



**Комиссия Организации Объединенных Наций
по праву международной торговли
Рабочая группа V (Законодательство о несостоятельности)
Пятьдесят девятая сессия
Вена, 13–17 декабря 2021 года**

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

Записка Секретариата

Содержание

	<i>Стр.</i>
I. Введение	2
II. Резюме состоявшегося обсуждения этой темы в Рабочей группе	3
III. Вопросы, затрагиваемые в рекомендациях 30–34, и сопроводительный комментарий	5
A. Общие соображения	5
B. Законодательство, применимое к действительности и силе прав и требований	6
C. Законодательство, применимое при производстве по делам о несостоятельности: <i>lex fori concursus</i>	7
D. Исключения из <i>lex fori concursus</i>	13
IV. Вопросы для рассмотрения Рабочей группой	17



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 пятьдесят девятой сессии Рабочей группы (A/CN.9/WG.V/WP.173). В ней указано, что Комиссия сочла эту тему сложной и требующей наличия обширных знаний в различных областях международного частного права, а также о выборе права в таких областях, как договорное право, имущественное право, корпоративное право, ценные бумаги и банковское дело, и в других областях, которыми Комиссия в последнее время не занималась. С учетом того, что данная тема затрагивает широкий круг вопросов, Комиссия сочла необходимым точно определить сферу охвата работы по данной теме².

2. Настоящая записка подготовлена в целях содействия первоначальному рассмотрению этой темы Рабочей группой. При этом работа строилась на предположении, что Рабочая группа, возможно, пожелает: а) использовать рекомендации 30–34 и сопроводительные комментарии Руководства ЮНСИТРАЛ для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности («Руководство») в качестве отправной точки для обсуждения данной темы; и б) сосредоточить внимание в первую очередь на *lex fori concursus* и исключениях из него в контексте простого сценария — производства по делу о несостоятельности в отношении одного должника — и на более поздних этапах рассмотреть любые другие вопросы применимого законодательства при производстве по делу о несостоятельности (например, вопросы, возникающие в случае параллельных производств по делам о несостоятельности и несостоятельности предпринимательской группы). Соответственно, в настоящей записке не рассматриваются правила установления места нахождения активов, законодательство, применимое к правам и требованиям, существующим на момент открытия производства по делу о несостоятельности (только коротко в контексте рекомендации 30), или другие нормы международного частного права³. В зависимости от решения Рабочей группы в отношении сферы охвата работы в рамках проекта, эти вопросы могут стать предметом отдельного исследования, которое необходимо будет проводить в тесном сотрудничестве с Гаагской конференцией по международному частному праву (Гаагская конференция).

3. Настоящую записку следует читать вместе с докладом о работе коллоквиума по законодательству, применимому в производстве по делам о несостоятельности (Вена, 11 декабря 2020 года) (A/CN.9/1060) («Доклад о работе коллоквиума»). В главе II настоящей записки приводится информация о рассмотрении этой темы Рабочей группой на ее предыдущих сессиях. В главе III для удобства Рабочей группы воспроизводится содержание рекомендаций 30–34 и сопроводительного комментария, изложенных в Руководстве, и освещаются вопросы, затрагиваемые в этих рекомендациях. В главе IV перечислены вопросы, которые Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть в отношении сферы охвата работы в рамках проекта.

4. В записке приводятся ссылки на рассмотренные международные и региональные тексты, имеющие отношение к проекту, в частности на 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») и на Глобальные правила по вопросам правовой коллизии в международных делах о

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

² Там же, *семьдесят четвертая сессия, Дополнение № 17 (A/74/17)*, п. 206; и там же, *семьдесят шестая сессия, Дополнение № 17 (A/76/17)*, п. 217.

³ Таких норм много, и они встречаются в разных источниках права, в том числе в международных текстах. См., например, Гаагскую конвенцию о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг или Типовой закон ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках (главу VIII).

несостоятельности Американского юридического института и Международного института по вопросам несостоятельности, включая комментарии и примечания докладчиков («Глобальные правила»)⁴. В национальных законах по вопросам несостоятельности, изученных секретариатом, не содержалось положений, аналогичных положениям рекомендаций 30–34 Руководства.

II. Резюме состоявшегося обсуждения этой темы в Рабочей группе

5. В рекомендациях 30–34 и сопроводительных комментариях к ним рассматривается применимое законодательство при производстве по делам о несостоятельности. Их текст был разработан по итогам обсуждений в Рабочей группе, состоявшихся на ее двадцать девятой сессии (Вена, 1–5 сентября 2003 года) на основе записки Секретариата ([A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.17](#))⁵ и на ее тридцатой сессии (Нью-Йорк, 29 марта — 2 апреля 2004 года) на основе записки Секретариата ([A/CN.9/WG.V/WP.72](#), содержание которой заменило раздел D, следующий за пунктом 652 в документе [A/CN.9/WG.V/WP.70](#) (часть II))⁶. На двадцать девятой сессии возобладало мнение о том, что вопросы применимого законодательства имеют ключевое значение для производства по делам о несостоятельности и что материалы по соответствующим вопросам должны быть включены в Руководство для оказания помощи и предоставления рекомендаций законодателям и другим пользователям. Что касается объема материала, который надлежит включить, то была выражена некоторая обеспокоенность по поводу того, что обсуждение и доработка положений о применимом законодательстве не должны затягивать работу над Руководством⁷. Рабочая группа обратилась к секретариату ЮНСИТРАЛ с просьбой подготовить соответствующий материал на основе консультации с Гаагской конференцией⁸ (см. в этой связи также пп. 7 и 41 доклада о работе коллоквиума). На своей тридцатой сессии Рабочая группа одобрила проект рекомендаций и комментарии, содержащиеся в документе [A/CN.9/WG.V/WP.72](#), с некоторыми поправками⁹. Как было предложено на той сессии¹⁰, они были включены в главу I части второй Руководства. Вопросы, которые были на тот момент затронуты в связи с этими рекомендациями и проектом комментариев в Рабочей группе, упоминаются ниже в соответствующем контексте.

6. На своей тридцать седьмой сессии в 2004 году Комиссия приняла проект рекомендаций и комментарии, содержащиеся в документе [A/CN.9/WG.V/WP.72](#), без изменений, за исключением: а) переноса одной рекомендации в часть первую Руководства и внесения в нее поправок (нынешняя рекомендация 3 в Руководстве, которая гласит следующее: «В законодательстве о несостоятельности должны признаваться права и требования, возникающие согласно иным законам, чем законодательство о несостоятельности, будь то внутригосударственным или иностранным, за исключением случаев, когда какие-либо ограничения

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) (Конвенция ЕС).

⁵ [A/CN.9/542](#), пп. 28–43.

⁶ [A/CN.9/551](#), пп. 24–32. В пункте 24 этого доклада отмечается, что документ [A/CN.9/WG.V/WP.72](#) был также рассмотрен Рабочей группой VI ЮНСИТРАЛ (Обеспечительные интересы), которая сочла в целом приемлемыми принципы, изложенные в документе [A/CN.9/WG.V/WP.72](#).

⁷ [A/CN.9/542](#), п. 28.

⁸ Там же, п. 43.

⁹ [A/CN.9/551](#), пп. 24–32.

¹⁰ Там же, п. 32.

прямо предусматриваются в законодательстве о несостоятельности»); и b) включения следующего предложения в конце комментария к рекомендации 33 в отношении трудовых договоров: «В некоторых государствах такие защитные меры будут применяться только к индивидуальным трудовым договорам, в то время как в других странах такие положения будут также применяться и к коллективным трудовым соглашениям»¹¹.

7. После включения этих рекомендаций и комментариев в Руководство Рабочая группа еще несколько раз возвращалась к рассмотрению темы применимого законодательства при производстве по делам о несостоятельности, как в контексте возможной разработки всеобъемлющей конвенции о законодательстве по вопросам несостоятельности¹², так и в качестве отдельной темы¹³. И каждый раз при этом в Рабочей группе выражалась поддержка проведению работы по данной теме в приоритетном порядке и подчеркивалось, что данная тема охватывает вопросы, являющиеся ключевыми для многих тем, рассматриваемых или предлагаемых к рассмотрению Рабочей группой, и что эта работа должна проводиться на основе координации с другими международными организациями, обладающими специальными знаниями и опытом в области выбора применимого права, в частности с Гаагской конференцией¹⁴.

8. На тот момент были определены следующие основные вопросы для обсуждения в рамках данной темы: a) применимое законодательство для ранжирования необеспеченных требований; b) выбор законодательства в отношении интеллектуальной собственности или других нематериальных имущественных прав; c) разграничение «процессуальных» норм, касающихся несостоятельности, и норм, затрагивающих материальные права в этой области (вопросы, не имеющие отношение к законодательству по вопросам несостоятельности, такие как законность или незаконность требований, могут и далее регулироваться обычными принципами международного частного права); d) выявление конкретных областей, в которых доминируют местные интересы; e) изучение вопроса о том, в каких случаях руководящие принципы несостоятельности будут окончательно определяться законодательством государства суда (независимо от того,

¹¹ *Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, пятьдесят девятая сессия, Дополнение № 17 (A/59/17)*, пп. 18 и 50 (ff).

¹² См. доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) о работе ее тридцать седьмой сессии (Вена, 9–13 ноября 2009 года) (A/CN.9/686), пп. 127–128, особенно п. 128 (b). На этой сессии Рабочая группа получила предложение Международного союза адвокатов (МСА) о возможной разработке международной конвенции в области международного законодательства о несостоятельности. В этой конвенции предлагалось рассмотреть, среди прочих вопросов, применимое законодательство при производстве по делам о несостоятельности, или включить вопросы применимого законодательства в отдельный протокол к такой конвенции. Рабочая группа отложила рассмотрение этого предложения, а также других предложений в отношении возможной будущей работы, до одной из будущих сессий. Это предложение впоследствии получило поддержку Международной ассоциации юристов (см. документ A/CN.9/WG.V/WP.93/Add.6, пп. 3–11, который был представлен Рабочей группе на ее тридцать восьмой сессии (Нью-Йорк, 19–23 апреля 2010 года)). См. также последующую записку Секретариата, содержащую справочную информацию по темам, которые охватывает нынешний мандат Рабочей группы V, и темам для возможной будущей работы (A/CN.9/WG.V/WP.117, в частности пп. 7–11). В последующих документах указывается, что возможность разработки конвенции по международным вопросам несостоятельности обсуждалась в неофициальной группе открытого состава, созданной заинтересованными делегациями (см. A/CN.9/803, п. 39 (a), A/CN.9/864, п. 88, и A/CN.9/870, п. 88). Комиссия приняла к сведению работу этой неофициальной группы, проделанную на ее сессиях в 2014 и 2016 годах (*Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи, шестьдесят девятая сессия, Дополнение № 17 (A/69/17)*, пп. 152, 158 и 159; и там же, *семьдесят первая сессия, Дополнение № 17 (A/71/17)*, п. 247).

¹³ См. предложение Международного института по вопросам несостоятельности о выборе права в делах о трансграничной несостоятельности, которое было представлено Рабочей группе на ее сорок четвертой сессии (Вена, 16–20 декабря 2013 года) (A/CN.9/WG.V/WP.117, пп. 12–16).

¹⁴ A/CN.9/798, пп. 18, 19, 24 и 30.

какое производство ведется в этом государстве — основное или неосновное); f) изучение вопроса о том, когда суд, рассматривающий дело в рамках неосновного производства, должен применять законодательство о несостоятельности, применяемое в рамках основного производства; g) определение других обстоятельств, при которых суд может руководствоваться законодательством о несостоятельности другой правовой системы (независимо от того, ведется ли производство в этой другой правовой системе или нет); и h) применимое законодательство в контексте предпринимательских групп¹⁵.

III. Вопросы, затрагиваемые в рекомендациях 30–34, и сопроводительный комментарий

A. Общие соображения

9. Рекомендации 30–34 и комментарии к ним являются неотъемлемой частью основных положений Руководства, необходимых для создания рекомендуемой ЮНСИТРАЛ эффективной и действенной внутренней законодательной базы по вопросам несостоятельности. Их следует читать вместе с другими частями Руководства, в том числе с глоссарием, содержащимся в введении к Руководству. Особое значение для проекта имеют те разделы, в которых рассматривается защита кредиторов, и положения, призванные обеспечить общее признание при несостоятельности прав и требований, возникающих на основании других законов (см., например, выше п. 6, а также рекомендацию 4 (дополненную рекомендацией 88) и рекомендацию 100). В них могут разъясняться мотивы принципиальных решений, принятых при подготовке раздела Руководства, посвященного применимому законодательству при производстве по делам о несостоятельности, в частности в отношении предлагаемой сферы охвата *lex fori concursus* и ограниченного количества рекомендуемых исключений из него.

10. Особенно тщательно обсуждались части Руководства, посвященные режиму обеспеченных кредиторов¹⁶, в том числе вопросы законодательства, применимого к созданию, юридической силе, приоритету и реализации обеспечительных прав в случае наступления несостоятельности (см. также п. 23 ниже). Они были подготовлены совместно с Рабочей группой VI ЮНСИТРАЛ (Обеспечительные интересы) с целью обеспечить согласованность положений о режиме обеспеченных кредиторов при несостоятельности, содержащихся в текстах ЮНСИТРАЛ по вопросам законодательства о несостоятельности и обеспечительным интересам¹⁷.

11. После включения в Руководство рекомендаций 30–34 и комментария к ним ЮНСИТРАЛ приняла еще несколько текстов в области законодательства о несостоятельности, в том числе части третью и четвертую Руководства, посвященные, соответственно, несостоятельности предпринимательских групп и

¹⁵ A/CN.9/WG.V/WP.117, пп. 13–16.

¹⁶ См., например, рекомендации 4, 49–53, 58–59, 65–67, 88 и 187–188 с сопроводительными комментариями, а также раздел E в главе III части второй Руководства. Большинство положений Руководства, в которых рассматривается режим обеспеченных кредиторов, перечислены в приложении I к Руководству.

¹⁷ См., например, A/CN.9/535 (доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе их первой совместной сессии (Вена, 16–17 декабря 2002 года) и A/CN.9/550 (доклад Рабочей группы V (Законодательство о несостоятельности) и Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе их второй совместной сессии (Нью-Йорк, 26 и 29 марта 2004 года). В докладе Рабочей группы VI (Обеспечительные интересы) о работе ее пятой сессии (Нью-Йорк, 22–25 марта 2004 года) (A/CN.9/549, п. 34) отмечается, что Рабочая группа сочла включенные в конечном итоге в Руководство принципы, применимые к реализации обеспечительных прав в случае несостоятельности, в целом приемлемыми. В этой связи см. также сноску 6 выше.

обязанностям директоров в период, предшествующий несостоятельности¹⁸. Рабочая группа также рассмотрела другие изменения в области законодательства по вопросам несостоятельности, затронувшие, в частности, платежные и расчетные системы и регулируемые финансовые рынки (см. п. 27 ниже), с учетом которых была подготовлена программа ее возможной будущей работы¹⁹.

В. Законодательство, применимое к действительности и юридической силе прав и требований

Рекомендация 30

Право, применимое к действительности и юридической силе прав и требований

Право, применимое к вопросам действительности и юридической силы прав и требований, существующих на момент открытия производства по делу о несостоятельности, должно определяться нормами частного международного права государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности.

Сопроводительный комментарий

80. В тех случаях, когда в производство по делу о несостоятельности вовлечены стороны или активы, находящиеся в разных государствах, могут возникать сложные вопросы относительно права, которое будет применяться к вопросам действительности и юридической силы прав в таких активах или других требованиях; а также к режиму таких активов и прав или требований этих иностранных сторон производства по делу о несостоятельности. В случае подобного производства по делу о несостоятельности государство суда будет обычно применять свои нормы частного международного права (или коллизионные нормы) для определения того, какое право применимо к вопросам действительности и юридической силы прав или требований и к их режиму в рамках производства по делу о несостоятельности.

81. В чисто внутренних условиях законодательство о несостоятельности не «создает» прав (личных или имущественных) или требований, а обеспечивает уважение прав и требований, которые были приобретены в отношении должника в соответствии с другими применимыми нормами права, будь то гражданского, коммерческого или публичного. Предмет интереса законодательства о несостоятельности — определение относительного статуса каждого из этих прав и требований после открытия производства по делу о несостоятельности и, в надлежащих случаях, установление ограничений и изменений, которым будут подлежать эти права и требования в рамках производства по делу о несостоятельности в интересах достижения коллективных целей производства. Эти пределы и ограничения представляют собой «последствия несостоятельности», поскольку они возникают из факта открытия производства по делу о несостоятельности в отношении должника.

82. В контексте трансграничной несостоятельности важно проводить различие между созданием прав и требований в силу закона, указанного в качестве применимого права (будь то внутреннего или иностранного материально-правового закона) в соответствии с коллизионными нормами государства суда, и последствиями несостоятельности для таких прав и требований. Поскольку, как уже отмечалось, законодательство о несостоятельности не устанавливает права или требования, вопрос о том, возникло ли данное право или требование, а также о

¹⁸ И если Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (ТЗТН), содержащийся в приложении к Руководству, конкретно упоминается в рекомендации 5 как рекомендуемый к принятию, то два недавно принятых закона — нет. Кроме того, в 2013 году Руководство по принятию ТЗТН, содержащееся в приложении к Руководству, было заменено Руководством по принятию и толкованию.

¹⁹ См. [A/CN.9/798](#), п. 30.

содержании этого права или требования, относится к сфере общих коллизионных норм. Например, согласно общим коллизионным нормам обычно предусматривается, что право, регулирующее договор, будет определять факт наличия договорного требования в отношении неплатежеспособного должника и суммы этого требования; что *lex rei sitae* будет определять факт создания обеспечительного интереса в недвижимых активах в пользу того или иного конкретного кредитора и т. д. В данной сфере каждое государство будет применять свои собственные коллизионные нормы, включая положения любых действующих международных конвенций. В случае производства по делу о несостоятельности государство суда будет, как правило, применять свои коллизионные нормы для определения того, какое право регулирует вопросы действительности и юридической силы права или требования, прежде чем перейти к рассмотрению режима такого права или требования в рамках производства по делу о несостоятельности. Важно подчеркнуть, что определение действительности и юридической силы представляет собой не вопрос из области несостоятельности, а проблему, регулируемую другими нормами применимого права.

12. Как отмечается в сопроводительном комментарии, в рекомендации 30 устанавливается правило для определения права, применимого к действительности и юридической силе прав и требований, возникших до открытия производства по делу о несостоятельности²⁰. Следовательно, она должна применяться и в тех случаях, когда такие права и требования становятся основанием для действий управляющего в деле о несостоятельности или других сторон после открытия производства по делу о несостоятельности²¹. Для сравнения, эта рекомендация не распространяется на действительность и юридическую силу прав и требований, возникших после открытия производства. В рассмотренных текстах формулировка «применимое право» понимается как исключающая обратную отсылку²².

C. Законодательство, применимое при производстве по делам о несостоятельности: *lex fori concursus*

Рекомендация 31

Законодательство, применимое при производстве по делам о несостоятельности: lex fori concursus

Законодательство о несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*), должно применяться ко всем аспектам открытия, ведения и завершения этого производства по делу о несостоятельности, а также управления им и его последствий. Сюда может включаться, например, следующее:

- a) определение должников, в отношении которых может быть открыто производство по делу о несостоятельности;
- b) определение момента, когда может быть открыто производство по делу о несостоятельности, и вида производства, которое может быть открыто, стороны, которая может подать заявление об открытии производства, а также

²⁰ Такое же правило содержится, например, в статье 8 Гаагской конвенции о праве, применимом к определенным правам в отношении опосредованно удерживаемых ценных бумаг (заклучена 5 июля 2006 года) и в статье 94 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках.

²¹ Такое толкование поддерживается, например, в решении Европейского суда от 6 февраля 2019 года по делу NK v. BNP Paribas Fortis NV, C-535/17, п. 28, и приведенными в нем прецедентами, которыми подтверждается, что различие между делами о несостоятельности и делами, не связанными с несостоятельностью, заключается не в процессуальных особенностях соответствующего иска и не в том, когда был подан иск, а в том, какова его правовая основа.

²² См., например, статью 92 Типового закона ЮНСИТРАЛ об обеспеченных сделках; глобальное правило 5; и п. 87 доклада о Конвенции ЕС.

решение вопроса о том, должны ли критерии открытия производства различаться в зависимости от стороны, подавшей заявление о его открытии;

- c) образование и состав имущественной массы в деле о несостоятельности;
- d) защита и сохранение имущественной массы в деле о несостоятельности;
- e) использование или реализация активов;
- f) предложение, принятие, утверждение и выполнение плана реорганизации;
- g) расторжение определенных сделок, которые могут нанести ущерб некоторым сторонам;
- h) режим контрактов;
- i) зачет;
- j) режим обеспеченных кредиторов;
- k) права и обязательства должника;
- l) обязанности и функции управляющего в деле о несостоятельности;
- m) функции кредиторов и комитета кредиторов;
- n) режим требований;
- o) очередность требований;
- p) определение расходов и затрат, связанных с производством по делу о несостоятельности;
- q) распределение поступлений;
- r) завершение производства; и
- s) освобождение от обязательств.

Сопроводительный комментарий

83. После того как определены действительность и юридическая сила какого-либо права или требования согласно праву, указанному в качестве применимого на основании коллизионных норм суда, возникает второй вопрос, касающийся последствий производства по делу о несостоятельности для такого права или требования, т. е. вопрос о том, будет ли это право или требование признано и принято в рамках производства по делу о несостоятельности и, если это произойдет, о его относительном статусе. Этот вопрос относится к сфере несостоятельности. С точки зрения коллизионного права проблема на этом втором этапе сводится к определению закона, применимого к таким последствиям несостоятельности. Типичной является такая ситуация, когда вопросы открытия, ведения и завершения такого производства, а также управления им будут регулироваться правом государства, в котором возбуждается производство по делу о несостоятельности — *lex fori concursus*. Эти вопросы будут, как правило, включать определение должников, к которым могут применяться нормы законодательства о несостоятельности; сторон, которые могут ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности, и тех условий, которые должны быть удовлетворены; последствий открытия производства, включая объем применения моратория; организации управления имущественной массой; полномочий и функций участников; правил относительно приемлемости требований; приоритета и очередности требований; и правил распределения. Соответственно, этот закон будет обычно регулировать последствия несостоятельности в отношении прав и требований, действительным образом приобретенных согласно иностранному праву, например вопросы о том, является ли такое право или требование,

с учетом его характера и условий, приемлемым в рамках производства по делу о несостоятельности должника, а также о его возможной очередности.

84. Проблемы могут возникнуть в случае, когда право, регулирующее очередность требований, и применимое право, иное, чем законодательство о несостоятельности, регулирующее связанные с требованием вопросы, различаются. Действующие категории привилегий и приоритетов, а также очередность требований всегда определяются на основе *lex fori concursus*. Как правило, при установлении этих категорий и очередности законодательство о несостоятельности соответствующего государства учитывает возможность предъявления таких требований согласно внутреннему праву этого государства. В то же время требование кредитора может возникнуть на основании иностранного права. В подобном случае необходимо определить, какие требования, созданные согласно иностранному праву, могут считаться эквивалентными требованиям на основании внутреннего права, за которыми признаются определенные привилегии или приоритеты. Другими словами, необходимо определить, является ли вид требования, созданного согласно иностранному праву, «эквивалентным» виду требования, за которым *lex fori concursus* признает особый статус в рамках производства по делу о несостоятельности. Критерий, применяемый при решении этого вопроса, состоит в том, соответствуют ли друг другу оба требования с учетом их сущностного содержания и функций в такой степени, что они могут быть сочтены «функционально взаимозаменяемыми». Если на этот вопрос дан положительный ответ, то требования должны считаться эквивалентными и пользоваться одинаковым режимом в рамках производства по делу о несостоятельности. В случае, когда подобная эквивалентность установлена быть не может, требование будет, как правило, рассматриваться в качестве обычного требования.

1. Вступительная часть, первое предложение

13. В первом предложении рекомендации говорится, что «законодательство о несостоятельности государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности (*lex fori concursus*), должно применяться...». В рассмотренных текстах в таком же контексте говорится, что «законодательство, применимое к производству по делу о несостоятельности и его последствиям, определяет условия открытия этого производства, его ведения и закрытия», либо содержатся более подробные ссылки аналогичного характера²³. Некоторые из них указывают на то, что такое законодательство определяет как процессуальные, так и материальные последствия производства по делу о несостоятельности для соответствующего лица и правоотношений²⁴.

14. Существуют разные мнения о значении слова «законодательство» в данном контексте. Некоторые специалисты считают, что под ним должно подразумеваться не только законодательство о несостоятельности²⁵. Другие считают, что речь идет о законодательстве о несостоятельности, его процессуальных и материально-правовых положениях, как о «совокупности норм, предусматривающих конкретные последствия производства по делу о несостоятельности для обеспечения выполнения задач и достижения целей такого производства, как они определяются в *lex concursus*»²⁶.

15. В Руководстве в ряде случаев, имеющих отношение к рекомендации 31, упоминаются иные законы за пределами законодательства о несостоятельности. Например, рекомендация 66, касающаяся обеспечения финансирования после открытия производства, открывается словами «в законодательстве» с сопроводительной сноской, в тексте которой поясняется, что содержащееся в этой

²³ См., например, статью 7 новой редакции ЕРН и глобальное правило 12. В статье 1 Конвенции Северных стран в данном контексте указывается на законодательство страны, в которой наступает банкротство.

²⁴ См. п. 90 доклада о Конвенции ЕС и п. 66 новой редакции ЕРН.

²⁵ См. примечания докладчиков к глобальному правилу 12.

²⁶ См. Brinkmann, “European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary”, p. 87.

рекомендации правило может содержаться не в законодательстве о несостоятельности, а в другом законе; в этом случае в законодательстве о несостоятельности должно быть указано на существование этого положения. В рекомендациях, содержащихся в части четвертой Руководства, касающейся обязанностей директоров в период, предшествующий несостоятельности, говорится о законодательстве по вопросам несостоятельности, и причины использования этой формулировки объясняются в комментарии²⁷. Ссылки на иные законы за пределами законодательства о несостоятельности встречаются также, например, в комментариях, касающихся совместных активов²⁸, приоритетных или привилегированных требований²⁹ и продажи активов свободно от обеспечительных интересов³⁰.

16. Мнения расходятся также по вопросу о том, охватывает ли здесь понятие «закон» нормы международного частного права. В примечаниях докладчиков к Глобальному правилу 12 говорится, что в принципе под «законом» подразумевается материальное и процессуальное право определенного государства, включая его «мягкое право», но исключая его нормы международного частного права. Аналогичное утверждение встречается и в других комментариях³¹. Согласно другой точке зрения, *lex fori concursus* не исключает положений о выборе законодательства, действующих в государстве, в котором открывается производство по делу о несостоятельности³². Когда такие положения отсылают к законодательству другого государства, то обычно считается, что они относятся к материальному праву этого государства, а не к его нормам международного частного права (т. е. обратная отсылка исключается)³³. (По этому вопросу см. также п. 19 ниже.)

2. Вступительная часть, второе предложение: примерный перечень вопросов, подпадающих под *lex fori concursus*

17. Рекомендация 31 содержит примерный перечень вопросов, подпадающих под *lex fori concursus*, о чем свидетельствует формулировка во втором предложении «Сюда может включаться, например, следующее:». В некоторых рассмотренных текстах встречается минимальный обязательный перечень вопросов³⁴, тогда как в других текстах не содержится никакого списка вопросов³⁵.

18. Можно считать, что некоторые перечисленные в рекомендации 31 вопросы, в частности (a), (b), (k), (l), (m), (p) и (r), относятся к процессуальным нормам законодательства о несостоятельности и, следовательно, должны подпадать под *lex fori concursus* в соответствии с «общепризнанным положением о выборе права, согласно которому суды применяют свое собственное процессуальное законодательство как часть *lex fori*. В частности, общепринятым является мнение о том, что исполнительное производство регулируется *lex fori executionis*. Правила, действующие в отношении индивидуальных мер приведения в исполнение, должны также применяться к производству по делу о несостоятельности как коллективному средству приведения в исполнение в частном порядке»³⁶.

19. Другие вопросы могут относиться к сфере охвата материального права. Согласно одному из мнений, как таковые они могут регулироваться в соответствии с конкретными положениями о выборе права с учетом внешних связующих

²⁷ См. главу I. История вопроса, п. 11 и сноску 6.

²⁸ См. пп. 20 и 21 в главе II части второй Руководства.

²⁹ См. пп. 67–74 главы V Руководства.

³⁰ См. пп. 85–86 главы II части второй Руководства.

³¹ См., например, п. 87 доклада о Конвенции ЕС.

³² См. Brinkmann, “European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary”, pp. 88–90.

³³ См. глобальное правило 5.

³⁴ См., например, статью 7.2 новой редакции ЕРН, которая гласит: «В частности, им определяется следующее:». В качестве одного из примеров прецедентного права, содержащего пояснения относительно того, как следует читать этот список, см. решение Европейского суда от 9 ноября 2016 года, ENEFI, C-212/15.

³⁵ См., например, глобальное правило 12.

³⁶ См. Brinkmann, “European Insolvency Regulation. Article-by Article Commentary”, p. 88.

факторов³⁷. Согласно другому мнению, материально-правовые последствия, определяемые на основании законодательства государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности, являются теми же последствиями, которые обычно предусматриваются законодательством о несостоятельности, т. е. последствиями, необходимыми для обеспечения достижения целей производства по делу о несостоятельности. В этом случае законодательство государства, в котором открывается производство по делу о несостоятельности, может заменить законодательство, которое было бы применимым к соответствующему иску согласно общим коллизионным нормам, действовавшим до наступления несостоятельности. Это происходит, например, в целях недопущения совершения действий, наносящих ущерб общей массе кредиторов, даже если в отношении этих действий применяется, согласно общим коллизионным нормам, право другого государства³⁸.

3. Вопросы, возникающие в связи с содержанием списков

20. Списки вопросов, относящихся к сфере регулирования *lex fori concursus*, которые встретились в рассмотренных текстах, отличаются от перечня, содержащегося в рекомендации 31. Некоторые различия несущественны. Они могут быть обусловлены, например, тем, что вопросы сгруппированы по-другому или используется другая терминология.

21. Перечень, приведенный в рекомендации 31, следует читать с учетом других положений Руководства. Например, пункт (d), касающийся защиты и сохранения имущественной массы в деле о несостоятельности, охватывает, согласно главе II Руководства, мораторий при открытии производства по делу о несостоятельности. В глоссарии «мораторий» определяется как «мера, которая предотвращает возбуждение — или приостанавливает продолжение — судебных, административных или других индивидуальных действий в отношении активов, прав, обязательств или ответственности должника, включая действия, направленные на придание обеспечительному интересу силы в отношении третьих сторон или на принудительную реализацию любого обеспечительного интереса; а также предотвращает взыскание в отношении активов, входящих в имущественную массу, прекращение какого-либо контракта с должником и передачу, обременение или иное отчуждение применительно к любым активам или правам, входящим в имущественную массу». Таким образом пункт (d) охватывает ряд аспектов, которые в других текстах могут быть перечислены отдельно как относящиеся к сфере регулирования *lex fori concursus*. Это верно и в отношении некоторых других пунктов перечня, сфера охвата которых объясняется другими положениями Руководства (например, использование и реализация активов³⁹, режим контрактов⁴⁰ и режим требований⁴¹).

22. Другие различия в перечислении вопросов в рассмотренных текстах по сравнению с перечнем в рекомендации 31 являются более существенными, например в них может отсутствовать пункт (f) (предложение, принятие, утверждение и выполнение⁴² плана реорганизации) или пункт (j) (режим обеспеченных кредиторов). Отсутствие последнего пункта можно объяснить тем, что в некоторых из рассмотренных текстов ранее существовавшие вещные права⁴³

³⁷ Ibid.

³⁸ См. п. 90 доклада о Конвенции ЕС.

³⁹ См. раздел С главы II части второй Руководства.

⁴⁰ См. раздел Е главы II части второй Руководства.

⁴¹ См. раздел А главы V части второй Руководства.

⁴² В связи с термином «выполнение плана реорганизации» в этом пункте, если его толковать шире, чем «содержание плана», могут возникнуть вопросы, поскольку в некоторых случаях выполнение такого плана может регулироваться договорным правом и, следовательно, принципом автономии сторон в выборе применимого права.

⁴³ Согласно этим текстам, признание того или иного права вещным правом осуществляется на основе национального законодательства, регулирующего эти вещные права, которым, как правило, будет *lex rei sitae*, но при этом вещными считаются права, зарегистрированные в

исключены из сферы действия всех правовых последствий возбуждения производства по делу о несостоятельности⁴⁴, кроме расторжения сделки⁴⁵. В некоторых из этих текстов такое исключение сопровождается защитным положением, призванным не допустить недобросовестного использования «тихих гаваней для активов»⁴⁶.

23. Такая практика в отношении вещных прав признается в пункте 88 комментария к рекомендациям 30–34. Однако предложение о включении в Руководство исключения из *lex fori concursus* для вещных прав не получило достаточной поддержки в ходе подготовки Руководства⁴⁷. На тот момент было выражено согласие с тем, 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 сторон. Было также достигнуто согласие относительно того, что открытие производства по делу о несостоятельности не должно прекращать действие права, примененного к вопросам приоритета обеспечительных прав, кроме как в той мере, в которой это прямо предусматривается в законодательстве о несостоятельности. В дополнение к этому было решено, что открытие производства может прекратить действие норм, применимых к реализации обеспечительных прав, поскольку вопросы принудительного исполнения должны регулироваться законодательством о несостоятельности в том государстве, в котором открыто производство по делу о несостоятельности⁴⁸.

24. В пункте 88 комментария также признается, что права на зачет могут подчиняться иному праву, чем закон государства суда, по причинам, связанным с ожиданиями сторон, особенно если они поддерживают регулярные коммерческие отношения между собой. В то же время, в пункте 91 комментария говорится, что правила зачета государства суда должны применяться к требованиям на том основании, что, при несостоятельности, права на зачет тесно связаны с доказыванием и определением стоимости требований, а также с принципами, регулируемыми равный режим для кредиторов. Поскольку эти вопросы регулируются правом государства суда, аналогичным образом должны регулироваться и права на зачет. В некоторых рассмотренных текстах предусматривается, что законодательство, применимое к требованию должника в момент возникновения права на зачет, имеет преимущественную силу, если оно допускает зачет, а *lex fori concursus* не допускает⁴⁹. Это правило применяется только к праву на зачет, возникающему в отношении взаимных требований, существовавших до открытия производства по делу о несостоятельности⁵⁰, а в некоторых рассмотренных текстах оно сопровождается защитительной оговоркой о том, что оно может быть отменено, если выбор сторонами законодательства, применимого к требованию должника, является необоснованным⁵¹.

25. Что касается расторжения сделок (пункт (g) перечня), то в пунктах 89 и 90 комментариев рассматриваются разные подходы к определению законодательства, регулирующего расторжение сделок, и принципы, лежащие в основе этих подходов. Эти вопросы также обсуждались в ходе коллоквиума (см. пп. 26 и 27 доклада о работе коллоквиума). Один из приведенных в этом контексте подходов

публичном реестре и подлежащие реализации в отношении третьих сторон. См. примеры вещных прав в статье 8 новой редакции ЕРН и в комментарии к глобальному правилу 15.

⁴⁴ См., например, пункты 68 и 69 и статью 8 новой редакции ЕРН; статью 50 Договора Монтевидео (1940 год); статью 420 Кодекса Бустаманте; статьи 5 и 7 Конвенции Северных стран; и глобальное правило 15.

⁴⁵ См., например, статью 8.4 новой редакции ЕРН.

⁴⁶ См., например, глобальное правило 16.

⁴⁷ A/CN.9/551, п. 31. См. также рекомендации 3 и 4 Руководства, связанные с этим обсуждением.

⁴⁸ См. A/CN.9/549, п. 34.

⁴⁹ См., например, статью 9 новой редакции ЕРН; и глобальное правило 17, которое следует читать вместе с глобальным правилом 21.

⁵⁰ См., например, комментарий и примечания докладчиков к глобальным правилам 17 и 18.

⁵¹ См., например, глобальное правило 18.

встречается в рассмотренных текстах, предусматривающих защиту сделки от расторжения, если она регулируется законодательством за пределами *lex fori concursus*, и это другое законодательство не допускает никаких способов оспаривания этой сделки в рамках соответствующего дела⁵². Также предусматривается мера защиты, призванная не допустить злоупотреблений при выборе права в таких случаях⁵³.

26. Трансграничное признание последствий применения *lex fori concursus* в отношении некоторых вопросов, перечисленных в рекомендации 31, таких как режим и очередность требований и списание долгов, при определенных обстоятельствах вызывает ряд дополнительных вопросов⁵⁴.

D. Исключения из *lex fori concursus*

1. Платежные или расчетные системы или регулируемый финансовый рынок

Рекомендация 32

Невзирая на рекомендацию 31, последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязательств участников платежной или расчетной системы или регулируемого финансового рынка должны регулироваться исключительно правом, применимым к такой системе или рынку.

Сопроводительный комментарий

86. Исключения из применения *lex fori concursus* обуславливаются, как правило, определенными социально-политическими соображениями. Например, в некоторых законах первоочередное внимание уделяется поддержанию коммерческой определенности и сокращению рисков для сторон, вступающих в коммерческие сделки. Стороны сделки определяют свои взаимоотношения на основе конкретной юридической среды, включая вопрос о степени, в которой их права будут защищены в случае несостоятельности должника, что является наиболее типичным риском, с которым сталкивается любой кредитор. Применение закона, на основании которого было создано соответствующее право или требование, может быть, в целом, более удобным в плане затрат для кредитора с точки зрения ознакомления, более предсказуемым с точки зрения последствий несостоятельности и более трудным для манипуляций со стороны использующего свое положение должника, чем случай применения закона центра основных интересов или domicilia должника. Исходя из этого, могут быть приведены доводы в пользу того, что при определенных обстоятельствах было бы разумно допускать и защищать обращение сторон к праву, на основании которого было создано соответствующее право или требование. Один из наиболее важных примеров связан с платежными или расчетными системами и регулируемым финансовыми рынками, которые, как это признается согласно многим законам о несостоятельности, должны быть исключены из сферы применения *lex fori concursus*. В результате обращения к праву, применимому к системе или регулируемому рынку, можно избежать вмешательства в действие платежных и расчетных механизмов в случае несостоятельности одного из участников, что

⁵² См., например, статьи 7.2 (m) и 16 новой редакции ЕРН (а также статьи 8.4, 9.2, 10.3 и 12.2).

⁵³ См., например, глобальное правило 23.

⁵⁴ См., например, статью 20 новой редакции ЕРН; правило, принятое в некоторых системах общего права, согласно которому долг может списываться только в соответствии с законодательством, применимым к данному долгу, если только кредитор не подал иск в иностранной юрисдикционной системе; и материалы второго заседания в рамках четвертого Международного colloquium ЮНСИТРАЛ по законодательству о несостоятельности, 16–18 декабря 2013 года, Вена (https://uncitral.un.org/en/colloquia/insolvency/fourth_uncitral_international_insolvency_law_colloquium), в которых рассматриваются вопросы, возникающие в связи с трансграничным признанием освобождения от обязательств.

послужит защите общей определенности и атмосферы доверия в системе или на рынке и позволит избежать возникновения системных рисков.

27. В отличие от других рекомендаций Руководства, формулировка рекомендации 32 содержит четкие инструкции («должны» и «исключительно»). Ее следует читать вместе с рекомендациями 101–107 Руководства и сопроводительными комментариями к ним, в которых рассматриваются финансовые договоры и взаимозачет. В них, в частности: а) предусматриваются исключения для финансовых договоров из сферы охвата моратория, в том числе в отношении исполнения положений о прекращении действия договора и реализации обеспечительных интересов; б) исключаются из сферы действия положений о расторжении сделок обычные переносы активов, осуществляемые перед открытием производства по делу о несостоятельности; и с) рекомендуется обеспечить признание и защиту окончательного характера операций платежно-расчетной системы в случае неплатежеспособности того или иного участника системы. В этой связи Рабочая группа, возможно, пожелает вновь обратить внимание на то, что на ее сорок четвертой сессии в 2013 году было выражено согласие с тем, что необходимо обновить эту часть Руководства⁵⁵. В докладе о ходе работы коллоквиума (см. пп. 24, 25 и 47 (d)) подчеркивается необходимость рассмотрения в контексте данного проекта вопросов, возникающих в связи с цифровизацией финансовых рынков и операций.

28. В одном из рассмотренных текстов это же исключение из *lex fori concursus* распространяется на иски о признании недействительными, возможной недействительности или невозможности исполнения платежей или операций в этих системах или на этих рынках⁵⁶.

2. Трудовые договоры

Рекомендация 33

Невзирая на рекомендацию 31, последствия производства по делу о несостоятельности для расторжения, продолжения или изменения трудовых договоров могут регулироваться правом, применимым к договору.

Сопроводительный комментарий

87. В некоторых законах устанавливаются исключения для сохранения определенных прав или интересов, специально защищаемых законодательством государства от неопределенности или несоответствий, которые могут быть вызваны применением последствий несостоятельности, предусматриваемых иностранным *lex fori concursus*. Например, в отношении трудовых договоров могут предусматриваться специальные (и часто императивные) защитные меры в виде создания финансовой системы безопасности для работников или установления ограничений на расторжение или изменение подобных договоров в случае несостоятельности. Обоснование таких положений заключается в защите разумных ожиданий работников в отношении их трудового договора, в признании того, что работники обладают, по сравнению с их нанимателями, относительно более слабыми переговорными позициями, и в обеспечении недискриминации среди работников, занятых в пределах одного и того же государства, независимо от того, наняты ли они местным или иностранным нанимателем. В некоторых государствах такие защитные меры будут применяться только к индивидуальным трудовым договорам, в то время как в других странах такие положения будут также применяться и к коллективным трудовым соглашениям.

⁵⁵ См. A/CN.9/798, пп. 26 и 30. В этой связи было упомянуто о Принципах УНИДРУА, касающихся применения положений об окончательных чистых расчетах. См. также Принцип С10.4 Принципов Всемирного банка в отношении эффективных систем несостоятельности и отношений между кредитором и должником, который отходит от рекомендаций 101–107 Руководства.

⁵⁶ См., например, статью 12 новой редакции ЕРН.

29. В отличие от рекомендации 32, рекомендация 33 носит разрешительный характер (используется слово «могут»). История разработки этой рекомендации свидетельствует о том, что ряд моментов в связи с ее включением в Руководство, даже с такой разрешительной формулировкой, вызвали беспокойство. Один из них состоял в том, что, в качестве общего принципа, режим рабочих и служащих должника, работающих в государстве суда, должен определяться законодательством этого государства и что текст после слов «трудовые договоры» необходимо изменить следующим образом: «могут ограничиваться рабочими и служащими в государстве, в котором открыто производство по делу о несостоятельности». Другой вызвавший беспокойство момент заключался в том, что данную рекомендацию следует переработать, предусмотрев, что только некоторые договоры могут регулироваться другим правом, или указав, что она относится только к трудовым договорам, регулируемым иным правом, чем закон государства суда. Еще один вызвавший беспокойство аспект состоял в том, что в нынешней формулировке данная рекомендация может создать впечатление, будто бы Рабочая группа поддерживает включение подобного исключения в законодательство о несостоятельности, и поэтому было предложено перенести ее в комментарий. Другая точка зрения состояла в том, что, поскольку данное положение носит лишь разрешительный характер и поскольку в некоторых регионах мира практика, при которой коммерческие предприятия могут нанимать сотрудников в разных правовых системах на основе трудовых договоров, предусматривающих различающиеся условия, является абсолютно обычной, данная рекомендация должна быть сохранена. Было отмечено, что отсутствие подобного исключения из сферы действия права государства суда может повлечь последствия, связанные с соблюдением публичного порядка, что, в свою очередь, может вызвать неопределенность и воспрепятствовать ведению производства по делам о несостоятельности⁵⁷.

30. В некоторых рассмотренных текстах встречается безусловное исключение из сферы действия *lex fori concursus* для трудовых договоров («регулируется исключительно»)⁵⁸. В комментарии к ним разъясняется, что ссылка на законодательство государства, применимое к трудовому договору, охватывает действующее в этом государстве законодательство о несостоятельности⁵⁹. В то же время подчеркивается, что *lex fori concursus* будет по-прежнему применяться к подаче, проверке, принятию, ранжированию и отклонению требований, связанных с трудовыми отношениями⁶⁰. Исключения составляют случаи, когда берется обязательство не допустить открытия параллельного производства⁶¹.

3. Другие возможные исключения из действия *lex fori concursus*

Рекомендация 34

Число любых исключений, помимо тех, о которых говорится в рекомендациях 32 и 33, должно быть ограничено, и они должны быть ясно изложены или указаны в законодательстве о несостоятельности.

Сопроводительный комментарий

80. ...Хотя производство по делу о несостоятельности будет, как правило, регулироваться законодательством государства, в котором оно возбуждено (*lex fori concursus*), во многих государствах приняты исключения из применения этого законодательства, причем такие исключения могут различаться как по количеству, так и по объему. Различия в количестве и сфере действия таких исключений могут создать неопределенность и непредсказуемость для сторон, участвующих в трансграничном производстве по делам о несостоятельности. Конкретное

⁵⁷ A/CN.9/551, п. 30.

⁵⁸ См., например, статью 13 новой редакции ЕРН и глобальное правило 20.

⁵⁹ См. п. 128 доклада о Конвенции ЕС.

⁶⁰ Там же. См. также пункт 72 новой редакции ЕРН и комментарий и примечания докладчиков к глобальным правилам 19–21.

⁶¹ См. пункт 72 и статью 36 новой редакции ЕРН.

урегулирование, прозрачным и предсказуемым образом, вопросов о применении праве в законодательстве о несостоятельности может способствовать установлению определенности в отношении последствий производства по делам о несостоятельности для прав и требований сторон, затронутых таким производством.

...

85. С целью определения последствий несостоятельности для действительных и обладающих юридической силой прав и требований в некоторых законах предусматриваются исключения из применения *lex fori concursus*. Цель исключений состоит не в том, чтобы изменить право, применимое к вопросу действительности и исковой силы (которое по-прежнему будет определяться на основании общих коллизионных норм государства суда), а изменить право, применимое к последствиям несостоятельности. Вместо *lex fori concursus* последствия несостоятельности могут регулироваться, например, законодательством, применимым к вопросу о действительности и юридической силе. Например, последствия несостоятельности для права на зачет могут определяться не на основании *lex fori concursus*, а законом, применимым к праву на зачет. Другие примеры исключений из применения законодательства государства суда, допускаемых в различных законах о несостоятельности, связаны с правом, применимым к платежным системам, трудовым договорам, положениям о расторжении сделок и правам собственности.

...

91. Чрезвычайно важно, чтобы принципиальные соображения, лежащие в основе установления исключений из сферы применения *lex fori concursus*, были оценены с учетом других соображений, являющихся ключевыми для производства по делу о несостоятельности, в частности цели максимального повышения стоимости имущественной массы в интересах всех, а не каких-либо конкретных отдельных кредиторов, и цели равного режима для всех кредиторов, находящихся в одинаковом положении. Для достижения конкретных целей процедур несостоятельности в соответствующем государстве будет предназначено право государства суда, которое будет обеспечивать определенность для управляющего в деле о несостоятельности при выполнении многих из его функций в рамках производства, в том числе применительно к расторжению сделок, режиму контрактов, режиму требований и т. д. Применение права государства суда в производстве по делу о несостоятельности может позволить избежать потенциально дорогостоящих и длительных судебных тяжб в связи с решением вопросов применимого права для целей определения последствий несостоятельности и действительности и юридической силы прав или требований с учетом последствий несостоятельности, предусмотренных законодательством государства суда. Таким образом, во многих обстоятельствах применение *lex fori concursus* к вопросам определения последствий несостоятельности может сократить расходы и задержки и тем самым максимально повысить стоимость имущественной массы в интересах всех кредиторов. Кроме того, применение исключений из действия *lex fori concursus* для определения последствий несостоятельности может привести к неравенству режима последствий несостоятельности для находящихся в одинаковом положении кредиторов лишь в силу того, что их права и требования будут регулироваться различным применимым правом. ...

31. В некоторых рассмотренных текстах предусматриваются и другие исключения из сферы действия *lex fori concursus*⁶², в том числе для действий, совершенных после открытия производства по делу о несостоятельности⁶³. В ходе работы над рекомендациями 30–34 выражались некоторые сомнения в целесообразности включения в Руководство дополнительных исключений из сферы действия *lex fori concursus* помимо тех, которые перечислены в рекомендациях 32

⁶² Например, для договоров, касающихся недвижимого имущества (статья 11 новой редакции ЕРН), последствий для прав, подлежащих регистрации (статья 14 новой редакции ЕРН), и незавершенных судебных и арбитражных разбирательств (статья 18 новой редакции ЕРН).

⁶³ См. статью 17 новой редакции ЕРН о защите покупателей, являющихся третьими сторонами.

и 33 (в то время было высказано мнение, что «Руководство не должно рассматриваться как поощряющее большое количество исключений»)⁶⁴.

IV. Вопросы для рассмотрения Рабочей группой

32. Рабочей группе предлагается рассмотреть вопрос о том, в каком направлении следует вести работу по этой теме, и сферу ее охвата, в частности, следует ли ограничиться обновлением соответствующего раздела Руководства или же следует подготовить отдельный документ, который заменит или дополнит Руководство в этих вопросах аналогично тому, как это было сделано в отношении несостоятельности предпринимательских групп. От принятого решения будет зависеть количество поправок к существующим положениям Руководства. Независимо от сделанного выбора, Рабочая группа, возможно, пожелает рассмотреть целесообразность применения рекомендованного поэтапного подхода (см. выше п. 2).

33. Если будет применяться такой подход, то Рабочая группа, возможно, пожелает дать для начала секретариату указания по вопросам, затронутым в главе III настоящей записки, и по другим связанным с ними соображениям, например:

- a) требуют ли дальнейшей проработки вопросы, затронутые в рекомендации 30;
- b) следует ли включить в перечень, на который распространяется действие *lex fori concursus*, дополнительные вопросы, в частности подачу исков против директоров с учетом последующего включения части четвертой в Руководство;
- c) следует ли внести иные изменения в перечень, приведенный в рекомендации 31;
- d) является ли все еще применимым подход, который использовался в ходе работы над Руководством при разработке рекомендаций 32 и 33;
- e) будут ли необходимы дополнительные исключения из сферы действия *lex fori concursus*;
- f) могут ли нормы применимого права затронуть какие-либо особые вопросы в контексте реорганизации по сравнению с ликвидацией⁶⁵;
- g) следует ли рассмотреть исключение на основании публичного порядка, которое не позволило бы применять иностранное право и которое в настоящее время не предусматривается в Руководстве в контексте рекомендаций 30–34⁶⁶;
- h) следует ли предоставить какой-либо особый режим цифровым активам (см. п. 47 (d) доклада о ходе работы коллоквиума)⁶⁷.

⁶⁴ A/CN.9/551, п. 31.

⁶⁵ В ходе организованных секретариатом консультаций с группой экспертов секретариат был проинформирован о выдвинутом в одной из правовых систем предложении предусмотреть в законодательстве отдельный набор норм применимого права для реорганизации. В этом контексте, в частности, были особо подчеркнуты отрицательные последствия исключения трудовых договоров из сферы действия *lex fori concursus* для реорганизации, призванной охватить все аспекты.

⁶⁶ Такое исключение встречается в других текстах ЮНСИТРАЛ, в том числе в области трансграничной несостоятельности, но его рекомендуется толковать ограничительно и применять только при исключительных обстоятельствах в отношении вопросов, имеющих основополагающее значение для государства. См., например, п. 104 Руководства по принятию и толкованию Типового закона о трансграничной несостоятельности.

⁶⁷ В этом контексте Рабочая группа, возможно, пожелает обратить внимание на работу в области цифровых активов, проводимую на других форумах, например в УНИДРУА (www.unidroit.org/work-in-progress/digital-assets-and-private-law). При этом следует отметить, что в ходе проведенных секретариатом консультаций по этому вопросу не было

34. На последующих этапах проекта, возможно, необходимо будет рассмотреть взаимодействие с *lex fori concursus*, применяемым к параллельному производству, со ссылкой на соответствующие положения типовых законов ЮНСИТРАЛ по вопросам несостоятельности (см. в этой связи пп. 10–14 доклада о ходе работы коллоквиума и п. 8 выше)⁶⁸. В ходе коллоквиума особое внимание было обращено на трудности применения *lex fori concursus* в контексте предпринимательской группы (см. п. 38 доклада о ходе работы коллоквиума)⁶⁹.

выявлено необходимости в специальном исключении из сферы действия *lex fori concursus* для цифровых активов.

⁶⁸ В нескольких положениях ТЗТН содержатся ссылки на применимое законодательство либо на применимое иностранное право, либо на закон принимающего Типовой закон государства (см., например, статьи 5, 13.2, 14.3.с, 21.3, 23.2, 24 и 28) и большее значение придается основному иностранному производству по отношению к неосновному иностранному производству (см., например, статью 19.4 ТЗТН) и местному производству по делу о несостоятельности по отношению к иностранному производству по делу о несостоятельности (см., например, статью 29 ТЗТН).

⁶⁹ Как было отмечено на коллоквиуме (см. п. 14 доклада о ходе работы коллоквиума), некоторые положения Типового закона ЮНСИТРАЛ о несостоятельности предпринимательских групп (ТЗНПГ) предполагают отсылку к *lex fori concursus* той юрисдикционной системы, где ведется основное производство, где было открыто плановое производство в отношении группы. Кроме того, применимое законодательство затрагивается в положениях ТЗНПГ, когда речь идет об обязательствах в отношении режима иностранных требований (статьи 28 и 30), хотя в этом контексте не упоминается, например, закон, применимый к форме обязательства, закон, применимый к одобрению обязательства (правила требуемого большинства, голосования и т. д.), и закон, применимый к распределению поступлений от реализации местных активов, правам кредиторов в отношении этих активов и очередности требований кредиторов. Для сравнения см. статью 36 новой редакции ЕРН.