудничества между судами по делам о трансграничной несостоятельности (2014 год).

Рекомендация 3. Помимо Руководящих принципов ССН добавить в Руководство ссылки на Европейские руководящие принципы в области коммуникации и сотрудничества в делах о трансграничной несостоятельности (2007 год; новая редакция должна выйти в 2019 году), Руководящие принципы Института американского права (ИАП) и Международного института по вопросам несостоятельности (МИН), применимые к сношениям между судами по трансграничным судебным делам (обновленный вариант 2012 года) и Принципы и руководящие указания ЕС по вопросам сотрудничества между судами по делам о трансграничной несостоятельности (2014 год).

⁶ Bob Wessels & Stephan Madaus, Rescue of Business in Insolvency Law – an Instrument of the European Law Institute (6 сентября 2017 года). С документом можно ознакомиться по адресу <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects/insolvency/> и на веб-сайте Сети исследований в области общественных наук (SSRN) по адресу <https://ssrn.com/abstract=3032309>.

Статья 17. Назначение единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности

4. Статья 17 Типового закона предусматривает возможность назначения единого или одного и того же управляющего в деле о несостоятельности в отношении различных членов предпринимательской группы⁷. Можно было бы предложить добавить, что такое назначение должно соответствовать правилам, применимым к каждому из соответствующих производств, в частности любым требованиям в отношении квалификации и лицензирования управляющего в деле о несостоятельности и правилам, касающимся коллизии интересов. Несмотря на то что аналогичные пояснения приводятся в пунктах 97 и 102 Руководства, представляется оправданным включить их в основной текст, поскольку проблемы, возникающие в связи с назначением одного и того же управляющего в деле о несостоятельности (например, фактическая или предполагаемая коллизия интересов), могут быть в особенности острыми в ситуации предпринимательской группы. Аналогичные ограничения можно найти в статье 50 Новой редакции ЕРН и принципе 17 Принципов и руководящих указаний ЕС по вопросам сотрудничества между судами по делам о трансграничной несостоятельности (применительно к назначаемому судом посреднику).

Рекомендация 4. Добавить в статью 17 Типового закона следующее положение: «Такое назначение должно соответствовать правилам, применимым к каждому из производств, в частности любым требованиям в отношении квалификации и лицензирования управляющего в деле о несостоятельности и правилам, касающимся коллизии интересов».

Статья 18. Участие членов предпринимательской группы в производстве по делу о несостоятельности, открытом в настоящем государстве

5. Статья 18 Типового закона касается участия членов предпринимательской группы в производстве по делу о несостоятельности, начатом в принимающем Типовой закон государстве. Однако неясно, о каком виде производства идет речь в статье 18, а именно об основном производстве по делу о несостоятельности (пункт (j) статьи 2 Типового закона), неосновном производстве (пункт (k) статьи 2 Типового закона) или плановом производстве (пункт (g) статьи 2 Типового закона). В пункте 43 Руководства упоминается только «плановое производство», однако в пунктах 103–111, как представляется, речь идет только об основном/неосновном производстве, определения которых содержатся в пунктах (j) и (k) статьи 2 Типового закона. Буквальное прочтение статьи 18 Типового закона подтверждает последнее толкование. В то же время в таком случае остаются нерассмотренными права членов предпринимательской группы на участие в плановом производстве.

Рекомендация 5. Пояснить, что статья 18 Типового закона касается основного, неосновного и планового производств. В качестве альтернативы, как предложено ниже (см. рекомендацию 7), права, связанные с ведением планового производства и участием в нем, могут быть рассмотрены отдельно в другой статье (статьях) или новой главе.

Статья 18. Участие членов предпринимательской группы в производстве по делу о несостоятельности, открытом в настоящем государстве

6. Статья 18 Типового закона дает членам предпринимательской группы право принимать участие в производстве по делу о несостоятельности, открытому в отношении другого члена предпринимательской группы. Это право предоставляется после того, как в отношении этого последнего члена группы было открыто производство по делу о несостоятельности («если производство по делу о несостоятельности было открыто», см. пункт 1 статьи 18). Мы

⁷ Согласно пункту 101 Руководства управляющим в деле о несостоятельности также может быть должник, сохраняющий владение.

полагаем, что это право следует распространить на период до открытия производства по делу о несостоятельности, когда заявление о несостоятельности в отношении члена группы еще находится на стадии рассмотрения. Такое продление периода времени могло бы повысить шансы на согласование различных производств по делу о несостоятельности и, в конечном итоге, выработки решения, применимого к несостоятельности группы. В противном случае может оказаться так, что различные производства будут преследовать разные цели (например, ликвидация в отличие от реорганизации). Именно поэтому, к примеру, Новая редакция ЕРН уполномочивает (обязывает) практических работников по вопросам несостоятельности, назначенных для участия в производстве по делу о несостоятельности в отношении члена группы компаний, сотрудничать и поддерживать контакты с любым судом, на рассмотрении которого находится заявление об открытии производства в отношении другого члена той же группы компаний (см. статью 58 Новой редакции ЕРН). По нашему мнению, распространение прав участия по времени на период, в течение которого заявление об открытии производства по делу о несостоятельности находится на рассмотрении, облегчит координацию производств, открытых в отношении различных членов предпринимательской группы.

Рекомендация 6. Продлить период, во течение которого члены группы могут принимать участие в производстве по делу о несостоятельности в отношении другого члена группы, на время с момента подачи заявления о несостоятельности в отношении последнего, т.е. до начала производства по делу о несостоятельности в его отношении. Такое участие может быть обусловлено требованием к членам предпринимательской группы доказать законную заинтересованность в таком участии.

Плановое производство регулируется в Типовом законе в нескольких местах

7. Мы полагаем, что в Типовом законе не хватает ясности в отношении открытия, сферы охвата и результатов планового производства. Это требует доработки, учитывая важность (центральное значение) данного инструмента в системе Типового закона. Правила в отношении такого производства разбросаны по тексту Типового закона (пункт (g) статьи 2, статья 18 (под вопросом), пункт 3 статьи 19, статья 20 и т.д.), и, как указано выше, не всегда ясно, относится ли конкретное правило к «обычному» производству по делу о несостоятельности или к плановому производству. Различие между плановым производством и основным/неосновным производством прямо предусмотрено в правилах, касающихся открытия (пункт (g) статьи 2) и признания (глава 4) планового производства. Мы считаем, что добавление ряда статей, предшествующих статье 19 Типового закона, в которых будут описаны открытие, характер, сфера охвата и последствия планового производства, позволит создать четкую общую картину, обеспечит прозрачность и повысит предсказуемость и последовательность в применении Типового закона различными государствами. Также неплохим вариантом было бы добавить отдельную главу, предшествующую нынешней главе 3 и посвященную исключительно вопросам, касающимся открытия и ведения планового производства.

Рекомендация 7. Добавить ряд статей или (предпочтительно) отдельную главу, предшествующую нынешней главе 3, в которых в одном месте были бы изложены правила в отношении открытия, участия, сферы охвата и результатов планового производства. Новую главу можно было бы озаглавить «Открытие и ведение планового производства в настоящем государстве». В эту главу можно было бы включить положения, охватывающие:

- а) юрисдикцию для открытия планового производства (нынешний пункт (g) статьи 2 Типового закона и пункт 42 Руководства);
- б) добровольный характер участия в плановом производстве и принцип согласия на участие (статья 18, пункт 43 Руководства);

с) участие в плановом производстве платежеспособных членов предпринимательской группы (пункт 43 Руководства);

д) правило, согласно которому суд, обладающей юрисдикцией для открытия планового производства, не должен отказывать в этом, за исключением тех случаев, когда открытие планового производства не будет способствовать эффективному управлению производством по делам о несостоятельности в отношении различных членов предпринимательской группы или если открытие такого производства ущемит интересы кредиторов любого участвующего члена предпринимательской группы⁸.

Статья 19. Назначение представителя группы и полномочие обращаться за судебной помощью

8. Нынешнее название главы 3 («Возможная судебная помощь в ходе планового производства в настоящем государстве») не точно отражает ее содержание. Так, назначение представителя группы, о котором говорится в статье 19 Типового закона, само по себе не может считаться судебной помощью. Ввиду этого, а также во избежание любой возможной путаницы, мы предлагаем удалить статью 19 из нынешней главы 3 и перенести ее в новую главу под названием «Открытие и ведение планового производства в настоящем государстве», как это предложено в Рекомендации 7 выше, или в главу 2, следующую за статьей 18.

Рекомендация 8. Удалить статью 19 из главы 3 и поместить ее в новую главу под названием «Открытие и ведение планового производства в настоящем государстве», как это предложено в Рекомендации 7 выше, или в главу 2, следующую за статьей 18.

Статья 19. Назначение представителя группы и полномочие обращаться за судебной помощью

9. В пунктах 38 и 115 Руководства указано, что основной управляющий в деле о несостоятельности впоследствии может стать представителем группы. Это нецелесообразно, так как, по нашему мнению, частичное совпадение функций (например, управляющий в деле о несостоятельности одного члена предпринимательской группы и представитель группы в отношении всей предпринимательской группы или ее части) внесет путаницу и может подорвать доверие к такому лицу со стороны участвующих в производстве членов предпринимательской группы. В Руководстве также отмечается, что задачи, которые должны выполнять управляющий в деле о несостоятельности в отношении основного производства и представитель группы в отношении планового производства, могут различаться (см. пункт 116)⁹. Предлагаемое разделение функций необходимо для обеспечения независимости и беспристрастности представителя группы¹⁰. По этой причине, например, в пункте 2 статьи 71 Новой редакции ЕРН указано, что «[к]оординатор не должен являться одним из практических работников по вопросам несостоятельности, назначенных для выполнения функций в отношении

⁸ Включение подпункта (d) в Типовой закон должно ограничить основания для отказа в открытии планового производства и тем самым сделать принятие такого производства более вероятным. В то же время гибкость в принятии планового производства сохраняется.

⁹ Различие в функциях управляющих в деле о несостоятельности и представителей группы и преследуемых ими целях вытекает из подпункта (1)(e) статьи 22 Типового закона, согласно которому управление скоропортящимися активами или их реализация сначала поручаются (местному) управляющему в деле о несостоятельности, и лишь в том случае, когда этот вариант невозможен, данная задача может быть поручена представителю группы. Как поясняется в Руководстве, передача этих функций представителю группы «может вызвать опасения, поскольку эта должность не позволяет представлять какую-либо конкретную имущественную массу и поскольку могут отсутствовать активы, которые способны предоставить определенную защиту в случае убытков, понесенных в результате действий представителя группы» (см. пункт 152).

¹⁰ Сочетание двух функций может также осложнить положение суда в вопросе обеспечения беспристрастности и независимости представителя группы.

какого-либо члена группы, и не должен иметь коллизии интересов в отношении членов группы, их кредиторов и практических работников по вопросам несостоятельности, назначенных в отношении какого-либо члена группы»¹¹. Мы считаем, что аналогичное положение можно добавить в Типовой закон, возможно, в качестве одного из вариантов (добавления) к существующим правилам.

Рекомендация 9. Предусмотреть возможность для принимающих Закон государств включить в статью 19 Типового закона следующее положение: «Представитель группы не должен являться одним из практических работников по вопросам несостоятельности, назначенных для выполнения функций в отношении кого-либо из членов предпринимательской группы, и не должен иметь коллизии интересов в отношении членов предпринимательской группы, их кредиторов и практических работников по вопросам несостоятельности, назначенных в отношении какого-либо члена предпринимательской группы».

Пункт 41 Руководства. Число плановых производств

10. В Типовом законе не содержится информации о том, сколько плановых производств может быть открыто в отношении одной предпринимательской группы, и не указывается порядок приоритетов при открытии плановых производств в отношении одной и той же предпринимательской группы, охватывающих одновременно несколько юрисдикций. В пункте 41 Руководства в этом отношении поясняется, что «[з]десь отнюдь не предполагается, что может существовать только одно плановое производство в случае несостоятельности какой-либо предпринимательской группы». По нашему мнению, множественность плановых производств и отсутствие правил, касающихся отношений между ними, могут уменьшить их пользу. Это в особенности касается тех случаев, когда несколько плановых производств частично совпадают и повторяют друг друга. В целях смягчения негативных последствий такой ситуации в Руководстве можно пояснить, что в тех случаях, когда плановое производство уже начато, другое плановое производство может быть открыто в отношении той же предпринимательской группы при условии, что оно будет эффективным и обоснованным в силу иных причин. Так, целесообразность проведения нескольких плановых производств может возникнуть в случае сложности и географической разбросанности предпринимательских групп (например, плановое производство, охватывающее Соединенные Штаты Америки/Канаду, плановое производство, охватывающее регионы Европы, Ближнего Востока и Африки, и т.д.).

Рекомендация 10. Добавить в пункт (g) статьи 2 Типового закона или в новую главу (см. Рекомендацию 7 выше), или в пункт 41 Руководства пояснение в отношении того, что, «если плановое производство в отношении какой-либо предпринимательской группы уже начато, другое плановое производство может быть открыто в отношении той же предпринимательской группы при условии, что оно будет эффективным и обоснованным в силу иных причин. Бремя доказательства последнего лежит на члене предпринимательской группы, просящего об открытии нового планового производства».

Статья 20. Возможная судебная помощь плановому производству

11. В статье 20 Типового закона рассматривается судебная помощь плановому производству, осуществляемому в принимающем Типовой закон государстве. Среди различных видов судебной помощи в ней предусмотрена возможность «приостановить открытие или продолжение производства в отношении

¹¹ О важности независимости координирующей стороны также говорится в правилах Германии о производстве по координации действий в отношении группы, предусматривающих назначение координатора производства (*Verfahrenskoordinator*), который должен быть независимым от всех назначенных управляющих по делу о несостоятельности, должников (обанкротившихся корпоративных групповых структур) и кредиторов корпоративных групповых структур. См. § 269e Кодекса по вопросам несостоятельности Германии (InsO).

индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий, касающихся активов, прав, обязательств или ответственности члена предпринимательской группы» (подпункт (1)(с) статьи 20 Типового закона). По нашему мнению, эта мера судебной защиты сформулирована слишком широко, настолько, что она охватывает как иски, подаваемые членом предпринимательской группы (например, в отношении третьих сторон, являющихся его должниками), так и иски, подаваемые в отношении этого члена предпринимательской группы, независимо от того, находится ли иск на рассмотрении или его рассмотрение еще не началось. Мы не видим достаточно убедительных аргументов в пользу ограничения первого, в особенности в той ситуации, когда иск находится на рассмотрении в то время, когда начинается производство по делу о несостоятельности. Подобное вмешательство может подрывать ожидания сторон и привести к увеличению расходов в результате проведения повторного разбирательства по тому же вопросу. Другими словами, причиняемое неудобство может не соответствовать критерию упорядоченного и справедливого рассмотрения дела о трансграничной несостоятельности. Как представляется, в Руководстве признается ограниченность практической пользы от применения автоматического приостановления арбитражного производства, которое может вестись на основе другого права (*lex arbitri*) (см. пункт 125). Ограниченность воздействия производств по делу о несостоятельности на имеющиеся иски или арбитражное производство также отражена в статье 18 Новой редакции ЕРН.

Рекомендация 11. Мы предлагаем следующее прочтение подпункта (1)(с) статьи 20 Типового закона: «Приостановить открытие или продолжение производства в отношении индивидуальных исков или индивидуальных процессуальных действий в отношении члена предпринимательской группы, касающихся его активов, прав, обязательств или ответственности»¹².

Статья 28. Обязательство в отношении режима иностранных требований: неосновное производство

12. В статье 28 Типового закона вводится концепция «синтетического» производства. Согласно этой статье, требование, которое может быть заявлено кредитором члена предпринимательской группы в рамках неосновного производства в другом государстве, может рассматриваться в рамках основного производства, открытого в принимающем Типовой закон государстве, в соответствии с режимом, который будет предоставлен этому требованию при неосновном производстве. В основе этого лежит обязательство (обещание), данное в ходе основного производства и одобренное судом в рамках этого производства. Взамен эта мера позволяет избежать неосновного производства (исключить его). Мотивация состоит в том, что это в конечном итоге облегчает централизованный подход к требованиям в случае несостоятельности предпринимательской группы (см. пункт 194 Руководства).

Можно отметить, что инструмент «синтетического» производства применяется индивидуально к каждому члену предпринимательской группы. Другими словами, основное и неосновное производство (которого удастся избежать), упомянутые в статье 28, касаются одного и того же юридического лица, а не нескольких юридических лиц. Это не подрывает полезности «синтетического» производства в контексте группы. Однако здесь важно понимание того, что концепция синтетического производства применяется отдельно к каждому члену предпринимательской группы. В этом отношении, возможно, следовало бы внести поправку в пояснение, содержащееся в пункте 24 Руководства, относительно того, что «в главе 5 разрешается, чтобы требования члена предпринимательской группы, находящегося в одной юрисдикционной системе (неосновная юрисдикционная система), пользовались режимом в рамках основного производства в отношении другого члена группы, которое проводится в другой

¹² Данная рекомендация в равной степени относится к подпункту (1)(d) статьи 22 и подпункту (1)(e) статьи 24 Типового закона.

юрисдикционной системе, в соответствии с законодательством, применимым к таким требованиям».

Рекомендация 12. Пересмотреть пункт 24 Руководства, с тем чтобы подчеркнуть, что обязательство, упомянутое в статье 28 Типового закона, касается требований одного и того же члена предпринимательской группы.

Статья 28. Обязательство в отношении режима иностранных требований: неосновное производство

13. В статье 28 Типового закона предусмотрено, что обязательство может сопровождаться гарантией того, что требование, которое могло быть предъявлено в рамках неосновного производства, будет рассматриваться в рамках основного производства в соответствии с режимом, который был бы предоставлен при неосновном производстве, но не открывая на практике последнее. Из текста статьи неясно, что подразумевается под словами «рассматриваться [...] в соответствии с режимом». В пункте 196 Руководства приводится следующий пример: «требование, которое могло быть заявлено в рамках неосновного производства в одном государстве в отношении члена группы, который является объектом основного производства в принимающем Типовой закон государстве, может применяться режим в рамках этого основного производства в соответствии с законодательством, применимым к этому требованию».

Мы полагаем, что ссылка на законодательство, применимое к требованию, для целей определения «режима» по смыслу статьи 28 неудачна. Стороны, в принципе, могут свободно выбирать законодательство, применимое к требованиям¹³, и такое законодательство само по себе может быть не связано с должником, кредитором или судом для проведения основного или неосновного производства по делу о несостоятельности. Помимо этого, применение десятков или даже сотен различных законодательств (в зависимости от числа требований, которое, что важно, в Типовом законе не ограничивается и никаким другим образом не регулируется) может оказаться неэкономным и нереалистичным. Вместо этого мы предлагаем, чтобы применимым законодательством в отношении кредиторов в случае «синтетического» (несостоявшегося) производства являлось национальное законодательство потенциального (несостоявшегося) неосновного производства (несостоявшегося *lex concursus secundarii*). Такой же подход избран в пункте 1 статьи 36 Новой редакции ЕРН. Любое иностранное законодательство, регулирующее задолженность, являющуюся предметом производства по делу о несостоятельности, будет применимым только в том случае, если этого требует (несостоявшееся) *lex fori concursus secundarii* или если законодательство, регулирующее задолженность, для внесения любых изменений требует проведения производства по реструктуризации долга на месте (например, английское правило Гиббса).

Может возникнуть вопрос: в какой степени режим, предусмотренный законодательством несостоявшегося неосновного производства, должен регулировать распределение среди кредиторов, которые могли предъявить требования в рамках такого неосновного производства. Ни статья 28 Типового закона, ни пункты 194–201 Руководства не дают четкого ответа. Мы считаем, что в этом плане в статье 28 следует ясно указать, что управляющий в деле о несостоятельности в рамках основного производства по делу о несостоятельности (самостоятельно или совместно с представителем группы согласно подпункту (1)(а) статьи 28 Типового закона) может дать обязательство в отношении активов, находящихся в том государстве, в котором могло быть открыто неосновное производство по делу о несостоятельности. Таким образом, при распределении этих активов или поступлений, полученных в результате их реализации, он/она будет соблюдать права в отношении распределения и приоритета в соответствии с

¹³ Однако иски о сила требований и обеспечительных прав может регулироваться национальными (обязательными) законами, которые порой включают положения международных конвенций.

национальным законодательством несостоявшегося неосновного производства. Такой подход соответствует территориальной сфере охвата неосновного производства по делу о несостоятельности и также используется в пункте 1 статьи 36 Новой редакции ЕРН.

Рекомендация 13. Внести поправку в статью 28 Типового закона, включив следующие положения:

- i) обязательство было принято в отношении активов члена предпринимательской группы, находящихся в государстве, в котором могло быть открыто неосновное производство по делу о несостоятельности; и в таком случае
- ii) распределение этих активов или поступлений, полученных в результате их реализации, должно осуществляться с соблюдением предусмотренных национальным законодательством прав в отношении распределения и приоритета, которыми кредиторы обладали бы, если бы неосновное производство было открыто в этом государстве.

Статья 29. Полномочия суда настоящего государства в отношении обязательства согласно статье 28

14. В статье 29 Типового закона излагаются полномочия суда принимающего Типовой закон государства в том случае, если обязательство было взято в другом государстве. Согласно этой статье, суд может одобрить распространение режима, который будет применяться в рамках иностранного основного производства, на требования кредиторов, находящихся в настоящем государстве. Может возникнуть неясность в отношении того, что означают «требования кредиторов, находящихся в настоящем государстве». Это может касаться: 1. Места нахождения требований; 2. Места нахождения кредиторов с требованиями. В первом случае определение места нахождения требования может быть довольно проблематичным, в особенности учитывая тот факт, что в Типовом законе отсутствуют какие-либо положения на эту тему, а на глобальное согласование норм частного международного права по данному вопросу в ближайшем будущем вряд ли можно рассчитывать. Что касается второго случая, то в статье 28 не содержится каких-либо ссылок на место нахождения кредиторов, а говорится, напротив, о всех требованиях, которые могут быть поданы в рамках неосновного производства независимо от того, где находится кредитор, держащий такие требования. Кроме того, ограничение применения статьи 29 только, например, в отношении местных кредиторов может нарушить принцип *pari passu*.

Рекомендация 14. Привести статью 29 в соответствие со статьей 28, сформулировав текст статьи 29 следующим образом:

«[...] суд в настоящем государстве может:

- a) одобрить — подлежащий предоставлению в рамках иностранного основного производства — режим требований, которые могут быть предъявлены кредитором члена предпринимательской группы в настоящем государстве»;

Статья 30. Обязательство в отношении режима иностранных требований: основное производство

15. Статья 30 Типового закона находится в разделе дополнительных положений (Часть В). В ней главным образом развиваются идеи и механизмы, предусмотренные статьей 28, и говорится о возможности принятия обязательства в рамках неосновного производства во избежание открытия основного или другого неосновного производства. В то же время пункт 207 Руководства создает неясность: в нем указано, что данная статья позволяет предоставлять режим требованию в рамках производства в принимающем Типовой закон государстве «независимо от того, является ли это производство основным [подчеркнуто нами — составители Доклада] или неосновным производством». Мы считаем,

что если производство, в рамках которого было взято обязательство, является основным производством, то должна применяться статья 28, а не статья 30, как это указано в цитируемом положении Руководства.

Два других замечания касаются пунктов 207 и 208 Руководства. Во-первых, в пункте 207 имеется ссылка на «режим иностранного требования». Поскольку в Типовом законе не приводится определения «иностранного требования», использование такого термина может создать неопределенность. Кроме того, в статье 30 не проводится различия между «национальными» и «иностранными» требованиями. Во-вторых, в пункте 208 указано, что обязательство, упоминаемое в части В, «может быть сделано либо управляющим в деле о несостоятельности, назначенным в государстве, ином чем принимающее Типовой закон государство [...], или представителем группы, назначенным в плановом производстве в принимающем Типовой закон государстве». Мы считаем, что такое обязательство может брать только управляющий в деле о несостоятельности (единолично или совместно с представителем группы), назначенный в принимающем Типовой закон государстве (т.е. государстве, «утверждающем обязательство»). Это объясняется тем фактом, что речь идет о конкретной имущественной массе в деле о несостоятельности, позволяющей принять обязательство, и лишь управляющий в деле о несостоятельности может являться ее представителем и должен быть уполномочен принимать обязательство (правда при условии подтверждения и согласия со стороны суда)¹⁴.

Рекомендация 15. Провести четкое различие в сфере охвата и применении статьи 28 и статьи 30 и избежать неясности в отношении того, кто может принимать обязательство; статью 30 можно сформулировать следующим образом [части, выделенные жирным шрифтом, добавлены]:

«Для сведения к минимуму возможности открытия основного производства или облегчения режима требований, которые иначе могут быть заявлены кредитором в рамках производства по делу о несостоятельности в другом государстве, управляющий в деле о несостоятельности члена предпринимательской группы, **назначенный в настоящем государстве**, может предоставить этим требованиям режим в настоящем государстве, какой они получили бы в рамках производства по делу о несостоятельности в этом другом государстве, и суд в настоящем государстве может одобрить такой режим. **В тех случаях, когда в настоящем государстве назначен представитель группы (если только представитель группы и управляющий в деле о несостоятельности не являются одним и тем же лицом), обязательство должно приниматься совместно управляющим в деле о несостоятельности, назначенным в настоящем государстве, и таким представителем группы»**¹⁵.

16. Статья 31 Типового закона аналогична статье 29 за исключением того, что согласно первой из них приостановление или отказ в открытии касается именно основного производства по делу о несостоятельности. В этой связи рекомендации, вынесенные в отношении изменений к статье 29, в целом применимы к статье 31 Типового закона.

Рекомендация 16. Привести статью 31 в соответствие с статьей 30, сформулировав текст статьи 31 следующим образом:

«Если управляющий в деле о несостоятельности (совместно с представителем группы, если таковой назначен) из другого государства, в котором

¹⁴ См. аналогичное обоснование в пункте 197 Руководства.

¹⁵ Совместное одобрение необходимо для приведения статьи 30 в соответствие с подпунктом (1)(a) статьи 28 Типового закона. Кроме того, мы считаем, что единоличное одобрение со стороны управляющего в деле о несостоятельности недостаточно, так как он может не являться распорядителем имущественной массы в деле о несостоятельности для обеспечения этого обязательства.

предстоит провести производство по делу о несостоятельности, принял на себя обязательство согласно статье 30, то суд в настоящем государстве может:

а) одобрить — подлежащий предоставлению в рамках иностранного основного производства — режим требований, которые могут быть предъявлены кредитором члена предпринимательской группы в настоящем государстве»;

17. В статье 32 Типового закона содержатся два правила. В первом пункте этой статьи говорится о «дополнительной судебной помощи» после признания иностранного планового производства. В частности, суд может приостановить производство по делу о несостоятельности или отказать в его открытии. По нашему мнению, такая мера судебной помощи уже предусмотрена статьей 24 Типового закона. Так, подпункт (1)(d) статьи 24 позволяет суду приостановить любое производство по делу о несостоятельности, касающееся члена предпринимательской группы. Согласно подпункту (1)(i) статьи 24 также может быть предоставлена любая дополнительная судебная помощь.

Во втором пункте статьи 32 предусмотрен путь одобрения решения, применимого к несостоятельности группы. В пункте 241 Руководства указано, что такой путь отличается от пути, упомянутого в статье 26. Это не совсем так, поскольку статья 26 носит довольно гибкий характер и предусматривает «одобрения и подтверждения, требующиеся в соответствии с законодательством настоящего государства». Эта формулировка достаточно широка и включает прямое одобрение судом, как об этом говорится в пункте 2 статьи 32. Полномочия суда относительно предоставления судебной помощи, описанной в статье 24, без предварительного признания планового производства могут быть добавлены в статью 26.

Рекомендация 17. Исключить статью 32 из Типового закона. В случае необходимости можно внести поправки в статьи 24 и 26, включив в них формулировки, воспроизводящие положения, содержащиеся в статье 32 Типового закона.